



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000307023

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500207-17.2023.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante ROGERIO CRISTOVAN DE CARVALHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastada a preliminar e mantida a condenação, deram parcial provimento ao apelo defensivo para, no tocante ao réu ROGERIO, apenas para redimensionar a pena, reduzindo-a para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, além do pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, com a unidade fixada no mínimo legal; e ao réu LEONARDO, para aplicar o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo, reduzindo-se as penas a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, aplicadas para a sanção corporal as restritivas de direitos e o regime prisional aberto para eventual reconversão; restando, no mais, inalterados os termos da r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 28 de março de 2025.

WALDIR CALCIOLARI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 142

Apelação Criminal nº 1500207-17.2023.8.26.0616

Juízo de Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes

Magistrado: Dr. Alex Freitas Lima

Apelantes: Rogério Cristovam de Carvalho

Leonardo Teles Ferreira da Silva

Apelado: Justiça Pública

Apelação Criminal. Tráfico ilícito de drogas. Artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Recurso defensivo. Afastada a preliminar de nulidade probatória, sob argumento de ausência de fundadas suspeitas para a abordagem pessoal. Obedecidos os critérios legais do artigo 244 do Código de Processo Penal, eis que presente a justa causa, legitimadora das diligências efetivadas, as quais culminaram na apreensão das drogas. Provas válidas. Exame de mérito que corrobora a materialidade, a concorrência criminosa e o dolo, inviabilizando o édito absolutório ou desclassificatório. Réus que atuando em concurso de agentes, estavam na guarda, para fins de tráfico, de 86 porções de “crack”, 26 porções de cocaína e 59 porções de maconha. Negativa dos réus isolada e que não se sustenta. Testemunhos seguros e convincentes dos policiais militares. Apelantes surpreendidos em local de venda de drogas, com expressiva quantidade e variedade de substâncias, destinadas à venda aos usuários finais. Condenação mantida. Dosimetria penal alterada. Quanto ao réu ROGÉRIO, a pena final foi reduzida para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime prisional fechado, além do pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa. Impossibilidade do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, dada a recidiva específica e o fato de o acusado se dedicar a atividades criminosas. Quanto ao réu LEONARDO, a pena final foi reduzida a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, aplicada a substituição por restritivas de direitos e previsto o regime aberto para eventual reconversão. Pedido de isenção da pena de multa indeferido. Sanção que não é inconstitucional e consta do preceito secundário da norma. Detração que está afeta aos cálculos do Juízo da Execução. Sentença em parte reformada. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de apelação criminal oposta por ROGÉRIO CRISTOVAN DE CARVALHO e LEONARDO TELES FERREIRA DA SILVA, que foram condenados pelo r. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes, nos autos do Processo nº 1500207-17.2023.8.26.0616, sentença da lavra do eminente Juiz de Direito, Dr. Alex Freitas Lima:

a) **ROGÉRIO**, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, c.c. artigo 29 do Código Penal, às penas de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e ao pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, fixados no valor mínimo legal; e

b) **LEONARDO**, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, c.c. artigo 29 do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime prisional inicial aberto, mais pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, substituída a pena privativa por duas restritivas de direitos, sendo concedido a LEONARDO o direito de recorrer em liberdade (fls. 406/415).

Em suas razões, os apelantes buscam, em preliminar, a declaração de ilicitude das provas colhidas, diante da ilegalidade da busca pessoal realizada pelos policiais militares. No mérito, requerem a absolvição, diante da fragilidade probatória. Subsidiariamente, pleiteiam a desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei de Drogas, ou para o previsto no artigo 37, do mesmo diploma legal, e ainda: i) a fixação da pena-base no mínimo legal, ii) o afastamento da reincidência, iii) a fixação de regime mais brando, com o reconhecimento da detração, e ii) a inconstitucionalidade da pena de multa (fls. 460/480).

O recurso de apelação foi recebido (fls. 442).

Contrariado o recurso (fls. 484/491), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu improvimento (fls. 500/513)

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, o Douto Defensor Público postula a anulação das provas e, consequentemente, a absolvição dos réus, argumentando não terem os policiais militares agido sob o manto da legalidade, porquanto teriam promovido a abordagem e a revista pessoal, sem fundadas suspeitas da prática de ilícito.

A preliminar **merece ser rejeitada**.

Com efeito, nos termos do artigo 244 do Código de Processo Penal: ***“A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”***.

Na situação vertente, efetivamente havia fundadas suspeitas de que os apelantes possuíam objetos ilícitos, as quais legitimaram a abordagem dos policiais e a respectiva busca pessoal.

Sobre o tema:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA PARA A ABORDAGEM DEVIDAMENTE COMPROVADA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. É incabível ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca pessoal, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência. 2. O entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito. Precedentes. 3. A atitude suspeita dos acusados e a fuga ao perceber a presença dos policiais, que se deslocaram até a região após o recebimento de denúncia anônima acerca da traficância, evidenciam a existência de justa causa para a abordagem, que resultou na apreensão de significativa quantidade de substância entorpecente (104 pedras de crack), além de um caderno de anotações e uma balança de precisão. 3. O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito. Precedentes. 4. Agravo Regimental e Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (RE 1453363 AgR, Relator: CRISTIANO ZANIN, Relator p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 25/03/2024).

No caso em apreço, como bem registrou a r. sentença, os depoimentos dos policiais militares são deixaram dúvida de que os apelantes foram surpreendidos na prática de ilícito, conforme depoimentos constantes dos autos.

Consta da exordial acusatória (fls. 134/138) que ROGÉRIO CRISTOVAM DE CARVALHO, qualificado às fls. 28, e LEONARDO TELES FERREIRA DA SILVA, qualificado às fls. 30, foram condenados, porque, no dia 12 de janeiro de 2023, por volta de 20h15min, na Rua José de Moura Resende, altura do número 10, Vila Natal, na cidade e Comarca de Mogi das Cruzes, em concurso de agentes e unidade de desígnios, traziam com eles e guardavam, para fins de venda a terceiros, 86 (oitenta e seis) porções de “crack”, com peso líquido de 22,21g; 26 (vinte e seis) porções de cocaína, com peso líquido de 6,61g, e 59 (cinquenta e nove) porções de maconha, com peso líquido de 82,9g, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Também foram apreendidos aparelhos de telefonia celular, anotações similares à contabilidade do tráfico e dinheiro proveniente da venda de drogas.

Segundo o apurado, policiais militares efetuavam patrulhamento ostensivo de rotina pelo local dos fatos, já conhecido por ser palco da venda reiterada das mais variadas drogas, quando, em dado momento, visualizaram dois indivíduos em atitude suspeita. Tão logo visualizaram a viatura policial se aproximando, um deles gritou “moiô” ao segundo indivíduo, que manuseava sacolas plásticas junto ao solo. Anunciada a abordagem, aquele indivíduo que manuseava as sacolas - posteriormente identificado como LEONARDO - levantou-se, deixando-a no local. Ao verificarem, constataram que, no interior das duas sacolas plásticas por ele dispensadas, havia as drogas já retro minudenciadas, além de um pequeno pedaço de papel, tratando-se de anotações contábeis do tráfico.

Procedida a revista pessoal, no bolso esquerdo da bermuda de LEONARDO, fora encontrada a quantia de R\$ 412,00 (quatrocentos e doze reais), em notas trocadas, produto da venda anterior das drogas, além de um aparelho de telefonia celular. Com ROGÉRIO, tido como àquele que alertou seu comparsa, nada fora localizado. Ao serem indagados, ainda no local dos fatos, ROGÉRIO aduziu ser olheiro do comércio de venda de substâncias entorpecentes, obtendo lucro das vendas ocorridas, dizendo estar envolvido diretamente com o tráfico naquele local, ao passo que LEONARDO nada declarou naquela oportunidade. Ambos, também, não mencionaram nome da pessoa, lugar, ou onde teriam adquirido as drogas.

Apreciado o mérito da irresignação, temos que a condenação deve ser mantida, mas o recurso defensivo **comporta parcial acolhimento**.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 13/18), auto de exibição e apreensão (fls. 21/22), auto de constatação preliminar (fls. 24/27), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 204/206), tudo em consonância com as demais provas amealhadas aos autos.

A concorrência criminosa de Rogério e Leonardo, no tráfico de drogas, é inconteste, restando patente que as substâncias apreendidas durante a abordagem dos acusados, tinham como destinação precípua, a mercancia ilícita.

Na Delegacia de Polícia, ROGÉRIO permaneceu silente (fls. 08). Em Juízo, negou o delito a ele imputado. Contou que, na data dos fatos, foi até uma “boca” conhecida para comprar drogas para seu consumo, quando passou uma viatura e o olheiro gritou “moiou”. Havia ali, também, uma terceira pessoa, que saiu correndo. Negou a propriedade das drogas. Disse que era usuário e tinha intenção de comprar 5 (cinco) porções de entorpecentes, pagando por elas a importância de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Quem estava com a bolsa contendo drogas era um tal de “Neguinho”, não era o LEONARDO. Disse que o corréu LEONARDO foi abordado a uma distância de 50 metros à frente. Informou que não viu sacola, tampouco as drogas. Por fim, não conhecia ninguém que estava lá, só ficou sabendo os nomes durante a abordagem.

Por sua vez, na fase inquisitória, LEONARDO admitiu ser usuário de drogas e, portanto, sabia que o local onde foi detido era ponto de mercancia ilícita. Logo que chegou à “biqueira”, pediu a “pura” (cocaína) e, posteriormente, maconha. Foi nesse momento que ouviu alguém gritar “moiou” e, em seguida, sair correndo. Na ocasião, quando foi abordado, portava apenas seu aparelho de telefonia celular e a quantia de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais), que foi o troco que recebeu na compra dos entorpecentes, eis que havia dado uma nota de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Negou a prática da mercancia ilícita (fls. 09/10). Em Juízo, ratificou seu depoimento dado na Delegacia de Polícia, reafirmando que não estava traficando entorpecentes e que tinha ido à “biqueira” com intuito de comprar drogas para seu consumo pessoal. Quando estava recebendo seu troco, os policiais militares chegaram e, então, ouviu alguém gritar “moiou”. Contou que foi abordado, sendo realizada a revista pessoal. Pegaram seu celular e a quantia de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). Os agentes indagaram quem estava na “loja”. Também perguntaram se a sacola com as drogas era de sua responsabilidade. Negou que vendia droga e desconhecia aquela sacola. A única coisa que tinha em mãos eram as duas porções de cocaína, que acabou jogando no chão com a aproximação dos milicianos.

Como se vê, as escusas de ROGÉRIO e de LEONARDO restaram isoladas nos autos e merecem ser rechaçadas, ante os depoimentos uníssonos e coesos dos policiais militares, responsáveis pela prisão em flagrante dos dois apelantes.

Aliás, o conjunto probatório está robusto o suficiente para demonstrar que os réus praticaram, sim, em concurso de agentes, o delito de tráfico ilícito de drogas.

A testemunha **David Anderson Santos da Silva**, policial militar, nas duas fases em que fora ouvido, disse que estava em patrulhamento pelo local dos fatos e, ao adentrar em uma rua, visualizou os dois réus. Tão logo a viatura passou por ROGÉRIO, ele gritou “moiô”, sendo que, mais à frente, estava LEONARDO, sentado na calçada com uma sacola entre as pernas. Então, LEONARDO se levantou e tentou sair da “biqueira”, porém foi detido e abordado. Com ele, localizaram dinheiro e celular. Na sacola deixada por ele, havia drogas variadas. ROGÉRIO acabou assumindo a propriedade dos entorpecentes. Também encontrou um papel com anotações de contabilidade, típica da mercancia ilícita. Por fim, informou que não sabia se havia outras pessoas naquela “via”, eis que a atenção toda foi focada nos dois apelantes.

No mesmo sentido, foi o depoimento da testemunha **Luiz Abdoral Gonçalves**, policial militar, que relatou que estava em patrulhamento na Vila Natal, na Rua José de Moura Resende, local de grande incidência de tráfico de drogas, quando se depararam com dois indivíduos na via. ROGÉRIO, ao perceber a aproximação da viatura, gritou “tá moiado”. Ato contínuo, LEONARDO, que estava sentado com uma sacola entre as pernas, levantou-se, abandonou a sacola e saiu caminhando. De pronto, ele foi abordado e submetido à busca pessoal, trazendo consigo R\$412,00 (quatrocentos e doze reais) em notas picadas, e um aparelho celular. Na sacola, havia 86 porções de 'crack', 59 porções de maconha e 26 porções de cocaína. ROGÉRIO veio em direção à abordagem e disse que a droga era dele. Porém, quem estava na posse era LEONARDO, que permaneceu em silêncio. Quando ele e seu colega de farda chegaram no local, viram LEONARDO sentado no chão, manuseando as drogas de dentro da sacola, e ROGÉRIO estava em pé, na função de “olheiro”. Não os conhecia. Não havia outras pessoas no local. Por fim, disse que não visualizou nenhuma transação com terceiros.

Pois bem.

Cumpra ressaltar que não há motivos para que se receba com reservas as palavras dos policiais militares, inclusive porque não se vislumbra nos autos nenhum indício de interesse por parte deles em incriminar os apelantes.

Noutro giro, embora para alguns o depoimento de policiais, como prova única e exclusiva, não seja suficiente para embasar o édito condenatório, cumpre divergir de tal entendimento.

Nada há nos autos que afaste a validade do depoimento dos agentes públicos, não se desincumbindo a Defesa do ônus de demonstrar tivessem eles qualquer motivo para imputar, falsa e levemente, a autoria dos fatos aos acusados, pessoas com quem não guardam relação, em nada lhes aproveitando condenação de quem sabidamente ser inocente, cabendo a ressalva de que estão sujeitos às penas do artigo 339 do Código Penal.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à validade da prova testemunhal prestada por agentes policiais que tenham participado das diligências que culminaram na captura do investigado ou em sua prisão em flagrante.

Isso porque, não se afigura razoável afastar a validade de depoimentos prestados por policiais militares com fundamento tão somente na respectiva condição funcional, já que estes também são submetidos ao crivo do contraditório, como qualquer outra testemunha.

E sobre o assunto, confira:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DEPOIMENTO DE AGENTE POLICIAL COLHIDO NA FASE JUDICIAL. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do ora agravante pelo crime de associação para o tráfico, de modo que, para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessário o revolvimento do suporte fático probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.”
(STJ, AgRg no AREsp 875769/ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 07/03/2017)

Mais a mais, pouco crível que os policiais militares se dessem ao trabalho de apreender drogas diversas, com pessoas distintas, somente para imputar responsabilidade aos recorrentes, pessoas por eles desconhecidas anteriormente aos fatos, ora em apreço.

Ressalte-se, ainda, que os relatos fornecidos pelos milicianos não necessitam de confirmação por outras testemunhas para ostentar credibilidade, mormente porque, como de geral sabença, os indivíduos residentes em localidades atingidas pelo tráfico de drogas, bem como os usuários de entorpecentes, temem por represálias, razão pela qual raramente se apresentam para indicar os traficantes que atuam na região.

Também vale anotar que é prescindível que os apelantes fossem apanhados comercializando as drogas, porquanto o crime de tráfico de drogas é do tipo misto alternativo.

Por supedâneo, a prática de uma das condutas descritas no artigo 33, “caput”, da Lei de Drogas, já caracteriza o crime, tal como aqui verificado, em que ROGERIO e LEONARDO traziam com eles e guardavam as drogas descritas na denúncia.

Diante deste quadro, não há que se falar em falta de provas para a condenação do acusado pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

De igual modo, não prospera o pedido defensivo de desclassificação do delito imputado aos apelantes para a conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Isso porque, além da variedade da droga apreendida em poder deles (maconha, cocaína e “crack”), a defesa dos apelantes sequer trouxe aos autos prova alguma para demonstrar que as drogas apreendidas se destinassem ao próprio consumo deles.

Frise-se que o fato de serem, eventualmente, usuários não os impedem que também sejam traficantes, tendo em vista a dinâmica dos fatos. Senão, vejamos:

“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (RJTJ 101/498).

Noutro giro, inviável, também, o pedido defensivo para desclassificar a conduta dos apelantes, sobretudo a de ROGÉRIO (que funcionava como “olheiro”) para a prevista no artigo 37 da Lei nº 11.343/06. Ora, o tipo penal em comento tem caráter subsidiário, ou seja, somente é aplicável se não for comprovada a prática do crime mais grave, o que não acontece no caso em tela.

Como ficou devidamente comprovado nos autos, diante das provas até aqui amealhadas, está devidamente demonstrada a traficância. Isso porque, ainda que tenha funcionado como “olheiro”, ROGERIO admitiu que as drogas lhe pertenciam e, ainda, foram apreendidos dinheiro e anotações típicas de mercancia ilícita. Ademais, ROGÉRIO fazia uma espécie de “triagem” de quem se aproximava de LEONARDO, que atuava diretamente na comercialização de drogas e que estava com a sacola contendo os entorpecentes.

O que se percebe com a análise dos autos é que houve um “auxílio material” direto de ROGÉRIO para a prática do crime de drogas, em concurso de pessoas.

O Código Penal adotou a teoria monista com relação ao concurso de pessoas, previsto em seu artigo 29. Assim, tendo o apelante ROGÉRIO o domínio do fato, com colaboração voltada ao sucesso da atividade do tráfico, deve responder, de forma solidária, pelo crime.

Portanto, também está inviável a desclassificação nos moldes do artigo 37 da Lei de Drogas, mantendo, para os dois apelantes, a condenação prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Assim, bem consolidada a responsabilidade do apelante e, sob o enfoque do princípio *“tantum devolutum quantum appellatum”*, fica mantida a condenação, passando-se à análise da dosimetria penal aplicada e das teses defensivas.

No tocante a ROGÉRIO:

Na primeira fase da dosimetria, considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e o que está disposto no artigo 42 da Lei de Drogas, a pena-base foi acrescida na fração de 1/4 (um quarto), pelos maus antecedentes e, ainda, por conta da natureza nociva e de alto poder viciante dos entorpecentes. Neste ponto, este Relator consigna, em contrapartida, que, considerando o artigo 42 da Lei de Drogas e pelo princípio da proporcionalidade, a fração de 1/6 (um sexto) está condizente para o caso em tela, fixando a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Oportuno realçar que o ***“legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado”*** (HC 283.706/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência específica (fls. 91/92 – Processo nº 0011945-51.2012.8.26.0361 – 1ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes, TJ: 23/10/2014 – Regime aberto concedido em 05/12/2022), correta está a elevação da pena em 1/6 (um sexto), totalizando em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Na terceira fase, não houve a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que o acusado é reincidente específico. Assim, pela ausência de outras causas alteradoras, a reprimenda resultou definitiva em **06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa**, com a unidade fixada no mínimo legal.

Quanto ao cumprimento da reprimenda, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, tendo em vista as circunstâncias do crime aqui tratado, equiparado a hediondo (tráfico ilícito de drogas), bem como pela gravidade concreta da conduta já minuciosamente analisada na sentença, era mesmo de rigor a fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, revelando-se medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação da conduta, além de o réu ser reincidente específico.

Quanto a LEONARDO:

Neste ponto, respeitado o entendimento do Juízo Monocrático, ao negar a aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, em seu grau máximo, entendo plausível a benesse, pois, inobstante a natureza deletéria das drogas apreendidas, há de se considerar a primariedade técnica do réu, a demonstrar que faz jus ao benefício pretendido.

Verifico inclusive que, na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi imposta no mínimo legal, ou seja, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram consideradas favoráveis.

Assim sendo, diante da aplicação do redutor, em sua fração máxima, condizente ao caso em tela, a pena final passa a ser de **01 (um) ano e (08) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal.

Quanto ao regime, mantido o prisional aberto para LEONARDO, tal como prolatado na r. sentença, sem quaisquer modificações.

E, no tocante ao pleito de detração de penas, artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções Criminais analisar a questão, pois não há nos autos elementos para avaliar se os réus fazem jus à detração e/ou progressão de regime.

Por fim, no que concerne à inconstitucionalidade da pena de multa, tal pretensão não pode ser acolhida, à míngua de amparo legal.

O legislador, ao editar a Lei nº 11.343/06, foi indulgente com o tráfico ilícito de drogas e condutas correlatas. O espúrio comércio e a disseminação do uso das drogas são condutas que buscam o lucro fácil à custa da saúde de seus usuários e movimentam, em regra, vultosas quantias em dinheiro. Em muitos casos, promove o sustento de grandes organizações criminosas.

Portanto, nada mais que justo que os condenados pelo crime de tráfico de drogas ou condutas correlacionadas ao fornecimento de drogas a terceiros sejam punidos de forma pecuniária rigorosa.

Assim, a aplicação da pena de multa decorre de cominação legal a todos imposta e atende perfeitamente aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade, sendo certo que já foi fixada no mínimo legal.

Nesse sentido:

“Habeas corpus substituto de recurso próprio. Inadequação. Tráfico de drogas e porte ilegal de armas impostas. Bis in idem. Isenção da pena de multa. Hipossuficiência. Ausência de previsão legal. Fixação de regime mais brando. Reincidência. Pedido subsidiário prejudicado. 'Writ' não conhecido. 1... 5. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que não é viável a isenção da pena de multa imposta ao acusado, sob o argumento de que não teria condições econômico financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que tal pleito não possui previsão no ordenamento jurídico. 6. Mantido o quantitativo de pena imposto pelas instâncias ordinárias, fica prejudicado o pedido subsidiário de fixação de regime inicial mais brando (art. 33, § 2º, "a", do Código Penal). 7. Habeas Corpus não conhecido” (STJ HC 29595/RS T5 Min”. Ribeiro Dantas j. 28/06/2016).

Eventual impossibilidade no pagamento da multa imposta, em virtude de dificuldades financeiras ou falta de emprego, por exemplo, são questões que devem ser submetidas ao Juízo das Execuções e não deduzidas nesta Corte de Justiça, a fim de se evitar supressão de instância.

Ante o exposto, pelo meu voto, afastada a preliminar e mantida a condenação, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo defensivo para, no tocante ao réu **ROGERIO**, apenas para redimensionar a pena, reduzindo-a para **06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, além do pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa**, com a unidade fixada no mínimo legal; e ao réu **LEONARDO**, para aplicar o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo, reduzindo-se as penas a **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal, aplicadas para a sanção corporal as restritivas de direitos e o regime prisional aberto para eventual reconversão, restando, no mais, inalterados os termos da r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comunique-se o Juízo de Conhecimento e o Juízo das Execuções Criminais, dos termos do presente acórdão.

WALDIR CALCIOLARI
Relator