



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000306624

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502833-09.2023.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante DAYANE APARECIDA DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao apelo interposto, somente para reduzir as penas da ré Dayane Aparecida dos Santos para 07 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão e pagamento de 793 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a sentença, por seus próprios fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 28 de março de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1502833-09.2023.8.26.0616
Comarca de Mogi das Cruzes – 3ª Vara Criminal
Apelante: Dayane Aparecida dos Santos
Apelado: Ministério Público
Voto nº 29239

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO PELA INCIDÊNCIA DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – IMPOSSIBILIDADE - Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos, a variedade e a quantidade de drogas, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes – Não se pode negar valor aos depoimentos dos guardas municipais quando eles são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente a ré. Bem caracterizado o delito, em seus aspectos objetivo e subjetivo. Inexistência de provas de qualquer excludente de culpabilidade – Condenação mantida. Recurso parcialmente provido, somente para reduzir as penas.

Vistos.

Dayane Aparecida dos Santos interpôs recurso de Apelação da r. sentença datada de 08.08.2024, prolatada pelo MMº Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes, que a condenou à pena de 09 anos, 03 meses e 04 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 925 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incursa no artigo 33, “caput”, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06 (fls. 210/220).

Em suas razões, a Defesa arguiu, em preliminar, a invalidade das provas produzidas, com a consequente absolvição. No mérito, requereu a absolvição, alegando, em síntese, a incidência da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo

legal; o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, com a sua compensação com a circunstância agravante da reincidência; o afastamento da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas; a fixação de regime inicial diverso do fechado; a isenção da pena de multa ou a sua redução; bem como a concessão do direito de recorrer em liberdade, prequestionando toda a matéria (fls. 249/268).

Por sua vez, o Ministério Público, em suas contrarrazões, reiterou as alegações finais e requereu o não provimento do apelo (fls. 271/280).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou, também, pelo não provimento do recurso (fls. 291/303).

É o relatório.

Inicialmente, tendo caráter de preliminar, anoto que a alegação de nulidade levantada pela Defesa não pode ser acolhida. Isso porque, tratando-se efetivamente de flagrante, qualquer pessoa do povo poderia ter feito a observação dos fatos e realizado a prisão. Assim, agiram acertadamente os guardas municipais realizando a prisão em flagrante quando constataram a prática do tráfico de entorpecentes, posteriormente conduzindo a ré à autoridade policial competente, que cumpriu as disposições legais, convalidando a ação dos guardas municipais. Nada existe, portanto, de irregular ou ilícito.

Frise-se que não se tratou de mera abordagem ocasional da acusada, já que, segundo se extrai dos depoimentos, os guardas municipais abordaram a ré após a visualizaram em poder de

uma mochila, em local no qual já foram apreendidos entorpecentes anteriormente, tendo ela apresentado atitudes suspeitas, uma vez que, ao avistar a viatura, demonstrou nervosismo e acelerou o passo, sendo que, ao receber ordem de parada, de pronto disse: “*perdi, perdi*”. Nesse contexto, tratando-se de situação de fundada suspeita do cometimento do delito de tráfico de entorpecentes, a atuação dos guardas municipais encontra-se revestida de legalidade, nos termos do artigo 240, § 2º, e artigo 244, ambos do Código de Processo Penal.

Anoto ainda que não se pode falar em ilegalidade na busca pessoal realizada na acusada, pois, como exposto, ela foi vista em atitudes suspeitas, a partir de experiências cotidianas adquiridas pelos guardas municipais; e, posteriormente, foram efetivamente apreendidos, em seu poder, diversas porções de entorpecentes e dinheiro.

A propósito: “*PROCESSO PENAL. Nulidades não ocorridas. Flagrante lavrado pela autoridade competente. Atuação dos integrantes da guarda municipal limitada as circunstâncias da flagrância do crime. Possibilidade. Preliminares rejeitadas*” (TJSP. Apelação nº 0016883-47.2011.8.26.0451. 16ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Newton Neves. Julgado em 29/01/2013).

“*APELAÇÃO CRIME - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, LEI 11.343/2006)- PRELIMINARES - NULIDADE DAS PROVAS E CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DO ART. 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PELA GUARDA MUNICIPAL QUE TERIA, EM TESE, ATUADO EM EXERCÍCIO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO - INOCORRÊNCIA - FUNDADA SUSPEITA DE COMETIMENTO DE INFRAÇÃO PENAL - LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO DOS GUARDAS MUNICIPAIS - ART. 244 DO CPP - ESTADO DE FLAGRÂNCIA CONFIGURADO - CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE GUARDAR - DELITO PERMANENTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 301 DO CPP - PRECEDENTES – [...]*” (TJ/PR - APL 1362956-0, Rel. Renato Naves

Barcellos, 4ª Câmara Criminal, Julgamento de 23/07/2015, DJe de 01/09/2015)

“APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIAS COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. DOSIMETRIA DAS PENAS. INAPLICABILIDADE DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO CABIMENTO. IMPROVIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS. 1. [...]. Outrossim, especificamente quanto aos guardas civis, incide a inteligência da Lei n. 13.022/14, que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal, dando-lhes, dentre outras competências específicas, as funções de colaboração na apuração penal e na defesa da paz social. Logo, as Guardas Municipais (guardas civis) estão investidas na incumbência da garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de crimes, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência, ou no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso. Precedentes do STJ (HC 290.371/SP Rel. Min. Moura Ribeiro j. 27.05.14; RHC 45.173/SP Rel. Min. Jorge Mussi j. 26.05.14 e HC 109.105/SP Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima j. 23.02.10). 3. [...]”

Observe-se também que eventuais irregularidades ocorridas durante o inquérito não implicam nulidade do processo. A esse respeito, confira-se o *habeas corpus* nº 0069078-82.2003.8.26.0000. TJSP. Rel. Des. Sinésio de Souza. 4ª Câm. Dir. Crim. Registrado em 12.02.2004.

Diante disso e não se constatando a ocorrência de qualquer prejuízo à apelante, hipótese única que autorizaria a decretação de nulidade (art. 563 do Código de Processo Penal), fica refutada a preliminar e passo à análise do mérito.

A apelante foi denunciada como incurso no artigo 33, “caput”, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 05.11.2023, por volta das 12h40, na Rua Thomáz Dominguez, nº 307, Alto do Ipiranga, na cidade e Comarca de Mogi das

Cruzes, nas proximidades da Escola Municipal Eliana Mafra Machado, trazia consigo, para consumo de terceiros, 117 porções de cocaína, com peso líquido total de 206,59g; 56 porções de maconha, com peso líquido total de 143,04g; e 102 porções de “crack”, com peso líquido total de 22,53g, substâncias que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (fls. 80/81).

Encerrada a instrução, sobreveio sentença que a condenou, nos termos da inicial.

Em que pesem as razões apresentadas, o recurso interposto não pode ser provido, exceto para reduzir as penas, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele, no mais, foi avaliado com propriedade pelo MMº Juiz de Direito sentenciante.

Com efeito, indiscutível a materialidade do delito em face do boletim de ocorrência (fls. 08/12), do auto de exibição e apreensão (fls. 14), do laudo de constatação preliminar (fls. 16/19), do laudo de exame químico toxicológico (fls. 149/151), do laudo pericial (fls. 162/165 bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

Interrogada na fase extrajudicial, a ré afirmou que foi à biqueira para comprar uma pedra de “crack”, pois é usuária, quando “Magrinho” lhe pediu para olhar a mochila dele, que estava encostada no chão e na qual ela sabia que havia drogas, enquanto ele iria comprar um “marmitex”, em troca de *“uma pedra de R\$ 10,00”*. Acrescentou que tal indivíduo lhe disse que, se alguém quisesse alguma coisa, era para ela pegar na mochila e guardar o dinheiro até ele voltar

(fls. 06).

Já em Juízo, a acusada inovou, alegando, em síntese, que é usuária de drogas e estava devendo a quantia de R\$ 157,00 a “Pezão”, com quem ela pegava entorpecente “fiado”, para uso. Segundo a acusada, ela deu a quantia de R\$ 57,00 a “Pezão”, todavia, ele queria que ela quitasse integralmente a dívida e exigiu que ela vendesse a droga que estava na bolsa, dizendo que sabia onde ela e a mãe residiam e que, se ela não vendesse o entorpecente, ele iria invadir a casa dela e matá-la, bem como matar a família dela, tendo ele lhe desferido dois chutes e lhe exibido uma arma. Afirmou que entrou em desespero e, temendo pela sua mãe, que está doente, pegou a mochila, sabendo que nela havia drogas, mas desconhecendo a quantidade e a espécie delas (fls. 145 – gravação audiovisual).

Os demais elementos de provas trazidos aos autos, contudo, confirmam a prática do delito, tal como narrado na denúncia.

Em depoimento bastante seguro, a testemunha Felipe Augusto Siqueira de Carvalho, guarda civil municipal, esclareceu que estava em patrulhamento, em local no qual já foram encontradas drogas anteriormente, em frente a uma escola municipal, quando avistou a ré em um grupo de pessoas, tendo ela apresentado atitudes suspeitas, pois, ao visualizar a viatura, demonstrou nervosismo e acelerou o passo, em poder de uma mochila. Segundo Felipe, após dar ordem de parada à acusada, ela gritou: “*perdi, perdi*”. Narrou que, efetuada a abordagem, logrou êxito em encontrar, na mochila da apelante, os entorpecentes e dinheiro. Relatou que, na ocasião, a acusada afirmou que havia acabado de receber a mochila, mas não sabia a natureza e quantidade de drogas e

que havia dinheiro (fls. 145 – gravação audiovisual).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Jose Eduardo Amelio da Silva, também guarda municipal, o qual narrou os fatos à semelhança de seu colega, confirmando, dentre outras coisas, a abordagem da ré, após ela demonstrar nervosismo e tentar fugir ao visualizar a viatura; a localização das drogas e dinheiro na mochila da acusada; a confissão informal da apelante; e que os fatos ocorreram em frente a uma escola municipal (fls. 145 – gravação audiovisual).

Cabe ressaltar, nesse passo, que os depoimentos prestados pelos guardas municipais, na Delegacia e em Juízo, são, em essência, coerentes e harmônicos. Assim, não se pode negar valor a tais depoimentos pelo simples fato de terem sido prestados por agentes públicos, até porque, agindo no estrito cumprimento do dever funcional, com obediência aos preceitos legais, são merecedores de toda confiança, como de resto qualquer pessoa há de merecer, até prova em contrário, inexistente nesses autos.

Nesse sentido: “*DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE. Testigo que tem validade como qualquer outro e somente pode ser questionado mediante impugnação específica e não somente pela origem - Condenação mantida.*” (TJSP. Apelação nº 0000268-54.2007.8.26.0634. Relator: Amado de Faria. Julgamento em 09/02/2012).

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento: “*O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age*

facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos”. (HC. nº. 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Ademais, nada existe nos autos a indicar que os guardas estivessem perseguindo a apelante, ou que tivessem qualquer motivo para incriminar falsamente pessoa que sabem ser inocente. Logo, nada há nos autos a infirmar as palavras deles.

Considere-se que em casos de crimes graves, como o tráfico de entorpecentes, a grande maioria das pessoas evita servir como testemunha, imperando verdadeira lei do silêncio, razão pela qual desprezar os depoimentos dos guardas nesses casos implicaria em consagrar a total impunidade.

Desta forma, a variedade e quantidade de drogas apreendidas (117 porções de cocaína, com peso líquido total de 206,59g; 56 porções de maconha, com peso líquido total de 143,04g; e 102 porções de “crack”, com peso líquido total de 22,53g), já individualizadas, prontas para comercialização, bem como as circunstâncias em que se deu a prisão (com a apreensão das drogas e de dinheiro na mochila da ré, em local no qual já foram encontrados entorpecentes anteriormente, após a acusada apresentar atitudes suspeitas, pois ela, ao visualizar a viatura, demonstrou nervosismo e acelerou o passo, tudo somado à confissão informal da apelante), evidenciam que, efetivamente, esses entorpecentes se destinavam à entrega para consumo de terceiros, caracterizando o delito do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Destaca-se que, mesmo não tendo os guardas municipais presenciado ato de mercancia de entorpecente, tal fato não enseja o afastamento da prática da conduta típica, pois a simples ação de

trazer consigo os entorpecentes, para o fim de entrega a consumo de terceiros, já caracteriza o crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Impõe-se ressaltar que a alegação de que é viciada não obsta a configuração do crime (RJTJESP 101/498), pois, sabidamente, é comum que usuários se envolvam com o comércio de drogas para obter dinheiro para manter o próprio vício.

Consigne-se, ainda, que a inexigibilidade de conduta diversa, tal como a coação moral irresistível, é causa excludente de culpabilidade. Portanto, a alegação, pela Defesa, de sua incidência transfere-lhe o ônus de comprová-la, demonstrando que a ré sofreu ameaça grave a ponto de lhe impossibilitar a realização de conduta diversa daquela delituosa.

Nesse sentido, ensina Guilherme de Souza Nucci: *"é fundamental buscar, para a configuração dessa excludente, uma intimidação forte o suficiente para vencer a resistência do homem normal, fazendo-o temer a ocorrência de um mal tão grave que lhe seria extraordinariamente difícil suportar, obrigando-o a praticar o crime idealizado pelo coator."* (Código Penal Comentado, 11ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 246).

Assim, para o reconhecimento da figura jurídica da inexigibilidade da conduta diversa, imprescindível que existam nos autos provas irrefutáveis dessa situação, o que não acontece no presente caso, já que manifestada pela acusada de forma vaga e sem amparo em prova segura, somente em Juízo, eis que sequer alegou tal fato na Delegacia.

Além disso, ainda que tivesse sido coagida pelo suposto homem que lhe entregou as drogas, não é qualquer coação capaz de afastar a culpabilidade, mas tão-só aquela com caráter de

irresistibilidade, devendo ser suficientemente demonstrado que representava ameaça insuperável à acusada, consubstanciada num perigo sério e atual.

A propósito: “*COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – Não caracterização - Ausente prova extrema de dúvida - Mera argumentação da defesa - Mero testemunho parcial relatando de forma genérica a exclusão de culpabilidade - Recurso não provido. Para que se verifique a coação moral irresistível necessário se faz prova incontroversa de sua existência e ocorrência, na qual o co-autor atua de forma indesejada, não se lhe podendo exigir comportamento adverso, ou inexistindo alternativa à sua atuação, devendo estar substancialmente demonstrada por elementos concretos.*” (Apelação Criminal nº 262.056-3 - Ribeirão Preto – 2ª Câmara Criminal - Relator: Egydio de Carvalho - 08.02.99 - M.V.).

“*Para que a coação seja caracterizada como 'irresistível', necessário que esta seja atual, iminente, inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o coacto não pode se subtrair, tudo sugerindo situação a qual ele não se pode opor, recusar-se ou fazer face, mas tão somente sucumbir, ante o decreto do inexorável*” (E. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 534889/SC, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 09.12.03).

Ressalto que a inexigibilidade de conduta diversa e a coação irresistível só se configuram quando o autor do crime se encontra em uma situação ou coagido de tal maneira que a única solução viável é a prática delituosa, o que não se reconhece quando o agente tem oportunidade de socorrer-se à polícia para afastar a ameaça que hipoteticamente vinha sofrendo.

Nesse sentido: “*APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL NÃO RECONHECIDA. ÔNUS DA PROVA DA DEFESA. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.*”

REDUÇÃO DA PENA NO PATAMAR MÁXIMO PELA INCIDÊNCIA DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. CRIME HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS. 1. A coação moral irresistível, para ser aceita como excludente de culpabilidade, deve ser substancialmente comprovada por elementos concretos do processo, não bastando a simples alegação da apelante. 2. A coação moral irresistível não se configura quando possível valer-se de instituições legais, como a polícia, para afastar as ameaças. (Acórdão n. 600786, 20110111508998APR, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 26/06/2012, DJ 04/07/2012 p. 262).

Em face de tão sólido conjunto probatório, que é uníssono em incriminar a ré, a condenação foi de rigor, sendo impossível a absolvição.

A causa de aumento de pena do inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/06, da mesma forma, ficou bem demonstrada pela prova oral e pelo laudo pericial de fls. 162/165, que comprovou que o tráfico de entorpecentes se deu nas imediações de estabelecimento de ensino “*E. E. Heliana Mafra Machado de Castro*”.

Considere-se, a propósito, que é desnecessária, para a caracterização da majorante em questão, prova de que o agente atinja os frequentadores destes locais, porquanto a lei nada dispõe nesse sentido, bastando a potencialidade de dano decorrente da prática do tráfico nas proximidades.

A propósito: “*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CRIME PRATICADO DENTRO DE TRANSPORTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO INCISO III DO ART. 40 DA LEI 11.343/06. PRETENDIDO AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE FLAGRADO TRANSPORTANDO A DROGA EM ÔNIBUS.*”

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. A razão de ser da causa especial de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 - tráfico de drogas cometido em transporte público - é a de punir com maior rigor aquele que, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas, aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei 11.343/06. 2. Razoável o entendimento de que o aumento de pena previsto no inciso III do art. 40 da Nova Lei de Drogas não se limita apenas àquelas hipóteses em que o sujeito, efetivamente, ofereça a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam frequentando esses locais determinados, devendo incidir como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nos lugares elencados pela lei, coibindo também "aquele que se vale da natural dificuldade de fiscalização policial em transporte público para melhor conduzir a droga". 3. Tendo sido encontrada substância entorpecente na mala do paciente localizada no interior de transporte coletivo, deve ser mantida a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06. 4. Ordem denegada". (STJ - HC: 116051-MS, Rel. Min. JORGE MUSSI, Julg. 13/04/2010. 5ª Turma, Publ. DJe 03/05/2010). – grifo nosso.

“Apelação. Tráfico de drogas. Recurso da defesa. Absolvição pretendida. Improcedência. Materialidade e autoria demonstradas. Acusado surpreendido saindo de um ônibus com 194,78g de cocaína Confissão do réu corroborado pelos firmes e coerentes depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pela diligência. Validade Condenação de rigor. Dosimetria (...) Reconhecimento da causa de aumento de pena previsto no inc. III, do art. 40, da Lei 11.343/06. Possibilidade. Majorante de cunho objetivo, bastando a prática de qualquer dos núcleos previstos no art. 33, 'caput', da Lei de Drogas utilizando-se de transporte público para sua caracterização. Precedentes jurisprudenciais (...)” (TJSP. Apelação nº 0000051-93.2012.8.26.0356. Rel. Des. Salles Abreu. 4ª Câmara. Dir. Criminal. Julg. 05.03.2013). – grifo nosso.

Quanto à pena, no entanto, a sentença merece reparo.

O MMº Juiz, na primeira fase da dosimetria,

atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, considerando a natureza das drogas apreendidas, fixou a pena-base 1/6 acima do mínimo; na sequência, considerando as *“consequências sociais perniciosas do tráfico praticado pela ré em local de elevada densidade populacional urbana, mola propulsora de crimes patrimoniais locais”* (fls. 217), majorou a pena-base em mais 1/6, resultando em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 680 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Todavia, tal aumento não se mostrou adequado, uma vez que as consequências do crime, isto é, o fato de o delito ter sido praticado em local de elevada densidade demográfica urbana, ensejando o aumento da prática de crimes patrimoniais na região, não extrapolaram aquelas inerentes ao tipo penal do tráfico de drogas, razão pela qual entendo que não se mostram suficientes para justificar um aumento na pena-base.

Assim, considerando somente a quantidade e natureza das drogas apreendidas (56 porções de maconha, com peso líquido total de 143,04g; 117 porções de cocaína, com peso líquido total de 206,59g; e 102 porções de “crack”, com peso líquido total de 22,53g – estas últimas substâncias que geram dependência química rápida, a demonstrar o alto grau de reprovabilidade da conduta da acusada, merecendo, por isso, tratamento mais severo), mas considerando o patamar de aumento aplicado pelo sentenciante, fixo a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

A propósito: *“O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código*

Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos” (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje. de 05-06-12, grifei).

Cumprе ressaltar, neste ponto, que não há que se falar que a fundamentação utilizada para majorar a pena-base configuraria “*bis in idem*”, pois o legislador, ao estabelecer a pena-base de crime de tráfico, levou em consideração a gravidade da conduta em abstrato, e não especificamente a quantidade, a variedade e a natureza de drogas apreendidas e as consequências da apreensão de uma maior quantidade, tanto que no artigo 42 da Lei nº 11.343/06 o próprio legislador estabelece que o magistrado deve se atentar a quantidade, a variedade e a natureza de entorpecentes para fixar a pena-base, pois, como exposto, uma maior quantia de drogas de maior efeito nocivo pode atingir um número maior de usuários e gerar consequências muito mais graves, evidenciando uma maior reprovabilidade da conduta.

Na segunda fase, presente a circunstância agravante da reincidência (fls. 59 – Processo nº 0007584-83.2015.8.26.0361; e fls. 59/60 – Processo nº 1500872-09.2018.8.26.0616), o sentenciante majorou a pena em 1/6, resultando, agora, em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, no que já se viu beneficiada a ré, uma vez que ela ostenta duas condenações definitivas, o que justificaria maior aumento na pena. Todavia, a sentença, nesse ponto, não pode ser objeto de modificação pela impossibilidade da “*reformatio in pejus*”.

Anoto, a propósito, que, embora a acusada tenha admitido que estava em poder dos entorpecentes, alegou que assim

agiu porque foi coagida. Dessa forma, impossível o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, uma vez que, conforme entendimento predominante em nossos tribunais, para o reconhecimento de tal circunstância, é necessário que a confissão seja integral, entendendo-se essa como sendo aquela em que o réu admite inteiramente a prática dos fatos que lhe são imputados, o que não se deu no caso dos autos, em que a acusada negou a existência de fato importante para a correta classificação jurídico-penal da conduta, não agindo com lealdade processual, de forma a propiciar ao Juízo alcançar a verdade real, mas pretendeu apenas reduzir a sua responsabilidade criminal, razão pela qual não pode ser agraciada com o reconhecimento da atenuante em questão.

Já na terceira fase, incidindo a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, uma vez que o delito se deu nas imediações de estabelecimento de ensino, o sentenciante aumentou corretamente as penas de 1/6, tornando-as definitivas, agora, em 07 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão e pagamento de 793 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Consigne-se ainda que, na terceira fase, deixou-se corretamente de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por ser a ré reincidente, o que torna irrelevante qualquer discussão quanto aos demais requisitos para concessão desse benefício.

Com relação ao pedido de isenção ou redução da pena pecuniária aplicada, considero tal pretensão descabida, uma vez que, por integrar o preceito secundário do tipo, deve guardar

proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, e a ela ser dispensado o mesmo raciocínio esposado quando do cálculo da reprimenda corporal, seguindo o mesmo critério matemático, não podendo o magistrado simplesmente desconsiderá-la ou reduzi-la, sob pena de descumprir expressa previsão legal e invadir competência reservada ao legislador federal.

Ademais, a multa foi fixada no mínimo legal e, se houver necessidade, seu valor poderá ser parcelado, nos termos do artigo 50 do Código Penal.

No mais, sua aplicação cumulativa com a privação da liberdade decorre de norma penal válida e eficaz, emanada do poder competente, em atendimento à política criminal vigente, que dispensa maior rigor no tratamento do criminoso condenado pela prática de tráfico de entorpecentes.

Sendo a conduta do traficante realizada com o fito de obter lucro mediante a comercialização de substâncias ilícitas, nada mais razoável e proporcional que se estabelecer pena pecuniária cumulativa com a privação da liberdade, para desestimular a prática delitiva, sendo esta determinação legal plenamente concorde com o princípio da individualização da pena.

Nesse sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça: *“AGRAVO EM EXECUÇÃO - Tráfico de entorpecentes - Inconstitucionalidade da pena de multa - Inocorrência - Decisão mantida - Agravo improvido”* (Agravos em execução penal nº 0041721-15.2012.8.26.0000. 15ª Câmara Criminal. Rel. Desembargador. Miguel Marques e Silva. Julgamento em 26/07/2012).

De qualquer modo, não se pode olvidar que a situação econômica da ré poderá ser considerada, se for o caso, para fins

de afastamento do cumprimento da pena de multa, análise esta que compete ao juízo da execução criminal.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não apenas em razão da quantidade de pena aplicada e da natureza do crime, que gera graves prejuízos à sociedade, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, face à reincidência. Soma-se a isto que, *in casu*, ante a evidência de não se tratar de pequena e eventual traficante, tendo em vista a variedade e a quantidade de drogas apreendidas, somadas à quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, tal medida não seria socialmente recomendável.

Anote-se, a propósito, que, não obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, como já mencionado, além de ser a ré reincidente, a quantidade de entorpecente apreendida demonstra a altíssima reprovabilidade da sua conduta.

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, face à quantidade de pena, à reincidência, à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pelas mesmas razões, não há que se cogitar da

fixação de outro regime, que não o fechado, estabelecido na sentença.

Anota-se também que, embora se possa saber o tempo em que a ré permaneceu custodiada, o tempo de prisão provisória não terá influência na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, uma vez que o regime fechado está sendo estabelecido não em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas da reincidência e das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição do regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção. Assim, não há que se cogitar, *in casu*, da aplicação do disposto no artigo 387, § 2º, do CPP.

No mais, não dispõe este Tribunal de informação segura sobre a existência de outras execuções criminais em nome da ré, sendo certo que a detração do tempo de penas já cumpridas deverá ser verificada e realizada, se cabível, pelo Douto Juízo de Execução (art. 66, inciso III, “c”, da Lei de Execução Penal), que dispõe de mais informações no tocante à acusada e fará os devidos cálculos para a detração, bem como verificará, além do lapso temporal de pena já cumprida, a presença ou não de todos os demais requisitos para a eventual progressão de regime.

Cumprе ressaltar também que, ainda que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, por maioria, tenha deferido a ordem e declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, portanto, o regime integral fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos e assemelhado, posteriormente, houve por bem o Poder Legislativo editar a Lei nº 11.464/2007, para disciplina da

Lei nº 8.072/90, estabelecendo, sim, a obrigatoriedade do regime fechado para os agentes dos crimes em comento, mas apenas para o início do desconto da pena privativa de liberdade.

A dinâmica da realidade fez com que, já em face do novo diploma legal, a Suprema Corte declarasse, *incidenter tantum*, também a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com o especial escopo de expungir a obrigatoriedade do regime fechado, ainda que para o limiar da execução penal.

Contudo, saliento que a declaração de inconstitucionalidade da norma que estabelece o regime inicial fechado aos agentes condenados por crimes hediondos e assemelhados, recentemente proclamada pela Suprema Corte, não tem reflexo sobre os casos em geral, mormente em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas *inter partes*, enquanto não acionado o mecanismo previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Dessa forma, como não publicada ainda a correspondente resolução por parte do Senado Federal, pode-se afirmar que a norma infraconstitucional em questão ainda conserva a sua validade e eficácia, não tendo como se falar em inconstitucionalidade.

Por fim, consigno que a decisão que não concedeu o direito de recorrer em liberdade se mostrou adequada diante das circunstâncias do caso concreto e, ainda que de forma sucinta, foi devidamente fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* pelo MMº Juiz sentenciante, o que atende às disposições do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ademais, a referida prisão não afronta, de modo algum, o princípio constitucional da presunção de inocência (art.

5º, LVII, CF), sobretudo em se considerando que a Carta Constitucional de 1988 também contempla a possibilidade da prisão decretada pela autoridade judiciária competente, consoante o preceito do artigo 5º, inciso LXI.

Neste sentido, já se pronunciou esta C. Corte de Justiça: *“LIBERDADE PROVISÓRIA - Direito de aguardar em liberdade o julgamento - Benefício pleiteado com base no princípio da presunção de inocência consagrado no inc. LVII do art. 5º da CF - Inadmissibilidade - Consagração que não importou revogação das modalidades de prisão (em flagrante, preventiva ou decorrente de pronúncia) anteriores ao trânsito em julgado da sentença previstas na lei ordinária, conforme, aliás, o "caput" e os incs. LIV e LXI do próprio art. 5º da Carta Magna.”* (TJSP - R44/280).

Observo, por oportuno, que a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento da persecução penal, nos termos do artigo 311 do Código de Processo Penal, que dispõe que: *“Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”*. Assim, tendo em vista os fundamentos apresentados na sentença, presentes os requisitos legais, como exposto, não há que se falar em ilegalidade na manutenção da prisão preventiva.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo interposto, somente para reduzir as penas da ré Dayane Aparecida dos Santos para 07 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão e pagamento de 793 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a sentença, por seus próprios fundamentos.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator