



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000320496

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502032-70.2022.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes CARLOS EDUARDO DA SILVA FILHO, FLÁVIO BASTOS DONADON e RENATO LOPES MANHÃES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **AFASTADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente sem voto), SÉRGIO COELHO E GRASSI NETO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 29473

Apelação n. 1502032-70.2022.8.26.0344

Comarca de Marília

Apelantes: Flavio Bastos Donadon, Carlos Eduardo da Silva Filho e

Renato Lopes Manhães

Apelada: Justiça Pública

MMa. Juíza: Doutora Josiane Patricia Cabrini Martins Machado

Ementa

Apelação da Defesa – Tráfico de entorpecentes e associação ao tráfico – Preliminares de nulidade – Interceptação telefônica judicialmente autorizada, por decisão bem fundamentada – Desnecessidade de instauração prévia de inquérito policial, bastando indícios razoáveis da prática do crime para autorização da quebra do sigilo telefônico – Ônus da defesa em provar que os elementos de convicção poderiam ter sido obtidos por outro meio – Inexistência de previsão legal quanto à quantidade máxima de prorrogação do monitoramento telefônico – Possibilidade de utilização da regra da fundamentação 'per relacionem' para autorizar as prorrogações das interceptações – Inocorrência da violação domiciliar ante o caráter permanente do delito – Fundada suspeita a justificar a atuação dos policiais – Diligência em cumprimento a mandado de busca e apreensão – Inocorrência de 'bis in idem' – Ações penais voltadas à apuração de tráfico de entorpecentes em ocasiões distintas – Preliminares rejeitadas – Mérito – Materialidade e autoria dos delitos comprovadas – Provas suficientes às condenações – Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes – Apreensão de vultuosa quantidade de droga na residência dos réus – Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que o entorpecente era destinado ao consumo de terceiros – Ôbice à desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas – Associação para a prática do crime bem demonstrada entre os réus – Investigação a possibilitar a identificação dos membros de associação criminosa – Quebra de sigilo telefônico a indicar a estabilidade da empreitada – Condenações mantidas – Penas-base exasperadas ante a quantidade de entorpecente apreendido e em razão do posto de liderança ocupado pelo réu Flávio – Circunstância agravante da reincidência específica bem reconhecida para o réu Flávio, com a exasperação das penas por ambos os delitos em 1/6, ainda que maior acréscimo fosse recomendável – Regra do concurso material bem aplicada –

Condenações que devem ser cumpridas em regime inicial fechado – Disposição legal expressa no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº. 8.072/1990 – Substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos – Impossibilidade – Mercês incompatíveis com a singular gravidade dos delitos – Recursos de apelação desprovidos.

Vistos.

FLÁVIO BASTOS DONADON, CARLOS EDUARDO DA SILVA FILHO, RENATO LOPES MANHÃES e Marcelo Cordeiro foram condenados a cumprirem, o primeiro, a pena de 11 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento do valor correspondente a 1680 dias-multa em seu valor mínimo unitário, e os três últimos, as penas de 09 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento do valor correspondente a 1399 dias-multa em seu valor mínimo unitário, todos por infração aos artigos 33, “caput” e 35, “caput”, ambos da Lei 11.343/06.

O acusado Marcelo Cordeiro não recorreu da decisão, conformando-se com a decisão condenatória, que transitou em julgado em relação a ele.

Inconformados, os réus Flávio, Carlos e Renato apelam.

A defesa do acusado Flavio pretende como preliminares o reconhecimento da nulidade da interceptação telefônica, porquanto autorizada judicialmente sem fundamentação idônea da prova, bem como o reconhecimento da nulidade da prova, que alega ter sido produzida de forma ilícita, ante a violação de domicílio. No mérito busca a absolvição

quanto ao delito de associação ao tráfico, e a desclassificação da conduta descrita no artigo 33 da Lei de Drogas para aquela prevista no artigo 28 do mesmo diploma legal.

A defesa do réu Carlos sustenta como preliminar a nulidade do feito, sob o argumento de “*ocorrência de 'bis in idem', eis que tais fatos foram objeto de análise nos autos nº 1500532-66.2022.8.26.0344*”. No mérito pleiteia a absolvição por ambos os delitos. Alternativamente pugna pela desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da lei de Drogas, ou ainda, pela aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.232/06, pela redução da pena e pela fixação de regime prisional mais brando, com a substituição da pena privativa por pena restritiva de direitos.

Já a defesa do acusado Renato busca a absolvição por insuficiência de provas, invocando ainda a causa supralegal de exclusão da culpabilidade referente à inexigibilidade de conduta diversa em razão de coação moral irresistível. Alternativamente pretende a desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da lei de Drogas, ou ainda, o reconhecimento da circunstância da atenuante da confissão espontânea, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.232/06, e a substituição da pena privativa por pena restritiva de direitos.

Recursos bem processados, com respostas. A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos apelos.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

As preliminares são inapropriadas.

É importante consignar a licitude das provas, para fins de processo criminal, obtidas por meio de interceptação telefônica, sobretudo em casos como o dos autos, que conta com estruturada cadeia de agentes dedicados ao tráfico de drogas em larga escala.

A Lei nº 9.296/96 nada mais fez do que estabelecer as diretrizes para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais como a privacidade do indivíduo e o dever do Estado de aplicar as leis criminais. Em que pese o caráter excepcional da medida, o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, possibilita expressamente, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, a interceptação das comunicações telefônicas, e tal permissão existe pelo simples fato de que os direitos e garantias constitucionais não podem servir de manto protetor a práticas ilícitas.

E como é cediço, é desnecessária a prévia instauração de inquérito policial para a autorização de interceptação telefônica, bastando a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em atividade criminosa, o que normalmente é obtido por meio de investigação regular ou mesmo um processo penal em andamento, contudo, a formalização de procedimento investigatório não é exigência para a autorização da medida cautelar.

No caso dos autos, as provas bem demonstram que a autoridade policial e os investigadores de polícia já contavam com indícios razoáveis da materialidade dos crimes de associação ao tráfico e de tráfico de entorpecentes, praticado por meio de remessa de envelopes, valendo-se de “Agência dos Correios”, iniciando as investigações a partir da prisão em flagrante do réu Carlos.

E a medida excepcional se mostrou de fato necessária ao desmantelamento da associação, que há muito tempo se dedicava às atividades ilícitas mencionadas, tornando como ônus da defesa a demonstração de que as provas poderiam ter sido obtidas por outro meio:

“Deve-se asseverar que 'é ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável'” (HC 468.604/PR, j. 25/09/2018).

Não fosse o bastante, próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente quanto à validade da prova obtida fortuitamente, por meio de interceptação telefônica:

“O Supremo Tribunal Federal, com o intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção”. (Min. Joaquim Barbosa, AI 626214/MG, j. 21/09/2010).

Tampouco a Lei nº 9.296/96 estabelece expressamente a quantidade de prorrogações de “15 dias” possíveis, prevalecendo o entendimento da possibilidade de renovações sucessivas até que a investigação esteja finalizada, desde que se demonstre a indispensabilidade das prorrogações para o deslinde do caso.

Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua” (Inq 2.424, rel. Min. Cezar Peluso, j. 26/11/2008).

Destarte, a decisão inicial de autorização de interceptação telefônica foi devidamente fundamentada, não havendo que se falar em eventual nulidade.

A Defesa do réu Flávio invoca também a tese de que a inexistência de autorização judicial para que os policiais entrassem na residência do apelante acarretaria a ilicitude das provas obtidas, contudo, constato que a ação levada a efeito não ofendeu a garantia da inviolabilidade domiciliar, uma vez que o ingresso naquela residência se deu no curso de flagrante delito, circunstância estabelecida no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Embora a Defesa argumente que não existia fundada suspeita a justificar a ação dos policiais, é certo que eles se dirigiram ao imóvel no contexto de investigação destinada a apurar o envolvimento de Flávio com o tráfico de entorpecentes, em cumprimento de mandado de busca

e apreensão, e em revista no local eles encontraram grande quantidade de maconha, parecendo incontroverso que o grupo foi surpreendido quando cometia infração penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FLAGRANTE. DROGA EM DEPÓSITO. AUSÊNCIA DE URGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) - Não há falar em nulidade e ilegalidade na apreensão da droga, porquanto, sendo o tráfico de drogas - na modalidade "ter em depósito" - crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, é prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem ao domicílio do acusado, com o intuito de reprimir e fazer cessar a prática delituosa. (...) Habeas Corpus não conhecido. (STJ, HC 348.095/SC, Rel. Ministro Ericson Marinho, 6ª Turma, DJe 31.03.2016).

Por fim, não é a hipótese da litispendência alegada pela Defesa do apelante Carlos, pois, como já exaustivamente indicado, as ações penais em questão referem-se à prática do tráfico de entorpecentes em datas e ocasiões distintas.

Rejeitadas as preliminares, passo à análise da questão de fundo.

Consta da denúncia que em data incerta, mas anterior ao dia 19 de maio de 2022, na cidade de Marília, **FLÁVIO BASTOS DONADON, CARLOS EDUARDO DA SILVA FILHO, RENATO**

LOPES MANHÃES e Marcelo Cordeiro associaram-se para o fim de praticarem, de maneira reiterada, o tráfico de entorpecentes.

Consta também que no mesmo período, até o dia 19 de maio de 2022, na cidade de Marília, **FLÁVIO BASTOS DONADON, CARLOS EDUARDO DA SILVA FILHO, RENATO LOPES MANHÃES** e Marcelo Cordeiro mantinham em depósito, para a entrega a consumo de terceiros, diversas porções de maconha, acondicionadas de formas variadas, com peso total aproximado de 17.594,81 gramas.

Segundo o apurado, após informação acerca da prisão em flagrante de indivíduo na cidade de Presidente Venceslau, que havia recebido entorpecentes pelo correio, enviado por agência dos correios localizada na cidade de Marília, por indivíduo identificado como “Claiton Moraes”, que residia na “Rua Doutor Cesar Martins Pirajá nº 724”, policiais civis, em diligências, constaram que tal endereço não existia, tampouco o indivíduo com tal identificação.

Deste modo, os policiais civis passaram a realizar campanhas nas imediações da agência dos correios, notando a frequência diária de um indivíduo que ali chegavam, valendo-se do veículo Fiat/Pálio, placas JFX 2C34, e da motocicleta Honda/Biz, na cor vermelha, placa GDZ 2040, de sorte que resolveram abordá-lo, identificando-o como o réu Carlos.

De acordo com a denúncia em revista pessoal, com o réu Carlos os policiais encontraram sete encomendas para postagem, com destino a várias cidades, de outros Estados, tais como Goiânia – GO, Brasília – DF, e Recife – PE, todas contendo “haxixe”, embaladas de forma similar àquelas apreendidas anteriormente, com remetente “Claiton Moraes”, além de

uma “*muca*” de maconha, um aparelho de telefone celular, uma máquina de cartão e uma quantia em dinheiro.

Ato contínuo, os policiais se dirigiram à residência do acusado Carlos, onde eles apreenderam duas balanças de precisão, um rolo de plástico transparente do tipo “PVC”, adesivos semelhantes àqueles constantes das porções que seriam enviadas, um pote de vidro contendo maconha na forma fragmentada, dois recipientes plásticos contendo “haxixe”, uma porção de maconha envolta em um saco de papel branco, e um pequeno frasco de plástico, com rótulo “*Ice drops*”, contendo líquido não identificado.

Após a prisão em flagrante do réu Carlos, os policiais receberam informações de que ele integrava associação criminosa voltada ao comércio ilegal de entorpecentes por meio dos Correios.

A identificação dos participantes da empreitada criminosa foi possível em razão de uma extensa investigação conduzida pela autoridade policial.

E por meio da interceptação telefônicas das linhas pertencentes aos acusados e à genitora do réu Renato, apurou-se que o acusado Flávio, que realizava o comércio ilegal de drogas na própria residência, liderava a associação criminosa, e contava com a colaboração dos corréus Carlos, Renato, Marcelo e de outros indivíduos na empreitada criminosa.

E a partir de tais informações, em cumprimento à mandados de busca e apreensão nas residências dos acusados, policiais civis encontraram:

Na residência do réu Flávio, dois rolos de etiquetas,

trinta e sete sabonetes de maconha, dez potes plásticos com adesivo contendo os dizeres “*pomada terapêutica e uma folha de maconha*”, cinquenta e dois vidros contendo líquido, com adesivo indicando “*óleo canabidiol e uma folha de maconha*”, um vidro transparente com duas porções de “*haxixe*”, um tijolo de maconha prensado e embalado, um pote de vidro transparente com adesivo “*gorila grape*”, contendo maconha, sacos plásticos contendo maconha fragmentada, uma “*muca*”, contendo uma pedra de “*crack*”, rolos de fita adesiva, cadernos com anotações acerca da contabilidade do tráfico de entorpecentes, uma seladora elétrica, plástico filme, uma mini balança, um pote plástico contendo dois pacotes de “*haxixe*”, um pote com sementes e maconha, e dois aparelhos de telefone celular, além da quantia de R\$ 556,00 e de setenta e seis pés de maconha plantados em vasos;

Na residência do acusado Marcelo, pequenas porções de “*haxixe*” e de maconha, cartões bancários, comprovantes de envio dos correios, rolos de plástico filme, pote com adesivo indicando “*óleo canabidiol e uma folha de maconha*”, um pote contendo sementes de maconha, um pote com folhas

secas de maconha, “*pomada terapêutica e uma folha de maconha*”, caderno com anotações, telefone de aparelho celular, dezessete pés de maconha plantados em vaso, cento e quinze mudas de maconha e trinta e três pés de maconha;

Na residência do réu Carlos, uma balança de precisão, uma bolsa contendo três tabletes de “haxixe”, um saquinho plástico contendo cocaína e um aparelho de telefone celular;

Na residência do corréu Renato, um tijolo de maconha, um saco plástico contendo dezenas de “eppendorfs” e uma balança de precisão.

Os corréus Flávio, Renato e Marcelo também foram presos em flagrante e encaminhados ao distrito policial.

Tais circunstâncias deixam certa a materialidade dos delitos, haja vista o teor laudo de exame químico-toxicológico, e não ocorre de modo diverso com a autoria.

Interrogados pela autoridade policial, todos os acuados negaram as acusações, agindo de igual modo em Juízo.

O réu Carlos alegou que fora contratado por indivíduo desconhecido, para realizar remessas de sabonetes dermatológicos, e que a tanto receberia R\$ 150,00 ou R\$ 200,00. Disse que conhecia os corréus Flávio e Renato, que conversou com Flávio apenas acerca de onde poderia

encontrar “boa maconha” para seu consumo, e ainda que foi encontrada pequena quantidade de entorpecente em sua residência, que se destinava a uso próprio.

Já o acusado Renato alegou que adquiriu cerca de 750 gramas de maconha para consumo pessoal, que duraria pelo período de seis a oito meses.

O corréu Flávio alegou que o acusado Marcelo lhe doou algumas mudas de maconha, e então deu início ao próprio plantio, para que pudesse fazer uso do óleo para tratar seu quadro de depressão. Disse que produzia óleo, sabonete e pomada, e que às vezes os vendia, para arcar com os custos pessoais.

O acusado Marcelo, por fim, afirmou que as plantas por ele cultivadas visavam fins medicinais, e que apenas ensinou ao réu Flávio acerca da extração do óleo, para uso do genitor de Flávio, que sofria de “Alzheimer”.

Por sua vez, os policiais civis Wellington Macedo Muniz e Rodrigo Favaro Faria, ouvidos nas duas fases da persecução penal, deram conta de que após a prisão em flagrante do réu Carlos, que enviava entorpecentes aos destinatários por meio do serviço de correios, foi iniciada investigação e constatado o envolvimento do corréu Flávio na empreitada criminosa.

Disseram também que então foi autorizada a interceptação telefônica da linha pertencente a Flávio, inicialmente, o que permitiu a identificação dos acusados Renato e Marcelo nos delitos, ocasião em que eles observaram grande volume de conversas entre os acusados Flávio e

Renato, por “*whatsapp*”, sobre a movimentação do tráfico de entorpecentes.

Ainda de acordo com o relato destes policiais, o monitoramento das linhas telefônicas dos acusados, juntamente com a obtenção de dados telemáticos e afastamento dos dados constantes da nuvem, foi bastante a demonstrar que o réu Flávio era o responsável pelo comércio ilegal de drogas, e que auxiliado pelo acusado Marcelo, ele produziu uma estufa para o plantio de maconha e posterior extração de óleo. Disseram também que durante a investigação, restou apurado que o réu Renato era um dos vendedores de entorpecente e que ele contraiu uma dívida com o corréu Flávio, e ainda, que o acusado Carlos participava efetivamente da comercialização da droga.

Ainda segundo estes policiais, diante de tais informações, em cumprimento a mandados de busca e apreensão na residência dos réus, foram apreendidas grande quantidade de entorpecente, além de plantas e derivados da maconha.

Esclareceram também que após o afastamento do sigilo dos dados dos réus, foi possível constatar a existência de uma estrutura criminosa organizada, sendo certo que o réu Flávio realizava o tratamento químico para obter os derivados, o acusado Marcelo era o responsável por melhorar o desempenho das drogas, o que se nota pelas conversas, quando, por exemplo, ele diz “*para bater o haxixe com gelo*”, o corréu Renato recolhia a droga e a repassava, em razão da dívida contraída com o réu Flávio, e em relação ao corréu Carlos, foi verificada “alta bilhetagem” entre ele e o réu Renato, observando os diálogos entre eles, quando este último avisa ao corréu Carlos acerca da transferência equivocada para a conta de titularidade do segundo e pede o estorno, informando que “o destinatário da quantia seria

'Cesinha'', que auxiliava o acusado Renato no tráfico ilegal de entorpecentes, além de diálogos entre Carlos e Flávio.

Foram semelhantes os depoimento dos policiais civis Fábio Portaluppi Marinhol, confirmando que participou da busca na residência do réu Flávio, onde foram encontrados tijolos prensados de maconha, diversos sabonetes, frascos de óleo de canabidiol, uma pedra grande de “crack”, bem como uma plantação de maconha, com estufa e sementes, além de caderno com anotações sobre a movimentação do tráfico de entorpecentes, seladora elétrica, rolos de etiqueta e sacos de maconha fragmentada, e de Alexandre Lanzi Moraes Borges, que relatou ter participado da busca na residência do corréu Renato, onde foi apreendida vultosa quantidade de maconha, além de pinos vazios e balança de precisão.

Também foi no mesmo sentido o depoimento do policial civil Clebert Eimori Kato, da conta de sua participado na busca na residência do réu Carlos, onde foram apreendidas porções de “haxixe” e de cocaína, e balança de precisão.

A seu turno, o policial civil Willian Guilherme Amaral, ouvido no distrito policial e em Juízo, afirmou ter participado da prisão do réu Carlos, responsável por encaminhar drogas valendo-se do serviço de correios, e também da busca na residência do acusado Marcelo, onde foram localizadas pequenas quantidade de “haxixe”, cerca de cem mudas e trinta e três pés de maconha.

As testemunhas da defesa nada acrescentaram aos fatos.

Portanto, a despeito da negativa dos acusados, os elementos de convicção trazidos aos autos tornam certa a materialidade e a autoria dos crimes de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico de drogas.

Convém ressaltar que não consta dos autos que os policiais ouvidos em Juízo tivessem algum motivo para injustamente acusarem os réus, deixando certa a legitimidade de suas declarações, mesmo porque não desconstituídas por quaisquer outros elementos de convicção.

A jurisprudência tem pacificado o entendimento de que a palavra dos policiais e de outros agentes do serviço público não pode ser infirmada sem motivo comprovado. O simples fato de exercerem a função policial não lhes retira a possibilidade de prestar depoimento em juízo, nem afasta automaticamente a credibilidade de suas narrativas, de sorte que não estão impedidos de depor, nem se pode lançar suspeição sobre suas declarações se para tanto não existirem razões plausíveis.

Nesse sentido:

“É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte”. (STJ - AgRg no Ag 1158921/SP AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2009/0117484-5 - Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - T6 - SEXTA TURMA julg. 17/05/2011 DJe 01/06/2011).

Não se pode olvidar ainda os diálogos, extraídos dos aparelhos de telefone celular apreendidos, em que se verificam as conversas mantidas entre os acusados e seus comparsas, sempre a respeito do tráfico de drogas.

Embora os acusados neguem que os diálogos se referissem à venda de entorpecentes, ou mesmo que mantivessem contato entre si, as inúmeras conversas telefônicas indicam o contrário.

É certo que os apelantes não foram vistos em atitude típica do comércio ilegal, mas a expressiva quantidade de droga, aliada às circunstâncias da prisão, não deixam dúvida quanto à atuação no comércio ilegal de entorpecentes.

Ademais, comprovada a finalidade da posse do entorpecente, há óbice intransponível à eventual desclassificação para uso próprio; a condição de usuário não impede a posse, guarda ou transporte de entorpecente para fins de entrega a terceiros.

É importante salientar ainda que não há necessidade de se flagrar a comercialização da droga para a configuração do crime de tráfico. O tipo penal previsto no artigo 33 da Lei Antidrogas é misto alternativo, bastando que o agente incorra em qualquer das condutas descritas no tipo penal para que o crime se configure.

Outrossim, a despeito das alegações da Defesa do réu Renato, não foi apresentada qualquer prova que elidissem a responsabilidade penal do acusado. Embora ela tenha alegado que ele temia por sua integridade física, em razão da dívida com o corréu Flávio, tal circunstância não é

suficiente para caracterizar a causa supralegal de exclusão da culpabilidade referente à inexigibilidade de conduta diversa.

A inexigibilidade de conduta diversa por coação moral irresistível se configura apenas quando o agente é impedido de agir de forma voluntária, situação que não foi demonstrada nos autos.

Por fim, as provas coligidas aos autos tornam certo que a organização criminosa era capitaneada pelo réu Flávio, que fabricava e distribuía a droga, além de comercializá-la na própria residência, e a tanto era auxiliado pelo acusado Marcelo na plantação dos pés de maconha, e pelos corréus Renato e Carlos, os quais armazenavam e comercializavam os entorpecentes.

Destarte, o envolvimento dos réus na organização criminosa ficou claro. Agiam, portanto, imbuídos de um só “animus”, qual seja, da conjugação dos esforços recíprocos para o bom desempenho do vultoso negócio dedicado à comercialização da droga, seja no atacado ou no varejo.

Não há que se falar, ainda, na inexistência do ânimo associativo. A organização criminosa era orquestrada de forma complexa e duradoura, restando demonstrado que cada um dos acusados desempenhava um papel específico na comercialização de entorpecentes, que perdurou pelos meses das interceptações telefônicas, tudo indicando que ocorria há bom tempo.

Vale consignar que o réu Flávio é reincidente específico, de modo que seu passado não o recomenda.

Passo à análise das penas.

Em relação ao réu Flávio.

Quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, na primeira fase, foi bem justificado pela Magistrada – nos moldes do artigo 42 da Lei 11.343/06 – o motivo da majoração da pena-base acima do mínimo legal, haja vista a expressiva quantidade de droga apreendida, bem como a posição de liderança ocupada por ele.

Mantido o acréscimo na fração de 1/5, foi apurada a pena-base de 06 anos de reclusão e 600 dias-multa em seu valor unitário mínimo.

Na segunda etapa, ante a circunstância agravante da reincidência específica, ainda que maior acréscimo fosse recomendável, fica mantido o aumento da pena em 1/6, ante o conformismo do representante do Ministério Público, resultando em 07 anos de reclusão e 700 dias-multa em seu valor mínimo unitário.

E não era mesmo o caso de ser aplicado o redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, eis que além da reincidência, o acusado integrava organização criminosa.

Quanto ao crime de associação para o tráfico, a pena-base foi estabelecida em 1/5 acima do mínimo legal, pelos motivos já mencionados, em 03 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão e 840 dias-multa em seu valor mínimo unitário

Na segunda etapa, por força da circunstância agravante da reincidência, a pena foi exasperada em 1/6, resultando em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão e 980 dias-multa em seu valor mínimo unitário.

Foi bem reconhecido o concurso material entre os crimes, pois são considerados crimes autônomos, praticados em ações distintas, em 11 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão e 1680 dias-multa em seu valor mínimo unitário.

Em relação aos réus Renato e Carlos.

Na primeira fase, nos moldes do artigo 42 da Lei 11.343/06, as penas-base foram fixadas em 1/6 acima do mínimo legal, com fundamento expressiva quantidade de droga apreendida, em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa em seu valor mínimo unitário.

Na segunda etapa, as penas permaneceram inalteradas, porque inexistentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas,

E não era mesmo o caso de ser aplicado o redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, eis que a despeito da primariedade, os apelantes integravam organização criminosa.

Quanto ao crime de associação para o tráfico, as penas-base foram fixadas em 1/6 acima do mínimo legal, pelas mesmas razões mencionadas, resultando em 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa

em seu valor mínimo unitário, e assim mantidas na segunda etapa, porque inexistentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Em virtude do concurso material, as penas alcançaram o montante de 09 anos e 04 meses de reclusão e 1399 dias-multa em seu valor mínimo unitário

De outra face, quanto ao regime de pena inicial fechado imposto aos réus, pela prática dos delitos de tráfico de entorpecentes e de associação ao tráfico, posto que estabelecido em conformidade com o mandamento legal contido no parágrafo 1º, do artigo 2º, da lei 8.072/90, assim há de ser mantido, não ocorrendo de forma diversa com a negativa da substituição da pena privativa de liberdade.

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento.

Tal como veiculado de forma contínua nos diários de grande circulação no país, o tráfico de drogas vem se tornando assustadoramente contumaz no cotidiano das grandes, médias e até mesmo pequenas cidades, inclusive aquelas incrustadas nos mais distantes rincões da nação.

Não há distinção entre ricos ou pobres, raça ou religião; o comércio ilegal avança de forma incontrolável, ora favorecido pela insuficiência policial, ora beneficiado pelo abrandamento do rigor penal.

Evidentemente o grande traficante, o responsável pela distribuição da droga em determinada região ou cidade, não se envolverá diretamente na comercialização da droga; valer-se-á do jovem preterido pela sorte, disposto a lutar por algum dinheiro que propicie a imediata realização de necessidades básicas.

Ocorre então a perfeita comunhão de interesses. De um lado, o responsável pelo tráfico, que se arrima em incautos jovens, inimputáveis pela tenra idade, ou de passado até então escorreito, para comercializar seu produto, e de outro o pequeno cidadão que, eventualmente detido pela prática espúria, poderá ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

O número expressivo de pessoas que poderiam ser servidas com as drogas, tal a quantidade de porções individuais, bem demonstram a periculosidade latente dos réus, recomendando o cumprimento da pena no regime inicial fechado e obstando a substituição da pena por quaisquer das medidas alternativas.

Conquanto não se desconheça a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos mesmo para o crime de tráfico de drogas, não se obsta ao julgador analisar, em cada caso concreto, a viabilidade e admissibilidade dessas benesses.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Além disso, na hipótese dos autos, parece um contrassenso beneficiar aos integrantes de uma bem estruturada associação criminosa com penas mais brandas, ao passo que a norma penal busca a repressão do comércio de entorpecentes, delito equiparado a hediondo.

**ASSIM, PELO MEU VOTO, AFASTADAS AS
PRELIMINARES, NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS.**

Andrade de Castro

Relator