



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000340977

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500855-50.2024.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante JOSE LEO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram parcial provimento ao recurso da Defesa de José Léo da Silva, para reduzir e fixar suas penas em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, mantido o regime inicial aberto, além do pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em uma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser determinada pelo Juízo da Execução V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500855-50.2024.8.26.0587

Apelante: Jose Leo da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Sebastião

Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: GLAUCIA FERNANDES PAIVA

Voto nº 11451

Tráfico de drogas – Materialidade e autoria demonstradas – Conjunto probatório satisfatório – Réu primário – Na primeira fase, reduzidas as penas aos mínimos legais em razão da não expressiva quantidade de droga – Na segunda fase, reconhecida a atenuante da confissão espontânea; porém, ela não pode reduzir as penas aquém dos mínimos legais (Súmula 231 do STJ) – Na terceira fase, aplicou-se o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas no índice de dois terços (2/3) – Mantido o regime prisional aberto – Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, uma vez que não houve recurso do Ministério Público, neste sentido – Afastamento ou redução da pena de multa – Impossibilidade – RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

Através da respeitável sentença de folhas 288/302, **KÁSSIO ALEXANDRE NASCIMENTO BOAVENTURA MENEZES** e **JOSÉ LÉO DA SILVA**, qualificados nos autos, foram condenados, cada qual, a cumprir pena de dois (02) anos e onze (11) meses de reclusão, fixado o regime inicial aberto, e ao pagamento de duzentos e noventa e um (291) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, “caput”, da lei nº 11.343/06. Substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser determinada pelo Juízo da Execução.

Inconformada, a Defesa do réu José Léo da Silva recorre (folha 333), e, em suas razões, requer a absolvição por insuficiência de provas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, uma vez que a condenação se baseou, exclusivamente, nos depoimentos dos policiais militares. Subsidiariamente, pleiteia a redução das penas básicas aos mínimos legais; o

reconhecimento e aplicação da atenuante da confissão espontânea; a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, na fração de dois terços (2/3) e, por fim, a isenção da pena de multa (folhas 347/359).

O réu Kássio Alexandre Nascimento Boaventura Menezes e sua Defesa não recorrem, tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença para eles na folha 380.

Oferecidas as contrarrazões pelo Ministério Público (folhas 363/374); a ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo parcial provimento do recurso da Defesa para fixar as penas básicas nos mínimos legais (folhas 388/399).

É o relatório.

Consta da denúncia (folhas 108/109) que: *“no dia 21 de abril de 2024, em horário incerto, no período da tarde, na Estrada SP, próxima ao numeral 055, Escadão Pantanal, Bairro Juquehy, nesta cidade e comarca de São Sebastião KASSIO ALEXANDRE NASCIMENTO BOAVENTURA MENEZES e JOSÉ LEO DA SILVA; qualificados às fl. 02/05, guardavam e traziam consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 546 papелotes de cocaína, com peso aproximado de 1.070,94 Gramas, Lacre 0005536 sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, além de uma balança pequena de precisão, Lacre 0005537 e a quantia de R\$ 64,00 (sessenta e quatro reais) em espécie, separados em diversas notas pequenas de R\$ 20,00 (vinte) reais, R\$ 10,00 (dez) reais e 2 (dois) reais, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 34, laudo de constatação de fls. 35 e laudo de exame químico-toxicológico a ser oportunamente juntado aos autos.*

Segundo restou apurado, os ACUSADOS muniram-se dos entorpecentes já descritos e dirigiram-se ao local dos fatos para proceder com a comercialização espúria.

Ocorre que, agentes policiais realizavam policiamento de rotina quando avistaram os denunciados no local, conhecido pela prática do tráfico ilícito de entorpecentes, próximos à escadaria, em atividade típica de comércio, com mochila nas costas com volume e atitude suspeita.

Ao visualizar a aproximação dos agentes policiais o denunciado JOSÉ LEO DA SILVA gritou para KASSIO ALEXANDRE "moiô, moiô", comunicando a aproximação dos policiais e ambos iniciaram fuga, sendo então perseguidos pelos policiais.

Ao alcança-los, os agentes realizaram busca pessoal logrando encontrar em posse de KASSIO ALEXANDRE NASCIMENTO, no interior da mochila que carregava nas costas, os entorpecentes acima indicados, embalados e separados de forma própria para a comercialização, bem como a balança de precisão e dinheiro em espécie, em notas pequenas, fruto do comércio dos entorpecentes.

Ouvido, o denunciado JOSÉ LEO afirmou aos policiais que recebia R\$ 50,00 (cinquenta) reais para ficar de "olheiro" do tráfico ilícito de entorpecentes aos finais de semana no local. A quantidade de drogas, a forma de acondicionamento e as demais circunstâncias da abordagem evidenciam a prática de tráfico ilícito de drogas pelos denunciados."

A materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (folhas 01 – 06/33 – 36/57 e 102/103), boletim de ocorrência (folhas 02/05), auto de exibição e apreensão (folha 34), auto de constatação (folha 35), laudo do exame químico-toxicológico definitivo (folhas 149/151) e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é certa, conforme demonstrado a seguir.

Conforme constou da sentença (folhas 289/294), foram ouvidos em juízo os policiais militares Israel Rodrigues Pousa e Jeferson Costa Castro, bem como a testemunha de defesa Ancelmo Muniz da Silva. Além disso, foram interrogados os réus Kássio Alexandre Nascimento Boaventura Menezes e José Léo da Silva.

O policial militar **Israel Rodrigues Pousa**, em juízo (folhas 289/290), narrou que: “*estavam averiguando um tráfico de drogas pela bairro Pantanal em Juquehy. Fizeram uma verificação em uma escadaria, já conhecida como ponto de tráfico. Visualizaram dois indivíduos, um deles notou a presença dos*

policiais gritou um sinal, algo como "Moiô", não se recorda com certeza a palavra usada. Ele deu um sinal para o outro indivíduo, que se evadiu do local. Conseguiu abordar este menino no início da escadaria e seu parceiro conseguiu abordar o outro. Diante dos fatos, fizeram a revista no primeiro indivíduo, que estava com um celular na mão, não se recorda se era esse o objeto, e estava sem documento. Ele acabou confessando que estava como olheiro no tráfico de drogas naquele local. Seu parceiro entrou em contato consigo, contando que o outro indivíduo estava com uma sacola de drogas. Foram até a escadaria, pois já era conhecida como ponto de tráfico de drogas, e encontraram os dois réus no local. Perceberam que um deles deu um grito para o outro, no sentido de avisar que vinha policial. A partir do grito, só um empreendeu fuga. O outro ficou parado na esquina do começo da escadaria. O outro se evadiu do local e estava portando uma mochila. Ele correu, mas seu parceiro conseguiu alcançá-lo mais para frente. Fez a abordagem do primeiro, que não correu. Ao fazer a entrevista, ele disse que tinha acabado de chegar na cidade e não fazia muito tempo que estava morando ali. Ele morava na casa que ficava na esquina do local de tráfico. No começo ele disse que não estava, depois disse que estava, deu várias histórias. Depois a esposa dele apareceu para entregar o documento dele, no caso a certidão de nascimento, porque estava sem documento de identidade. Posteriormente, ele confessou que estava recebendo para ser olheiro ali, mas não se recorda o valor exato que ele recebia. Não participou da abordagem do acusado que correu. Tiveram apoio de outras equipes para fazer a condução. Com o réu que fez a abordagem, a princípio não encontrou nenhuma droga com ele. Às reperguntas da Defesa disse que era um local de tráfico e José Leo morava em uma rua que levava para a escadaria, aproximadamente três casas de distância. O ponto de tráfico não era em frente a sua casa, porque o portão é de frente para uma outra rua. A partir desta casa, há uma viela e a escadaria depois, onde ele estava. Só estavam os dois réus no local, não havia mais ninguém. Não foram chamar a esposa do acusado, ela apareceu depois. Não havia filhos do casal, mas não se recorda se havia alguém na rua, devido à tensão pela ocorrência de tráfico, sem saber o que encontraria pela frente. Um pouco mais para frente da rua, havia um comércio. A viela é paralela à essa rua, sem acesso de veículos. Não se recorda se tinha outras pessoas na rua, mas no ponto de tráfico eram só os dois. Não se recorda se passou

alguém subindo ou descendo, porque há várias casas para cima. Kassio disse que morava subindo a viela. Esta viela faz um "V" e tem uma escadaria de cada lado. Ele morava do lado esquerdo, onde ele subiu quando estavam averiguando o lado direito. Para chegar na residência de Kassio, precisaria passar por, aproximadamente, dez casas. O ponto do tráfico não era na rua da casa deles, era uma esquina e havia uma escadaria à direita, uma viela à esquerda e uma rua paralela. No ponto de tráfico, eles fazem como se fosse uma lojinha, colocando um banquinho e um guarda-sol. Quando avistaram o ponto de tráfico, os dois réus estavam juntos no ponto. Estava próximo deles, entre dez e vinte metros de distância. Os acusados foram surpreendidos e foi bem rápido. Sempre há denúncias de tráfico de drogas naquele local e fez várias averiguações, mas nunca viu os réus ali antes. Nunca fez abordagem em nenhum dos dois, nem sua equipe.”.

O policial militar **Jeferson Costa Castro**, em juízo (folhas 290/291), narrou que: *“a equipe estava em posse de informações, a partir de denúncia anônima, que naquele local ocorria o crime de tráfico de drogas. A equipe já tinha conhecimento da região, por ser um local com algumas ocorrências e prisões efetuadas pela polícia militar. Realizaram a incursão a pé, pela área de escadaria, quando visualizaram dois indivíduos, em uma distância aproximada de vinte metros. Um deles gritou a palavra "Moiô", jargão normalmente usado para indicar que a polícia chegou. Kassio correu com uma mochila e José Leo permaneceu no local. Em busca pessoal, foi localizado um celular com José Leo. Realizou breve acompanhamento a pé e teve o êxito de abordar Kassio. Na mochila que ele carregava consigo continha: quinhentos e quarenta e seis Eppendorfs de cocaína, sessenta e quatro reais em dinheiro, uma balança de precisão e um aparelho celular. Quando foi indagado, ele permaneceu calado sobre a traficância. Foi utilizado algemas, já que aparentemente ele estava sob o efeito de entorpecentes, com falas desconexas a todo momento. Por este motivo, pediram apoio de outra equipe e prosseguiram para o Distrito Policial. Somente um dos indivíduos correu e perseguiu Kassio. Apesar dos itens encontrados na mochila, ele permaneceu em silêncio. Não participou da revista de José Leo. Não conhecia nenhum dos réus. Às reperguntas da Defesa disse que as denúncias anônimas não faziam menção expressa aos réus. Kassio informou que morava na região, inclusive foi buscar o*

documento na residência dele. A esposa de José Leo trouxe uma certidão dele, ele era de outro estado e o único documento de identificação que ele tinha era uma certidão de nascimento. Porém, não informou onde residia e não sabe onde moram. No momento da abordagem, havia uma distância de aproximadamente dois metros entre José Leo e Kassio. No visual, não havia mais ninguém além dos dois. A rua possui algumas bifurcações, há uma rua sem saída e uma rua paralela à esquerda, no sentido de quem entra. Não conseguiam ver se havia mais alguém nessa rua. Não abordaram mais ninguém, somente os réus. O local é ponto de tráfico de drogas e é, também, uma região de habitação. Todo local de ponto de tráfico, a maioria das pessoas são de bem.”.

Não há motivo 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 um inocente.

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Ressalte-se, ademais, que os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório" (STJ: Habeas Corpus nº 149540/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04.05.2011).

A testemunha de defesa **Ancelmo Muniz da Silva**, em juízo (folhas 291/292), narrou que: *“conhece Kassio somente de vista e José Leo já trabalhou consigo alguns dias. Trabalha como pedreiro e possui passagem criminal por assalto. No dia anterior da data dos fatos, tinham saído para beber e ficou bêbado, então José Leo disse para que deixasse o celular com ele, para não perder. Deixou o aparelho celular na casa dele. No outro dia com ele e ele pediu para buscar o celular na casa dele. Ele estava no ponto de ônibus e desceu com ele. Quando ele entrou na casa dele, ficou no portão esperando, encostado no muro do outro lado da rua. Os policiais estavam escondidos no beco atrás da casa dele. Os policiais o chamaram apontando uma arma e disseram que para ele ficasse quieto,*

mandaram ele sentar sobre as mãos. Enquanto isso José Leo ficou ficou gritando por ele, para entregar o celular. Os policiais ouviram o réu chamando e foram para a frente da casa dele e o pegaram. Já estava lá quando pegaram ele. Puxaram sua ficha e a dele, pediram os documentos, pegaram seu celular e o dinheiro que estava em seu bolso, que não foi devolvido, devolveram só o celular. Havia também mais um rapaz que foi enquadrado também. Depois, os policiais desceram com outro indivíduo lá do morro, que foi Kassio. Puxaram seus dados e o dispensaram, mas colocaram José e Kassio na viatura. Tenho certeza de que José veio do ponto de ônibus consigo para buscar o celular. Conhecia Kassio de vista e não sabia de nenhum envolvimento dele com tráfico de drogas. Morava na Vila Carioca.”.

Interrogado o réu **Kássio Alexandre Nascimento Boaventura Menezes**, em juízo (folhas 292/294) negou os fatos, dizendo que: *“em outro plantão, saiu de casa por volta de onze horas, indo para seu serviço. Estava com roupas na mão e ia levar na casa de José Leo, porque a mulher dele lavava roupa para ele. Quando saiu viu os policiais, mas continuou andando normalmente. Eles o abordaram e já vinham fazendo isso anteriormente. Falaram para que esquecesse todo tipo de abordagem que tinha tomado na vida, porque hoje eles queriam um acordo. Não falaram sobre valor, mas que queriam um acordo. Respondeu a eles que não tinha acordo, que estava trabalhando. Perguntaram se tinha passagem e disse que sim. Pegaram seu aparelho celular e falaram que era um celular caro. Declararam: "Se seu celular for roubado, vou quebrar sua custódia e você vai voltar para a cadeia". Levaram seu celular para a viatura, para conferir. Imediatamente já lhe algemaram e o colocaram na viatura, enquanto ficaram conversando. Os policiais abriram a viatura para indagar onde estava seu RG e indicou que estava em sua residência. Falaram "Vamos lá então". Entraram em sua casa e reviraram tudo, entretanto não acharam nada, nem droga. Pediram para provar que estava trabalhando, então mostrou um áudio do serviço, mas eles não acreditaram. Disseram que não convenceu eles e avisaram que iam prendê-lo. Até então, eles tinham soltado suas algemas, dentro da sua casa mesmo, e todos saíram. Foi para a casa de José Leo para entregar as roupas para lavar e a esposa dele estava ali fora. José Leo não estava em casa, somente ela. Deixou a roupa lá e foi trabalhar. No domingo, estava na praia e tinha ido receber de Bruno, da imobiliária onde estava*

trabalhando. Foi embora depois que encontrou com ele, umas seis e quarenta da tarde. Chegando em casa, tinha passado pela rua e não viu nenhuma acesso à escadaria. Entrou em sua residência e até seu cachorro já estava na porta, então não estranhou nada. No momento em que abriu a porta, todas as luzes de sua casa estavam apagadas. Assustou, porque não costumava deixar as luzes apagadas, e na hora o policial Jeferson o puxou para dentro do local, enquanto o outro apontava a arma para ele. O levaram para o quarto, algemaram seus pés e mãos. Um deles falou "Eu falei que ia te prender, ladrão" e o jogou no chão. Nesse momento, fecharam a porta e saíram. Rapidamente voltaram e mandaram levantar. Quando saiu, o sofá da sala estava deitado no chão e pediram para entrar debaixo do móvel. Perguntou o que iam fazer consigo, porque estava achando que iam lhe matar. Deitou e fecharam o sofá, ficando pelo menos quarenta minutos consigo dentro de casa. Eles ficavam o tempo todo saindo e entrando, porque dava para ouvir o barulho da porta abrindo e fechando. Perguntavam o tempo todo "Está vivo, ladrão? Ei, ladrão, está vivo?". Voltaram e pediram acordo, dizendo "Aí, é sua última chance, dá um revólver pra nós". Disse que não tinha revólver não, estava trabalhando. Responderam "Então já era, vamos embora". Foram para fora e, na hora que saíram da viela, estava José Leo, Ancelmo e outro rapaz, que foram abordados. Foi jogado na viatura e a esposa de José Leo chegou na porta da residência, que fica na esquina da viela. Quando ela apareceu, o policial perguntou quem era o marido dela e ela apontou para José Leo. Colocaram ele na viatura também. Quando chegaram em Boiçucanga, tiraram José Leo primeiro. Conversaram com ele ali fora, pegaram a bolsa e começaram a forjar na frente da delegacia. Havia uma sacola dentro da viatura e eles começaram a colocar as drogas dentro da bolsa. Entraram na delegacia e os levaram para a sala com grades, ficando cada um de um lado. Perguntou o que aconteceu e o que os policiais falaram com ele. José Leo falou que eles pediram para dizer que ele pagava cinquenta reais por dia para ser seu campana, senão, jogariam meio quilo dos entorpecentes neles. Pediu para ele não fazer isso e dizer a verdade. Disse que pediria para falar com o delegado antes e contaria tudo que aconteceu, sobre oprimirem José Leo para que ele falasse aquilo. Forjaram com duas cápsulas grandes de cocaína. Escutou eles contando no começo e ouviu eles falaram que era

quatrocentos e oitenta, mas depois já era outra quantidade. Às reperguntas da Defesa disse que depois que participou foi solto na audiência de custódia, eles o abordavam sempre. Nunca o encontravam com nada e nunca possuía nada também. Usava maconha, mas depois disso nem usava mais. Ficava com medo até de sair de casa. Estava em prisão domiciliar e se saísse de casa, já estaria de frente para o comércio de drogas. Evitava sair, só ia trabalhar. Toda vez que os policiais o viam, o abordavam. Outro dia eles pediram acordo e não concordou. No plantão seguinte o prenderam. Já foi abordado pela mesma equipe, tanto dois dias antes da ocorrência, quanto em outros dias em que ia trabalhar ou voltava do serviço. Eles ficavam parados em um posto de gasolina na entrada da cidade.”.

Interrogado o réu **José Léo da Silva**, em juízo (folha 294) negou os fatos, dizendo que: *“foi entregar o celular de Ancelmo e ele já havia sido abordado pelos policiais. Em sequência, gritou o nome dele. Assim que gritou, o policial o abordou e o levou para o canto da viela, onde estavam sendo abordados os outros indivíduos. Puxaram sua documentação, fizeram várias perguntas, pegaram seu aparelho celular e viram se havia algum antecedente de roubo. Não constava nada de registro. Ficaram ali, trouxeram o Kassio e o colocaram dentro da viatura. Foram à sua residência e chamaram sua esposa. Perguntaram para ela quem que era o marido dela e ela apontou para si. Logo em seguida, os policiais o levaram. Chegando na porta da delegacia de polícia, os policiais o tiraram da viatura e o induziram a dizer para o delegado que Kassio pagava cinquenta reais para ficar de olheiro. Caso contrário, se não falasse o que eles estavam propondo, iam jogar entorpecentes tanto para si, quanto para ele. Meio quilo para cada. Não conhecia os policiais, mas já tinha visto eles porque já abordaram Kassio anteriormente, perto de sua casa. Às reperguntas do Ministério Público disse que tinha gritado o nome de Anselmo, porque era para devolver o celular dele que tinha ficado consigo. Às reperguntas da Defesa disse que não sabe porque os policiais fizeram isso e não sabe se era algo pessoal contra Kassio. O comportamento dos policiais estava mais voltado para Kassio, como se estivesse apenas no lugar errado e na hora errada.”.*

Diante deste quadro, a condenação será mantida. Em que pese a negativa dos réus, a autoria restou bem demonstrada pelos depoimentos dos

policiais militares em juízo (folhas 289/291), que estavam averiguando um tráfico de drogas no bairro Pantanal em Jaquehy, quando ao verificarem uma escadaria, já conhecido ponto de tráfico de drogas, visualizaram os réus juntos, sendo que o acusado José Léo da Silva, ao perceber a presença policial, gritou um sinal: “moiô”, para o réu Kássio Alexandre Nascimento Boaventura Menezes, que se evadiu do local. Os agentes públicos resolveram abordá-los e lograram êxito em deter os réus e encontraram em poder do acusado José Léo um aparelho celular, que acabou confessando que atuava na função de “olheiro” do tráfico de drogas no local e, em poder do acusado Kássio Alexandre localizaram uma sacola contendo droga.

Foram apreendidos o peso bruto de 1070,94 gramas de “cocaína”, dispostos quinhentos e quarenta e seis (546) *ependorfs* (auto de exibição e apreensão de folha 34, auto de constatação de folha 35 e laudo do exame químico toxicológico de folhas 149/151).

As palavras dos policiais militares foram seguras, coerentes e convincentes, não havendo nenhum motivo para duvidar deles. Inclusive porque o réu José Léo da Silva admitiu, durante sua abordagem policial, que exercia a função de “olheiro” (folhas 289/291).

Portanto, as circunstâncias em que ocorreu a apreensão da substância entorpecente materialmente comprovada nos autos, corroborada pelos depoimentos altamente comprometedores dos policiais militares, demonstram, de modo inequívoco, que Kássio Alexandre Nascimento Boaventura Menezes e José Léo da Silva guardavam e traziam consigo, ilegalmente, a “cocaína”. Suas condutas comprovam e caracterizam de forma inequívoca o tráfico de drogas. Não se exige, para tanto, que haja prova concreta da mercancia, sendo suficiente a presença de elementos dos quais se possam inferir a sua ocorrência. Em outras palavras, o tráfico ficou bem provado e configurado. Enfim, como destacado na denúncia e acolhido na sentença, os réus guardavam e traziam consigo, ilegalmente, a droga mencionada e isso basta para reconhecer a traficância.

manutenção do édito de rigor, não havendo se falar em insuficiência probatória e em desclassificação para mera posse de droga para uso próprio (artigo 28 da lei nº 11.343/06), pois, inclusive, o réu José Léo da Silva **admitiu**, quando de sua abordagem policial, que exercia a função de “olheiro” do tráfico de drogas. O acusado José Léo da Silva, ainda, chegou a gritar, dando sinal para o corréu Kássio Alexandre Nascimento Boaventura Menezes: “Moiô” (folhas 289/291).

As circunstâncias da prisão, bem como a quantidade da droga apreendida indicam que se destinava ao comércio (repasse a terceiros) e não ao consumo.

Desse modo, não havendo dúvidas sobre a materialidade e autoria delitivas, a condenação será mantida.

Passo à análise das penas.

Na **primeira fase** do artigo 68 do Código Penal, considerando o critério do artigo 59 do Código Penal, a Juíza Sentenciante fixou as penas básicas acima dos mínimos legais, na fração de um sexto (1/6), em razão da quantidade e natureza da droga. Ocorre que a quantidade do entorpecente (**peso bruto de 1070,94**), embora razoável, o seu peso líquido, não atestado no laudo de exame químico toxicológico definitivo de folhas 149/151, possivelmente não ultrapassaria um (01) quilo, a ponto de uma exasperação nesta fase, segundo entendimento desta 12ª Câmara de Direito Criminal. Assim, fixam-se as penas básicas nos mínimos legais, no importe de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em razão da primariedade do réu José Léo da Silva (certidão de folhas 64 e 116).

Na **segunda fase**, ausentes agravantes e como o réu José Léo da Silva confessou, quando dos fatos, que exercia a função de “olheiro” do tráfico de drogas, entendo aplicável a circunstância atenuante da confissão espontânea; entretanto, como a pena-base foi fixada no piso mínimo e por ter incidência o teor da Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, resta mantida a pena de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na terceira fase, a MM. Juíza Sentenciante reconheceu e aplicou o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, no índice de metade (1/2), em razão da nocividade da droga, tornando-se aquém do necessário, sendo mais justa uma redução na fração de dois terços (2/3), de forma a finalizar as penas em **um (01) ano e oito (08) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, uma vez que a natureza danosa do entorpecente já está inserida no tipo penal do narcotráfico e a quantidade (peso bruto de 1070,94 gramas), não era exagerada, conforme justificado na primeira fase.**

Ante as penas fixadas e as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu José Léo da Silva, correta a fixação do regime **aberto**, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal. A gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo, entendimento que está em consonância com as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. Além disso, a Suprema Corte, em julgamento do ARE 1.052.700/MG, com repercussão geral, reafirmou o entendimento julgado de forma incidental pelo Plenário, no julgamento do HC 111.840/ES, de que é inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da lei 8.072/1990, conforme ementa que segue:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal."

A fixação de regime fechado ou semiaberto, no caso concreto, fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, beirando a injustiça o fato do réu primário, condenado à pena de um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, ser submetido a um regime mais gravoso de cumprimento da reprimenda, salientando-se a regra disposta no artigo 33, § 2º, do Código Penal. Observo que a quantidade e

natureza da droga, no caso dos autos, não são relevantes o suficiente para impedir a fixação do regime prisional mais brando.

Correta, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que a Resolução nº 5 do Senado, publicada em 16 de fevereiro de 2012, com efeito *erga omnes*, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", inserida no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, consagrando o princípio constitucional da individualização da pena.

Desse modo, cabe ao Julgador verificar a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 e seguintes do Código Penal.

Tendo em vista as condições pessoais do acusado José Léo da Silva, que é primário e que foi beneficiado com o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo, e consoante entendimento esposado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no paradigmático *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, de fato é viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, a pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em uma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser determinada pelo Juízo da Execução e como não houve recurso do Ministério Público, neste sentido, não há o que ser alterado.

Por fim, não há como se afastar ou reduzir a pena pecuniária estabelecida, que é de imposição obrigatória, sendo que eventual impossibilidade do pagamento deverá ser noticiada à autoridade estatal competente para a cobrança, no momento processual adequado.

Anoto que o montante de dias-multa, estipulado entre 500 e 1.500 dias-multa, decorre justamente da opção legislativa de punir mais severamente aquele que busca o lucro fácil com a comercialização de drogas. Tal opção tem sua gênese no próprio texto constitucional, que prevê tratamento severo ao crime de tráfico de drogas (artigo 5º, inciso XLIII, da CRFB).

Desta forma, não é possível a diminuição da pena pecuniária

porque não há previsão legal, tendo em conta que as penas corpórea e de multa são cumulativas e previstas no preceito secundário do tipo penal.

O Poder Judiciário não tem competência para perdoar infratores no que tange às sanções penais cominadas nos tipos incriminadores. Não existe inconstitucionalidade na pena de multa da Lei nº 11.343/2006, sendo que seu pagamento poderá ser parcelado e eventual inadimplemento não restringe a liberdade do condenado, na atualidade. Eventual dificuldade de seu pagamento deverá ser apreciada em fase de execução, diante de comprovação perante o juízo competente.

Deste modo, mantenho a pena de multa aplicada.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso da Defesa de José Léo da Silva, para reduzir e fixar suas penas em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão**, mantido o regime inicial aberto, além do pagamento **de cento e sessenta e seis (166) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em uma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma a ser determinada pelo Juízo da Execução.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator