



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000352178

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500904-03.2024.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante RAFAEL ALMEIDA SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO ao recurso mantendo-se, integralmente, a r. decisão por seus próprios fundamentos. Arrematando-se, tendo em vista que os motivos que ensejaram o decreto da prisão preventiva são idôneos e persistem até o presente momento, não há qualquer motivo para determinar sua cassação. Assim, mantém-se a prisão preventiva. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

FREITAS FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL: 1500904-03.2024.8.26.0196
Comarca: FRANCA
Apelante: RAFAEL ALMEIDA SANTOS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO
Voto: 45097

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO IMPROVIDO.

I. Caso em Exame

Rafael Almeida Santos foi condenado a sete anos de reclusão por tráfico de drogas, com base no artigo 33, caput, c.c. artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. A defesa apelou, alegando insuficiência de provas e pleiteando a absolvição ou desclassificação para uso pessoal, além do afastamento da majorante e aplicação da causa de diminuição de pena.

II. Questão em Discussão 2. (i) A questão em discussão consiste na suficiência das provas para a condenação por tráfico de drogas. (ii) A possibilidade de desclassificação do crime para uso pessoal. (iii) A aplicação da majorante do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. (iv) A aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas.

III. Razões de Decidir 3. A denúncia preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, permitindo ampla defesa. 4. As provas, incluindo depoimentos de policiais e laudos toxicológicos, corroboram a acusação de tráfico. 5. A majorante do artigo 40,

inciso III, é aplicável devido à proximidade do local dos fatos com escolas. 6. A causa de diminuição de pena não se aplica devido à reincidência e envolvimento habitual com o tráfico.

IV. Dispositivo e Tese 7. Recurso improvido. *Tese de julgamento:*

A denúncia que preenche os requisitos legais não é inepta.

A condenação por tráfico é mantida quando as provas são suficientes e coerentes.

A majorante do artigo 40, inciso III, aplica-se objetivamente.

A causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, não se aplica a reincidentes.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, *caput*, art. 40, inciso III, art. 33, §4º; Código de Processo Penal, art. 41.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp n. 193.100/RS, DJU de 4.2.2002.

STF, RT 608/445.

STJ, AgRg no REsp 1.906.277, 5ª Turma, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 21.9.2021.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença proferida em 16 de outubro de 2024 (fls. 238/246) pela 3ª Vara Criminal da comarca de Franca/SP, acrescenta-se que o réu RAFAEL ALMEIDA SANTOS restou condenado à pena segregativa de sete anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de setecentos dias-multa, no mínimo legal, por ter infringido o disposto no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06.

A defesa se insurgiu contra a r. sentença, apresentando recurso de apelação (fls. 282/293), no qual requer preliminarmente, a rejeição da denúncia, bem como a instauração de exame de dependência toxicológica. No mérito, argumenta, em síntese, que as provas juntadas aos autos não são suficientes para embasar a condenação do réu pelo delito a ele imputado. Demanda, assim, a absolvição ou a desclassificação da conduta de tráfico para a prevista no artigo 28, da Lei de Drogas, além do afastamento da majorante do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 e a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas.

Devidamente contra-arrazado o recurso, sustentando a r. sentença (fls. 303/310), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo integral improvimento do recurso de apelação (fls. 322/328).

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que, no dia 14 de fevereiro de 2024, por volta das 21h14, na praça de esportes, localizada na Avenida São Pedro, 451, bairro City Petrópolis, na cidade e comarca de Franca/SP, RAFAEL ALMEIDA SANTOS,

trazia consigo, para fornecimento a terceiros, cerca de 1,89g (um grama e oitenta e nove centigramas) da substância “Erythroxylum coca L”, conhecida como “cocaína”, consistente em 14 (quatorze) tubos de plástico transparente de cor vermelha, do tipo eppendorf, contendo substância em pó de cor branca, bem como 3,66g (três gramas e sessenta e seis centigramas) da substância “Cannabis Sativa L, conhecida como “maconha” consistente em 02 (dois) segmentos plásticos transparentes aderente e 01 (uma) sem embalagem de porção de fragmento vegetal, tipo erva seca, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, estando sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Relata a denúncia que, na data dos fatos, policiais militares receberam denúncia anônima indicando que um indivíduo de nome “Rafael” estaria praticando crime de tráfico de drogas na praça acima indicada, a qual se situa próxima a três escolas.

Diante disso, os milicianos se deslocaram ao local e avistaram o réu, sendo que RAFAEL, ao avistá-los, empreendeu fuga correndo, mas conseguiram capturá-lo. Em revista pessoal, localizaram, no bolso da blusa do acusado, uma sacolinha contendo 14 eppendorfs vermelhos com cocaína e três porções de maconha. Indagado informalmente, RAFAEL assumiu a propriedade das drogas, bem como disse que vendia a cocaína por R\$ 10,00 e a maconha por R\$ 5,00.

Primeiramente, observa-se que a alegação da defesa de que a peça inicial não preencheu os requisitos do

artigo 41, do Código de Processo Penal, não se faz presente no caso dos autos. Senão vejamos.

A inicial acusatória, ao contrário do alegado, descreveu devidamente as condutas do réu, tendo a denúncia relatado de forma expressa que o acusado foi detido em posse de porções de diversas drogas com intento de venda, após denúncia indicando seu envolvimento no narcotráfico.

Assim, a denúncia não se revela de qualquer forma viciada, acatando perfeitamente os requisitos previstos no artigo 41, do Código de Processo Penal, contendo os elementos essenciais à boa interpretação dos fatos, de modo a proporcionar ao acusado ampla defesa.

Vale consignar que a presente exordial permitiu o exercício da ampla defesa do réu, de modo que não enseja a nulidade do processo, mostrando-se apta a cumprir seu papel constitucional em dar ciência ao réu dos fatos que contra ele são imputados, como se observa da simples leitura, mostrando-se, por isso, acertada a decisão pelo seu recebimento.

Nesse sentido:

"A petição inicial só deve ser indeferida, por inépcia, quando o vício apresenta tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional" (STJ. REsp n. 193.100/RS, DJU de 4.2.2002, p. 345).

“A deficiência da denúncia que não impede a compreensão da acusação nela formulada não enseja a nulidade do processo” (STF, in RT 608/445).

Pontua-se, ademais, que resta sedimentado entendimento jurisprudencial no sentido de que, sobrevindo decisão de mérito, torna-se preclusa qualquer discussão acerca da inépcia da acusação.

Nesse sentido:

1. "A prolação de sentença condenatória esvai a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia. Isso porque, se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, ipso facto, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual ausência de aptidão da exordial acusatória" (REsp 1347610/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 9/4/2018). • STJ: AgRg no REsp 1.906.277, 5ª Turma, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 21.9.2021 (www.stj.jus.br).

Também não há que se falar em ausência de justa causa para a ação penal. Posto que tal hipótese apenas ocorre quando se constata, *prima facie*, que os fatos descritos na denúncia não constituem crime, ou então que o acusado não concorreu, de qualquer forma, para a sua realização. O que não é o caso em tela, tendo em vista que restou comprovada de forma cabal a ocorrência do delito, e as circunstâncias indicam a autoria, embora negada esta pelo

acusado, o que é matéria de mérito e com ele deve ser analisado.

De igual forma, não há que se falar em cerceamento de defesa, pois o deferimento de exame de dependência toxicológica é imprescindível somente em casos de dúvida sobre a imputabilidade do réu, fato que não se verifica no caso em análise. O réu se mostrou bem articulado e consciente de suas ações, buscando empreender fuga ao notar a aproximação policial, sendo que ao ser ouvido perante a autoridade policial e em juízo negou a prática do delito de tráfico, alegando ter sido vítima de brutalidade policial, fornecendo detalhes minuciosos acerca do ocorrido.

O artigo 149 do Código de Processo Penal preceitua que somente a dúvida relevante acerca da integridade mental do acusado legitima a realização de exame de dependência toxicológica, para fins de constatação de insanidade mental.

Ora, em ambos os momentos em que foi interrogado o réu respondeu com completa clareza às indagações e mostrou ter pleno conhecimento da realidade. Por conseguinte, nada evidencia que tenha sua capacidade de autodeterminar-se afetada. Assim, inexistindo indícios de que o réu sofreu redução na sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento, justificado se encontra o indeferimento do pedido de realização de incidente de dependência toxicológica, o qual, uma vez deferido, representaria, provavelmente, produção de prova meramente protelatória.

A condição de usuário de drogas não pode ser considerada como único fator determinante à instauração do incidente de dependência toxicológica.

Deve o douto Magistrado suspeitar do comprometimento da capacidade mental do acusado e se as provas colhidas nos autos não demonstrarem seguramente o tráfico imputado, poderá o mesmo determinar a realização do exame específico, circunstâncias que não se mostram presentes na hipótese tratada nos autos.

Neste sentido:

"A tão só alegação de ser o réu consumidor reiterado de drogas não torna obrigatória a realização do exame de dependência química, mas cabe ao Juiz, a partir da análise do acervo probatório e das circunstâncias do crime, avaliara conveniência e necessidade do ato." (STJ, Quinta Turma, HC 118970, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJe: 07.02.2011).

"O juiz pode indeferir o pedido de instauração de incidente de Dependência Toxicológica, em decisão fundamentada, demonstrando as razões pelas quais considera dispensável a sua realização" (APR nº 20160910037182 (980891), 3ª Turma Criminal do TJDF, Rel. Sandoval Oliveira. j. 17.11.2016, DJe21.11.2016).

"HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PERÍCIATOXICOLÓGICA. Paciente acusado pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, da lei nº 11.343/2006. Pedido de revogação, com concessão de liberdade provisória, bem como deferimento da realização do exame

toxicológico. Impetrante que aponta ilegalidade da r. decisão, diante da ausência dos pressupostos estabelecidos pelo artigo 312, do Código de Processo Penal, e do indeferimento de pedido de instauração de incidente de dependência química toxicológica. Possível incidência do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. Caso concreto não impõe a necessidade de segregação cautelar, bastando a imposição de medidas cautelares pessoais para resguardar a ordem pública. Providência de realização de exame toxicológico que demanda análise do magistrado. Decisão suficientemente fundamentada. Necessidade não verificada na espécie. ORDEM CONCEDIDA COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS.” (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2172693-58.2020.8.26.0000; Relator (a): Camargo Aranha Filho; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Joaquim da Barra - 1ª Vara; Data do Julgamento: 12/08/2020; Data de Registro: 12/08/2020)

Assim, registro a ausência de qualquer elemento probatório suficiente para ensejar a instauração do incidente pleiteado, mostrando-se correta a decisão de indeferimento do pleito de fls. 144/147.

Com efeito, vale lembrar que é tranquilo na jurisprudência deste Tribunal, o entendimento de que não basta ao reconhecimento de nulidade a simples alegação de sua ocorrência. Há que se demonstrar o efetivo prejuízo suportado pela parte que a reclama, o que não ocorreu no caso.

A esse respeito, o julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio pás de nullité sans grief, no

qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada oportuno tempore, comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente" (HC 23548/SP; HC 2002/0089469-0, Ministro Hamilton Carvalhido (1112), Sexta Turma, julgado em 03/02/2005, publicado em DJ 11/04/2005 p.3,83).

Verifica-se, ainda que os demais pontos levantados pela defesa acerca do cabimento ou não da condenação do réu confundem-se com o mérito, e, por isso, serão analisadas com mais afinco no mesmo.

Destarte, não há qualquer nulidade a ser declarada no presente processo.

No mérito, a absolvição é inatendível, tendo em vista que as provas corroboram os fatos expostos na denúncia.

A materialidade delitiva do crime restou claramente demonstrada através do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 01), do Boletim de Ocorrência (fls. 32/34), do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 11), do Laudo de Constatação (fls. 25/31), dos Laudos de Exame Químico-Toxicológico (fls. 100/102 e 185/187) e pela prova oral colhida nos autos.

Dessa forma, observa-se que ao contrário do alegado pela combativa defesa, o entorpecente apreendido restou devidamente periciado, tanto pelo laudo preliminar, como em laudos finais, juntados à fls. 100/102 e 185/187.

Também é certa a autoria do delito.

Em depoimentos harmônicos, coerentes e verossímeis, proferidos em ambas as fases da persecução penal, os policiais responsáveis pelas diligências, Danilo Lopes de Sousa e Thiago Vinicius de Souza, confirmaram a versão acusatória, relatando que na data dos fatos receberam denúncia anônima indicando a ocorrência de narcotráfico na Praça de Esportes por pessoa de alcunha “Rafael”, assim, rumaram para o local indicado, onde avistaram o réu, já conhecido nos meios policiais pelo seu envolvimento no mundo criminoso, de apelido “ratinho”, sendo que o mesmo ao notar a aproximação policial buscou empreender fuga, mas restou devidamente detido. E, em revista pessoal localizaram em poder do acusado porções de cocaína e maconha. Ao ser questionado, o réu admitiu que vendia drogas no local.

Tais depoimentos não devem ser desqualificados, tão-só pela condição profissional das testemunhas, pois não teriam qualquer motivo para imputar falsamente a conduta criminosa ao recorrente. Além disso, nada há de concreto nos autos que pudesse desmerecer essa prova.

Este é o entendimento adotado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado 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 esse 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” (Habeas Corpus nº 74.608-0, rel. CELSO DE MELLO, j. 18.2.97).

No mesmo diapasão já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pela demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito” (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.158.921/SP – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – 6ª Turma, j. 15.5.2011, DJe 1.6.2011).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. (...) Não há falar em ilicitude das provas produzidas, porquanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório” (HC 136.220/MT – Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA – 5ª

Turma, j. 23.2.2010, DJe 22.3.2010).

Verifica-se que as pontuações feitas pela combativa defesa não são capazes de afastar a versão acusatória e invalidar a integridade dos depoimentos policiais.

Outrossim, não há porque duvidar dos depoimentos destes que estão em sintonia com as demais provas colhidas durante a instrução criminal, inexistindo qualquer indício de que os mesmos tenham sido mentiras ou tivessem qualquer interesse em prejudicar o acusado.

Também não parece plausível que os policiais se dariam ao capricho de alterar a dinâmica dos fatos e juntar a mencionada quantidade de drogas apenas para incriminar o apelante gratuitamente.

Conclui-se que não há porque duvidar da narrativa dos milicianos, pois, inexistem nos autos elementos que lancem dúvidas sobre a isenção e integridade dos agentes da lei, presumindo-se legítimos, até prova em contrário, os depoimentos de pessoas escolhidas pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, vez que paradoxal seria adiantar-lhes a confiança necessária para que assumissem tal tarefa e recusar-lhes idêntico crédito quando viessem depor em juízo.

Com efeito, não se pode presumir

que a ação do policial, investido pelo Estado em função de vigilância e repressão, tenha por destinação a incriminação de um cidadão inocente. Seria preciso, para tanto, a existência de indícios mínimos a respeito. E a prova colhida não revela qualquer traço de irregularidade na conduta dos policiais.

Portanto, não há nos autos qualquer indício de falsa imputação de crime a inocente.

Por sua vez, em seu interrogatório em juízo, o réu negou qualquer envolvimento com a narcotraficância, indicando que é usuário de drogas e no dia dos fatos saiu de casa de bicicleta, pois brigou com a esposa, passou pela Praça de Esportes onde comprou duas porções de cocaína e consumiu os mesmos. Empreendeu fuga por conta da chuva e foi abordado pelos policiais.

No entanto, tal versão exculpatória não convence, pois, além de não ter sido comprovada, restou completamente dissociada dos demais elementos de convicção colhidos.

Observa-se, ainda que o acusado apresentou contradições em suas versões com o intuito de afastar sua culpabilidade, pois na Delegacia afirmou que ainda detinha em sua posse as duas porções de cocaína quando da abordagem policial. Ora, tais divergências demonstram a fragilidade da versão exculpatória quanto a este ocorrido e apontam a real intenção do réu de ocultar o verdadeiro desenrolar dos fatos e desta prática delitiva.

Verifica-se, portanto, que o ora réu não logrou produzir qualquer contraprova suficiente para afastá-lo da condenação. Sendo certo que a explicação malfeita reforça a autoria, valorizando os depoimentos incriminadores.

Inclusive, como já dito anteriormente, parece pouco provável que os policiais se deem ao extenso trabalho de forjar informações e a apreensão de drogas apenas para estragar a vida do réu, de maneira gratuita, colocando em risco suas ilibadas carreiras.

Portanto, em face da natureza, da quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, do fato de estarem individualmente embalados e prontos para entrega a terceiros, e também do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante, fica patente a destinação comercial dos mesmos.

Ainda, mostra-se inviável a desclassificação do delito de narcotraficância para a infração prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, posto que a condição de usuário não tem o condão de descaracterizar o crime do artigo 33 da referida norma. Não podendo, assim, o apelante alegar ser dependente para se esquivar da responsabilidade da infração penal. Uma conduta não implica na exclusão da outra, ao contrário, é de praxe a prática do tráfico por usuários com o intuito de sustentar o próprio vício. E nos presentes autos, restou claro que o réu não era simples usuário, mas também

fornecia drogas a terceiros.

A propósito, o seguinte julgado da Corte Suprema:

“A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga. Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu” (STF 1ª T. HC n. 74.420-6/RJ Rel. Min. Celso de Mello DJU de 19.12.96, p. 51.768).

Assim, o réu foi surpreendido em posse de expressiva quantidade e diversidade de estupefaciente, circunstância que se mostra incompatível com a conduta adotada por mero usuário, que de forma geral adquire uma ou outra porção para de imediato consumi-las, exatamente para não ser confundido com o traficante.

Ainda, conforme consta da literatura médica, a dose letal aos usuários de cocaína corresponde a 0,02g da droga; portanto, a quantidade da substância apreendida em poder do réu representa, uma quantidade elevada de porções ensejadoras do quadro de overdose (Delton Croce e Delton Croce Júnior, obra citada, pg. 636, Guilherme Oswaldo Arbenz, “Medicina Legal e Antropologia Forense”, edição 1.988, pg. 539; STJ, HC 235.257/DF, DJe 26-03-2013).

No mesmo sentido é a lição de

Marcos Passagli, na sua obra Toxicologia Forense – Teoria e Prática: - *“A cocaína pode produzir uma intoxicação grave e por vezes, inesperadamente, com pequenas doses. A dose letal pode estar entre 0,8 a 1,2g para um homem de 70kg (...). Em contrapartida, há casos em que pode ocorrer o óbito com uma dose extremamente baixa de 20mg”* (op. cit. p. 180, 5ª edição, Ed. Millennium, 2018, Campinas).

Vale, ainda, ressaltar que, diante o ameadado pelas provas produzidas nos presentes autos, o réu não comprovou de maneira satisfatória deter ocupação lícita ou a renda auferida, afirmando em sua qualificação na delegacia estar desempregado (fls. 05), o que lança dúvidas sobre a capacidade financeira do mesmo de arcar com o custo da aquisição de considerável quantidade e diversidade de drogas apenas para o seu consumo próprio, bem como manter expressiva quantia em espécie cuja origem não comprovou, além de arcar com sua subsistência.

Importante notar que a prova da mercancia, não necessita ser direta, mas pode ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico a sustentar a distribuição comercial do entorpecente.

O tipo penal do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tem conteúdo múltiplo e descreve diversas condutas, sendo o bastante para a sua caracterização a prática de apenas uma delas. Da mesma forma, é inexigível a *traditio* para a consumação do delito.

Nesse sentido:

“Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização” (RT 714/357).

Eis que, em que pese os argumentos apresentados pela combativa defesa, revela-se não só correta, como necessária a condenação do réu pelo delito, pois encontra-se suficientemente baseada no conjunto probatório carreado aos presentes autos.

Dessa forma, uma vez configurado o crime descrito na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado a materialidade delitiva e a autoria restaram devidamente incontroversas e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção compilados ao longo da *persecutio criminis*.

Com relação à fixação da pena, agiu corretamente o M.M. juízo *a quo*, posto que a mesma foi fixada dentro dos limites legais e se encontra devidamente motivada, individualizada e adequada à hipótese dos autos, não se cogitando redução.

A pena-base aplicada foi estabelecida corretamente em seu patamar mínimo legal.

Em seguida foi reconhecida a circunstância agravante da reincidência, devidamente comprovada pela certidão de fls. 37/41, elevando-se a pena em 1/5, vez que se trata de acusado multireincidente, não podendo ser tal circunstância ignorada ou afastada.

Na sequência o M.M. Magistrado *a quo* reconheceu a presença da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas. Não há como se afastar a aplicação de tal circunstância agravante, posto que a mesma se mostra plenamente comprovada no caso em tela.

Conforme se depreende dos autos o réu praticava o delito em questão em praça pública, nas imediações de estabelecimentos de ensino. Fato que foi atestado cabalmente pelos depoimentos dos policiais responsáveis pelas diligências. Restando, claramente comprovada a existência de estabelecimentos listados no inciso III, do artigo 40, da Lei de Drogas próximos ao local dos fatos, onde apurou-se que o réu realizava a venda de narcóticos.

Sendo assim, é clara a maior reprovabilidade da conduta efetuada pelo réu, que praticou o delito aproveitando-se de local de maior concentração de pessoas, visando assim aumentar suas chances de venda, restando indiferente ao fato de que crianças e jovens circulam pelo local, expondo os mesmos à criminalidade e a substâncias entorpecentes.

Ademais, é certo que a circunstância em questão tem natureza objetiva, ou seja, para que seja aplicada, basta que reste comprovada a proximidade física entre o ponto de narcotraficância e os estabelecimentos listados no referido inciso.

Nesse sentido:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NATUREZA. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. PREJUÍZO À IMPETRAÇÃO, NO PONTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. O RDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A utilização do transporte público como meio para a prática do tráfico de drogas é suficiente para o reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, porque a majorante é de natureza objetiva e aperfeiçoa-se com a constatação de ter sido o crime cometido no lugar indicado, independentemente de qualquer indagação sobre o elemento anímico do infrator. Precedente. (...) 4. Ordem parcialmente concedida, prejudicado o pedido de progressão de regime.” (STF. HC 109411. Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 11.10.2011).

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A CONCLUSÃO DO JUIZ SENTENCIANTE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006.

EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES E DE ENSINO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES DELITUOSAS E POSSUI MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...) 5. Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a estabelecimentos hospitalares e de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos das escolas. (...) 8. Ordem denegada.” (STJ. HC 197653. SEXTA TURMA. Rel. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. DJe. 16/10/2012).

Também deve ser afastado o pleito defensivo de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, no caso em tela, pois não parece correto que o réu seja beneficiado com tal redução, tendo em vista que estão presentes circunstâncias que não recomendam tal benesse.

Restou comprovado nos autos que o réu atuava com expertise, efetuando a venda de diversos narcóticos, vez que, o acusado estava em posse de considerável quantidade de diversas drogas, além de ter sido abordado após denúncia dando conta de sua empreitada criminosa, demonstrando, assim, o quão opulento era o seu envolvimento no narcotráfico que não passou despercebido nem ao cidadão comum, não parecendo tratar-se de mero traficante eventual,

que, por descuido, envolveu-se com a traficância momentaneamente.

Ademais, tamanha quantidade e diversidade de narcóticos indica também que o réu possui fortes e duradouras ligações com o narcotráfico, pois certamente que tal montante não seria facilmente entregue a iniciante.

Claro, assim, que não se está diante de pequeno traficante, o qual o legislador buscou beneficiar com tal dispositivo legal.

Nesse sentido:

“PENA – Fixação – Tráfico de entorpecentes – Redução – Beneficiamento do agente que faz do comércio de drogas sua atividade com caráter permanente e habitual, revelando envolvimento em atividade criminosa, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – Impossibilidade – Aplicação apenas ao traficante eventual – Observância – Recurso não provido neste aspecto.” (TJSP – Apelação Criminal nº 1.180.451-3/5, Taubaté, 5ª Câmara Criminal, Rel. MARCOS ZANUZZI, j. 24.4.08, v.u., voto nº 15.940).

Não obstante, o referido dispositivo legal estabelece que para ser agraciado com a redução de pena o condenado deve ser primário e de bons antecedentes, condição esta que não está presente no caso em tela, vez que o réu possuiu condenações anteriores, inclusive pela prática de delito idêntico, conforme ressaltado acima, estando vedado, portanto, a redução da pena.

Salienta-se, ainda, que o afastamento deste benefício pela reincidência está plenamente em conformidade com o princípio da proporcionalidade, pois não pode um criminoso contumaz ser agraciado com o mesmo benefício reservado a aquele que nunca antes praticou qualquer infração penal. Sendo clara a injustiça, caso contrário, em que aquele que insiste na prática de crimes receba o mesmo tratamento dado a um condenado primário.

É certo que a referida causa especial de diminuição de pena somente deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas.

Sua aplicação só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no § 4º, do artigo 33, da lei em comento, o que não se verifica no caso dos autos.

Destarte, quando se cuida “Da aplicação da pena”, o ordenamento jurídico impõe que ela se “estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (Cód. Pen., art. 59, caput).

Dessa forma, impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da

Lei 11.343/06.

A pena resulta, assim, em sete anos de reclusão, e pagamento de setecentos dias-multa, a qual se torna definitiva ante a ausência de demais circunstâncias modificadoras e, portanto, não comporta qualquer redução.

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja diverso do fechado, sendo que o próprio artigo 33, em seu parágrafo terceiro, determina que na fixação do regime inicial o Magistrado deverá observar não só o *quantum* de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Eis que, no caso em tela, o réu não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, pois demonstra elevada periculosidade, como já pontuado, ostentando passagem anterior por crimes graves, inclusive idêntico, demonstrando extremo descaso para com a justiça pátria, não assimilando nada da terapêutica criminal, optando por perpetuar a atividade criminosa, indicando completo desinteresse em reintegrar à sociedade como membro contribuinte desta.

Há de se salientar, neste caso, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é neste sentido:

“a interpretação do § 2º, do art. 33, letras b e c, do Código Penal, conduzem à convicção de que o réu reincidente deve cumprir a pena em regime inicial fechado. Precedentes do STJ” (STJ – Resp. 77.373

– Rel. Min. WILLIAM PATTERSON – 6ª Turma - j. 27.2.96 – DJU nº 91, 13.5.96, p. 15.583).

Nota-se, também, que parte do entorpecente encontrado era cocaína, substância que se revela ainda mais nociva do que as demais, sendo certo que para o indivíduo, a cocaína (e seu subproduto, o crack) enseja a necessidade de doses cada vez maiores, isto é, tem altíssimo potencial à toxicofilia (dependência pela interação do metabolismo orgânico do viciado e o consumo da droga), além de poder causar convulsões a até mesmo parada cardíaca. Para a sociedade, diferentemente da maconha (droga depressora), a *Erythroxylum Coca* é um poderoso estimulante do sistema nervoso central, pelo que tem como efeito taquicardia, exaltação, euforia e paranoia e debilita os elementos mais nobres da personalidade, como o sentido ético e a crítica. Sua crise de abstinência causa tremores, ansiedade, inquietação e irritabilidade (Delton Croce Jr. Manual de medicina legal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 665). Ou seja, tem-se a mistura perfeita para o fomento à criminalidade violenta.

Assim, a determinação do regime inicial é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena, não havendo qualquer ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, nem tampouco à Sumula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto a fixação de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Tal tratamento mais severo

corresponde à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate a narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

Este é o entendimento adotado de forma majoritária por este Colendo Tribunal de Justiça:

“Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts. 33, 'caput', e 35, “caput”, ambos da Lei nº 11.343/06).(…) Regime inicial fechado único possível quanto ao tráfico. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial provido, improvidos os das defesas.” (TJ/SP. AP 0010278-68.2012.8.26.0510. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 02/07/2013)

“Tráfico de entorpecentes. Réu que, em local conhecido como ponto de venda de drogas, ao pressentir a iminência da abordagem por guardas municipais, desvencilha-se de sacola contendo 6 porções de maconha, 19 porções de cocaína e 82 pedras de crack. Localização, em seu poder e ao ensejo de revista, de R\$ 62,00 sem comprovação satisfatória de origem. Palavras dos guardas municipais coerentes e harmônicas. Versões exculpatórias dissonantes e das mais inconsistentes. Alegação de flagrante forjado repelida. Destinação mercantil das drogas bem evidenciada. Pleito de desclassificação da conduta repelido. Condenação, pelo tráfico, bem decretada. Penas que já beneficiam o acusado. Redução, com lastro no artigo 33, § 4º, não questionada pela acusação.

Substituição da pena corporal por restritivas de direitos incompatível com crime equiparado a hediondo. Regime fechado necessário e decorrente, inclusive, de lei (Lei nº 11.464/07). Apelo improvido.” (TJ/SP. AP 0071629-66.2012.8.26.0114. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Pinheiro Franco. Data do julgamento: 04/07/2013).

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena de inibir a prática de novas ações delituosas.

Diante do exposto, pelo meu voto, afastadas as preliminares, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso mantendo-se, integralmente, a r. decisão por seus próprios fundamentos.

Arrematando-se, tendo em vista que os motivos que ensejaram o decreto da prisão preventiva são idôneos e persistem até o presente momento, não há qualquer motivo para determinar sua cassação. Assim, mantém-se a prisão preventiva. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra.

Aguinaldo de **FREITAS FILHO**
RELATOR