



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000359868

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500925-46.2024.8.26.0594, da Comarca de Bauru, em que são apelantes MATEUS FERNANDO DE PAULA e MAYCON DOUGLAS ALVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **rejeitaram a preliminar e DERAM PARCIAL PROVIMENTO aos recursos defensivos para fixar a pena definitiva do réu Mateus Fernando de Paula em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias e pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no piso legal, em regime fechado. E fixar as penas em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias multa, no piso legal, para o réu Maycon Douglas Alves. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal 1500925-46.2024.8.26.0594

Apelantes: Maycon Douglas Alves e Mateus Fernando de Paula

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Bauru

Magistrada: Marina Freire

Voto 10869

Ementa. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Preliminar alegando a nulidade do feito em razão da ilicitude da busca pessoal realizada no réu. Rejeição. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas. Validade. Responsabilização inevitável. Legalidade e compatibilidade evidenciadas. Conjunto probatório seguro e coeso. Traficância caracterizada. Dosimetrias reformadas. Pena base readequada. Fixação de regime prisional inicial fechado. Apelos parcialmente providos.

Trata-se de apelação, interposta por Maycon Douglas Alves e Mateus Fernando de Paula contra a sentença (fls. 290/306), que os condenou como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, a cumprir a pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal, em regime prisional inicial fechado, para o réu Maycon Douglas Alves. E uma pena de 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 833 dias-multa (oitocentos e trinta e três), em regime fechado, para o réu Mateus Fernando de Paula.

A Defesa do réu Mateus de Paula apelou, requerendo em sede de preliminar, a nulidade do feito em razão da ilicitude da busca pessoal realizada no réu, eis que “os policiais não trouxeram qualquer indicativo prévio do tráfico de drogas praticado”. No mérito, requereu a absolvição por insuficiência probatória ou a desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei 11343/06. Subsidiariamente, requereu a redução da pena base (fls. 322/355).

A Defesa do réu Maycon Douglas também apelou, requerendo a absolvição por insuficiência probatória ou a desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei 11343/06. Subsidiariamente, requereu a aplicação do instituto da detração e a consequente fixação do regime semiaberto (fls. 370/379).

Foram contra-arrazoados os apelos (fls. 386/393).

Em seu parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos defensivos (fls. 426/444).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 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.

Os apelados foram condenados pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 21 de agosto de 2024, por volta das 16h30min, na Praça Rui Babosa, 001, no Centro, na Cidade e Comarca de Bauru, Maycon Douglas Alves e Mateus Fernando de Paula vendiam quatro porções de material sólido petrificado de cor bege, denominado “crack”, com massa líquida de 1,19 gramas (um grama e cento e noventa miligramas), um invólucro plástico, contendo a substância maconha, com massa líquida de 8,22 gramas (oito gramas e duzentos e vinte miligramas), seis microtubos plásticos, contendo a substância cocaína, com massa líquida de 1,67 grama (um grama e seiscentos e setenta miligramas), cinco invólucros plásticos fechados, contendo substância maconha, com massa líquida de 2,01 gramas (dois gramas e dez miligramas), e 13 (treze) invólucros plásticos, contendo porções de material sólido petrificado de cor bege, denominado “crack”, com massa líquida de 2,89 gramas (dois gramas e oitocentos e noventa miligramas), todas sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, os autores se encontravam no local dos fatos, praticando o comércio ilegal de drogas.

Os policiais militares, foram acionados via Copom, acerca de uma ocorrência de tráfico de drogas em que um elemento “gordo” estava em uma banca, vendendo drogas para terceiros.

Esse fato podia ser constatado ao analisar as imagens da câmera de segurança.

Diante das imagens disponibilizadas (fl. 23), é possível

constatar que um usuário de drogas de camiseta vermelha se aproxima de Maycon (que está trajando camiseta branca e boné), sendo que, logo em seguida, o usuário entrega o dinheiro a Maycon.

Ato contínuo, Maycon entrega a droga para o usuário disfarçadamente, este que, após receber a droga, sai em rumo ignorado.

Nas imagens, foi constatada a presença de Mateus Fernando de Paula (camisa branca), ao lado de Maycon, agindo em concurso para o delito de tráfico de drogas.

Logo, em sequência, surge nas imagens, outro usuário de drogas, portando uma mochila, camiseta azul, boné preto e shorts.

O usuário entrega o dinheiro a Maycon.

Por fim, Maycon entrega a droga para o usuário.

Ao averiguar as imagens demonstradas acima, os policiais rumaram para o local dos fatos e avistaram o indiciado Maycon Douglas Alves e o reconheceram como sendo ele o elemento das imagens.

Os policiais averiguaram também que estava presente o indiciado Mateus Fernando de Paula, pelas imagens analisadas previamente, ao lado de Maycon, praticando a comercialização das drogas.

Os policiais efetuaram a abordagem de ambos, sendo encontrado em revista no indiciado Maycon, 06 (seis) pinos de pó branco, contendo a substância cocaína, 05 (cinco) porções de maconha e 13 (treze) pedras de substância amarelada “crack”, tudo isso estava na mochila, dentro de um porta óculos de Maycon.

E ainda foi encontrado, no bolso do indiciado, a quantia de R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais) e um telefone celular.

Em revista no acusado Mateus, foi encontrado no bolso de sua calça 04 (quatro) pedras amareladas de “crack” e uma porção de maconha.

No local dos fatos, Maycon disse que vendia as drogas nessa localidade, juntamente com Mateus, o qual era o seu “ajudante”.

Esses são os fatos.

De início, aprecio a preliminar suscitada, rejeitando-a.

Não assiste razão à defesa quanto à arguição de nulidade decorrente da abordagem policial supostamente sem fundada suspeita.

Segundo o disposto no artigo 244, do Código de Processo Penal, *"a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar"*.

A permissão, portanto, para a revista pessoal em caso de fundada suspeita decorre de desconfiança devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo.

No presente caso, a abordagem se deu em contexto típico de policiamento ostensivo, sendo que os policiais receberam denúncias acerca do comércio de entorpecentes no local. Ao analisarem uma câmera de segurança que há na praça, constataram a atitude típica de mercancia, revelando-se motivo suficiente para a realização do procedimento de abordagem, visto a possibilidade iminente de estar ocorrendo o crime.

Destarte, presente o requisito da fundada suspeita para realização da busca pessoal no acusado, mormente diante da atitude dos acusados, não há que se falar em nulidade da busca pessoal e, por consequência, das provas que dela decorreram.

Dessa forma, a ação policial foi lícita e legítima.

No tocante ao resultado da atuação da equipe, trata-se de prova válida, porquanto não revelado, por mínimos indícios, que agiram com ilegalidade ou abuso de poder, violando direitos fundamentais, distorcendo a realidade dos fatos ou faltando com a verdade sobre as circunstâncias fáticas antecedentes que deram suporte a abordagem, busca corporal e veicular, com a consequente apreensão

do entorpecente.

Assim, evidenciada a presença de “fundada suspeita”, pautada em elementos concretos a justificar a atuação policial a teor dos artigos quinto, § terceiro, 240, § segundo, e 244, todos do Código de Processo Penal, não havendo que se dizer que os agentes tenham agido de forma ilegal ao exercer a sua função estatal.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA DA POSSE DE CORPO DE DELITO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. Por ocasião do julgamento do RHC 158.580/BA (Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 25/04/2022), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs criteriosa análise sobre a realização de buscas pessoais e apresentou as seguintes conclusões: Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa), baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto, de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. Entretanto, a normativa constante do artigo 244, do CPP, não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto que constitua corpo de delito de uma infração penal. O artigo 244, do CPP, não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições, impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, baseadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou

expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de "fundada suspeita" exigido pelo artigo 244 do CPP. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos, independentemente da quantidade, após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento "fundada suspeita" seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. Segundo se depreende dos autos, policiais estavam em patrulhamento em ponto de tráfico de drogas quando avistaram o paciente, conhecido dos agentes pelo envolvimento nesse tipo de delito, com uma sacola nas mãos saindo de um beco, oportunidade em que ele, ao avistar a guarnição, empreendeu fuga, mas foi alcançado. Tais circunstâncias, em conjunto, ultrapassam o mero subjetivismo e indicam a existência de fundada suspeita de que a sacola contivesse substâncias entorpecentes e de que o réu estivesse na posse de mais objetos relacionados ao crime. Agravo regimental do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul provido para reconhecer a lícitude da prova decorrente da busca pessoal e restabelecer a condenação do paciente" (STJ, Agravo no Habeas Corpus 815998/RS, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, DJE 05/10/2023).

Assim, não há que se dizer que os agentes tenham agido de forma ilegal ao exercer a sua função estatal.

Dessa forma, a ação policial não ocorreu em decorrência de meras conjecturas, mas sim porque os acusados estavam em atitude típica de mercancia de entorpecentes, de forma que todas as provas obtidas em decorrência devem ser consideradas lícitas.

Rejeito, pois, a preliminar.

A materialidade resultou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 08/12), auto de exibição e apreensão (fls. 17/18), laudo de constatação provisória (fls. 19/22), fotografia (fl. 27), relatório final (fls. 80/81), mídias (fl. 104), fotografia juntada (fl. 105), laudo toxicológico definitivo (fls. 129/134) e pela prova oral coligida.

A autoria, do mesmo modo, resultou incontroversa.

O réu Mateus disse que voltava para casa, após uma entrevista de trabalho, sendo que já tinha comprado alguns artefatos a fim de fumar, quando resolveu parar em um camelô para comprar carregador de celular e fone de ouvido para sua genitora, momento em que foi abordado pelos policiais. Contou que os agentes localizaram drogas com ele e uma bolsa em cima do banheiro, a qual eles queriam atribuir-lhe a propriedade. Afirmou que não conhecia o corréu Maycon ou se a bolsa lhe pertencia. Declarou que contava com 26 anos e trabalhava. Revelou já ter sido condenado por tráfico. Acrescentou ter uma filha e ser usuário de drogas. Aduziu que foram apreendidas com ele quatro pedras de crack e uma porção pequena de maconha

Por sua vez, o corréu Maycon falou que estava trabalhando no dia dos fatos. Contou que ele e seu genitor possuem uma banca de camelô no centro da cidade. Esclareceu que nem sempre emitia nota fiscal dos objetos que vendia, dentre eles, aparelhos celulares, carregadores e “caixas bluetooth”. Declarou que a Polícia sempre passava pelo local e realizava vistorias, sendo que, certa vez, os agentes apreenderam aparelhos celulares, porém, como constou que não eram roubados, os produtos foram posteriormente liberados. Afirmou que os policiais os abordaram, sendo que o corréu Mateus tinha parado no local a fim de comprar um carregador de celular. Revelou que os agentes localizaram uma quantia de entorpecente com o corréu Mateus, bem como a droga que eles dizem ter encontrado dentro da bolsa dele, estava em uma pochete que foi localizada em cima do banheiro público. Mencionou que se trata de um ponto de tráfico de drogas e muitas pessoas comercializam entorpecentes no local. Aduziu não ter assumido a autoria do crime. Reportou que o dinheiro, o qual estava dentro da sua carteira, juntamente com seu RG, era oriundo da venda de três aparelhos celulares e alguns carregadores. Disse que comprava placas de aparelhos celulares quebrados e as consertava. Explicou ter entregado uma placa de aparelho celular para um indivíduo e não drogas. Asseverou que os policiais o obrigaram a “segurar” as drogas. Acrescentou ter 33 anos e ser usuário de maconha. Informou que estava trabalhando como camelô há uns dois meses e sua banca era fixa no mesmo local.

A testemunha Pedro Santos Chekerdemian, policial militar, narrou ter sido acionado, via Copom, pois as câmeras de segurança do referido órgão tinham capturado imagens desses dois indivíduos praticando o tráfico de drogas na Praça Rui Barbosa. Esclareceu que lhe foram informadas as características dos indivíduos e que eles estavam em uma “banquinha de camelô”. Contou ter ido ao local e procedido à abordagem, de modo que realizou revista na banca e nos réus. Declarou ter localizado, em posse do indivíduo mais magro, alguns entorpecentes; e, no interior da mochila do indivíduo um pouco mais robusto, havia mais entorpecentes e quantia em dinheiro. Revelou que o indivíduo mais robusto informou que o rapaz mais magro estava auxiliando na prática do tráfico de drogas no local. Reportou ter conduzido os dois réus à Delegacia de Polícia. Explicou que os réus estavam em uma “banquinha de camelô” vendendo bugigangas e que o Copom tinha lhe fornecido a filmagem. Asseverou que não conhecia os réus dos meios policiais. Disse que o Copom possui uma câmera de segurança na Praça Rui Barbosa por tratar-se de um ponto de tráfico. Explanou que o monitoramento do Copom visualizou o ocorrido. Afirmou que o indivíduo de “maior peso” assumiu a posse da mochila e falou que estava praticando o tráfico porque estava passando por dificuldades financeiras.

A testemunha Felipe Delfino Aguilar, também policial militar, prestou depoimento no mesmo sentido de seu colega de farda Pedro Chekerdemian.

Os policiais militares foram uníssonos e claros em seus depoimentos e descreveram de forma detalhada os fatos, não deixando qualquer margem de dúvida.

Cabe ressaltar que os depoimentos dos policiais estão em harmonia com as demais provas produzidas nos autos.

Ressalte-se que, embora para alguns, o depoimento de policiais não seja meio de prova idôneo para embasar o édito condenatório, cumpre dissentar de tal entendimento.

Nada há nos autos que afaste a validade do depoimento dos policiais militares, não se desincumbindo a defesa do ônus de demonstrar

tivessem eles qualquer motivo para imputar, falsa e levianamente, a autoria dos fatos ao acusado, em nada lhes aproveitando condenação de quem sabidamente inocente, cabendo a ressalva de que estão sujeitos às penas do artigo 339 do Código Penal.

A jurisprudência pátria tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando como aqui, esteja coerente ao quadro probatório colacionado e não discrepe do produzido em sua essência.

Nesse sentido: *“Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade das testemunhas em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorre e desde que não tenham interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do Julgador” (JTJ LEX 176/314).*

Com efeito, os policiais militares, funcionários públicos que são, gozam de fé pública e seus depoimentos devem ser aceitos como verdadeiros, máxime quando encontram eco nos demais elementos trazidos para o bojo do processo.

De resto, é de maciça jurisprudência, prolatada inclusive pelas Cortes Superiores: *“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. 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, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. Ordem denegada” (STJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Habeas Corpus 115516/SP, Julgado em 03/02/2009).*

Dessa forma, deve o depoimento dos policiais militares ser tido como outro qualquer, ou seja, para desacreditá-lo, é necessário demonstrar a invalidade concreta e não apenas suposta.

Portanto, o testemunho dos policiais merece fé até prova em contrário, desde que não se demonstre sua inidoneidade, propósito ou interesse em falsamente incriminar o réu, sendo certo, que no presente feito, não se vislumbra qualquer possibilidade de que os policiais mentiram ou inventaram a

diligência para prejudicar de forma injusta o acusado, como também não vislumbro contradições na versão por eles apresentada na fase policial e na instrução judicial.

Assim, a prova resultou cristalina de que o tráfico ocorreu e foi cometido pelo apelante, merecendo inteira credibilidade a versão ofertada pelas testemunhas na fase policial e em juízo, formando uma boa e robusta prova incriminadora.

O delito de tráfico ilícito de entorpecentes encontra amparo na prova produzida na fase inquisitiva, confirmada integralmente pelas testemunhas policiais, sob o crivo do contraditório, além de estar apoiada na prova documental constante dos autos, a comprovar a apreensão das drogas na posse dos réus.

Não há dúvida, portanto, de que todos os entorpecentes apreendidos pertenciam ao acusado e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes, sendo incabível a versão fantasiosa apresentada pelo réu de que os policiais incumbissem a posse das drogas aleatoriamente aos réus, ou que Maycon estivesse trabalhando honestamente em sua barraca, e os policiais atribuíssem a posse dos entorpecentes ao réu sem qualquer motivo aparente.

A quantidade de droga, além da forma de acondicionamento, apontava a destinação para o comércio clandestino.

Assim, constata-se que a prova oral, somada à apreensão de considerável quantidade de droga (04 porções de “crack”, com massa líquida de 1,19 grama, uma porção de maconha, com massa líquida de 8,22 gramas, 06 (seis) porções de cocaína com massa líquida de 1,67 grama (um grama e seiscentos e setenta miligramas), 05 (cinco) porções de maconha, com massa líquida de 2,01 gramas (dois gramas e dez miligramas), e 13 (treze) invólucros plásticos, contendo porções de material sólido petrificado de cor bege “crack”, com massa líquida de 2,89 gramas (dois gramas e oitocentos e noventa miligramas) durante a diligência, da forma de acondicionamento dos entorpecentes, prontos para a venda, bem como as circunstâncias da abordagem, são mais que suficientes para embasar um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas.

Evidente o dolo direto do agente, isto é, a vontade livre

e consciente de praticar a conduta descrita no tipo do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06.

Ademais, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, prontas para a venda e as demais circunstâncias do caso concreto afastam a possibilidade de desclassificação para o delito de consumo, nos moldes do artigo 28, § segundo, da Lei Federal 11343/06.

Ressalte-se, por outro lado, que o tipo penal em questão é de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, portanto, que o agente pratique qualquer um dos verbos nucleares contidos no artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11.343/06, com a intenção de traficar entorpecentes, para que o delito previsto no dispositivo legal mencionado resulte configurado.

Além do mais, desnecessários atos de mercancia para a caracterização do delito de tráfico de entorpecentes, bastando a evidência, diante das circunstâncias, como as dos autos, que para tanto se destinassem os tóxicos regularmente apreendidos.

No mesmo sentido: *“Importante ressaltar, ainda, que para a configuração do crime de narcotráfico, sequer é exigido qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, não sendo necessária a traditio para consumação do delito”* (RJTJSP, Apelação Criminal 0000272-15.2018.8.26.0470, Des. Marco Antônio Cogan, Data do julgamento: 06/02/2020).

Por outro lado, não há que se falar que a única prova existente nos autos contra o réu é a palavra dos policiais, pois ainda há, em desfavor dele, a apreensão de considerável quantidade de drogas e dinheiro.

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11343/06, artigo 33, caput), não havendo que se falar em absolvição.

Portanto, inviável a aplicação dos princípios da presunção da inocência ou “*in dubio pro reo*”.

Passo à análise das reprimendas.

Dosimetria referente ao réu Maycon.

Na primeira fase, a pena base foi fixada 1/2 acima do

mínimo legal, diante dos maus antecedentes ostentados pelo réu (fl. 140 - Processo 0054564-61.2010.8.26.0071), além do fato de o crime ter sido cometido em plena luz do dia, utilizando de artil e malfadando o comércio dos demais trabalhadores locais, na praça mais movimentada do centro da cidade.

Entretanto, tendo em vista a razoabilidade e proporcionalidade da medida, a fração aplicada deve ser readequada, de forma que o aumento de 1/3 se mostra mais adequado, resultando em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Na segunda fase, sem agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, impossível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § quarto, da Lei Antitóxicos, pois, sendo o apelante sendo portador de maus antecedentes, não faz jus à aplicação da referida causa de diminuição prevista na lei referida.

Descabe, na espécie, o redutor do § quarto do artigo 33 da Lei Federal 11343/06, posto que o acusado é comprovadamente portador de maus antecedentes. E, sopesar essa circunstância para afastar o redutor na terceira etapa, não fere o princípio da proporcionalidade e se mostra correto, tendo em vista a vedação legal expressa da benesse aos reincidentes e que ostenta maus antecedentes, porquanto prevê a aplicação do benefício ao agente primário e de bons antecedentes, que também não se dedique a atividades criminosas e tampouco integre organização dessa natureza.

Sobre o benefício do parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, sem representar direito subjetivo do acusado, configurando mera faculdade do Juiz, que na dosimetria da pena deve se ajustar, com rigor e precisão, às diretrizes dos artigos 42, da Lei de Drogas, e 59, *caput*, do Código Penal. Até porque se o favor legal fosse pelo legislador entendido como direito do réu, teria se utilizado do verbo “dever”, ao invés de fazer constar naquele dispositivo, “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”. Daí porque, valoradas as circunstâncias analisadas, não faz ele jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei Federal 11343/06.

Constitui, assim, correta utilização de uma mesma

circunstância em momentos distintos e para finalidades diversas, com o objetivo de se alcançar, ao final, apenamento proporcionalmente adequado à prevenção e reprovação da conduta criminosa. Dessarte, reconhecida a reincidência do apelante, devem ser mantidos os efeitos dela decorrentes.

Não há que se falar, ainda, em violação aos princípios constitucionais da individualização da pena, da isonomia, da exteriorização ou materialização do fato ou da proporcionalidade ou mesmo em “bis in idem” ante a não aplicação da redução da pena previsto no § quarto do artigo 33, da Lei de Drogas, pois houve plena observância às condições determinadas pelo próprio ordenamento jurídico objetivando o consentimento de tal redução.

Para que se opere a redução em estudo, exige-se, cumulativamente, (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; nem (4) integrar organização criminosa.

Portanto, não há que se falar na aplicação do redutor, porquanto o apelante não preenche os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06, de forma que a pena definitiva deverá ser fixada em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Dosimetria referente ao réu Maycon.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada 1/4 acima do mínimo legal, diante do fato de o crime ter sido cometido em plena luz do dia, utilizando de ardil e malfadando o comércio dos demais trabalhadores locais, na praça mais movimentada do centro da cidade.

Entretanto, tendo em vista a razoabilidade e proporcionalidade da medida, a fração aplicada deve ser readequada, de forma que o aumento de 1/6 se mostra mais adequado, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, incide a agravante da multirreincidência do réu (fls. 147 e 148 - Processos 0007794-67.2018.8.26.0026 e 0008539-09.2018.8.26.0071), mantendo-se o aumento da pena na fração de 1/3, resultando em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias e ao pagamento de 777

(setecentos e setenta e sete) dias-multa.

Não há atenuantes, uma vez que o réu confessou delito diverso do que lhe foi imputado, alegando que a droga localizada consigo seria destinada ao consumo próprio.

Na terceira fase, impossível a aplicação do redutor conforme já fundamentado acima, uma vez que o réu é reincidente, não preenchendo os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei 11343/06, fixando-se a pena definitiva do réu em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias e ao pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa.

O regime fechado foi corretamente fixado, sendo o único dotado de suficiência para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, considerando o disposto no artigo segundo, § primeiro, da Lei Federal 8072/90.

Cabe invocar ensinamento do STF: *“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59”* (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Merece destaque o julgado do STJ: *“A Lei Federal 11464/2007, ao introduzir nova redação ao artigo segundo, parágrafo primeiro, da Lei Federal 8072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda aos condenados pela prática desses tipos de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade da sanção firmada* (Habeas Corpus 188.950/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 05.04.2011, DJE 06.05.2011).

Fica claro que o cometimento de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem a convivência social.

Ademais, nunca é demais destacar que, na aplicação da lei, aqui vista em sentido amplo, deve o juiz atentar-se para os fins sociais da norma e ainda para o bem comum.

Assim preconiza o artigo quinto da Lei de Introdução às

Normas do Direito Brasileiro: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*.

Ademais, importante salientar que a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado para os crimes hediondos e assemelhados, em verdadeiro mandado de criminalização, o que denota, que seu descumprimento representaria, inclusive, descumprimento ao princípio da força normativa e ao caráter vinculante das normas constitucionais.

No presente caso, o diagnóstico de periculosidade é razoável e encontra eco nos autos para considerar os réus perigosos à ordem pública.

Convém lembrar que, embora a Lei Federal 11464/07 tenha revogado parcialmente o artigo segundo da Lei Federal 8072/90, excluindo a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos ou equiparados, permanece incólume a exclusividade do magistrado de analisar cada caso concreto e decidir por conceder ou não o direito de responder ao processo em liberdade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que *“a vedação da liberdade provisória a que se refere o artigo 44, da Lei 11343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por diploma legal de caráter geral, qual seja, a Lei 11464/2007”* (Habeas Corpus 93000/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 25.04.2008).

Houve, em suma, motivação suficiente e em sintonia com o caso concreto, e se justifica a fixação do regime fechado.

Assim, não há que se falar na fixação do regime prisional inicial semiaberto ou aberto para cumprimento da reprimenda dos apelantes.

Demais disso, a gravidade das circunstâncias em que envolvida a prática criminosa, além do *quantum* da pena aplicada, demonstram ser insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tornando assim ausentes os requisitos estatuídos no artigo 44, incisos I e III, do Código Penal.

Nesse sentido:

“O pleito de substituição da sanção corporal, de igual modo, não comporta acolhimento, não só em razão do quantum fixado, mas, sobretudo porque tal benesse não

se mostra suficiente para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, tampouco é socialmente recomendável, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal” (Apelação Criminal 0017664-42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, Relator Des. Juvenal Duarte, Julgado em 24/02/2011).

É da jurisprudência ainda:

“Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou” (Habeas Corpus 203.403/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em 21/06/2011, DJE 01/07/2011).

Embora não se desconheça o teor do artigo 387, § segundo, do Código de Processo Penal, não há de se cogitar de sua aplicação imediata nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos do comportamento dos réus no cárcere e do efetivo lapso que permaneceram presos, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada por primeiro pelo Juízo das Execuções, evitando-se, ainda, supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Com efeito, o artigo 42, do Código Penal, trata da detração para fins de pena e, inegavelmente, tem como órgão competente o Juízo da Execução Penal (artigo 66, inciso III, alínea “c”, da LEP).

O pressuposto de validade processual repousa perante o Juízo das Execuções, porquanto a matéria atinente à detração não comporta discussão no processo de conhecimento, devendo a questão ser analisada quando da execução do julgado, consoante se infere do artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei de Execuções Penais, regra não contrariada pela alteração legislativa promovida pela Lei Federal 12736/2012.

Assim:

"APELAÇÃO. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E MUNIÇÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. APRECIÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. Restando

demonstrado pelo robusto conjunto probatório que o apelante portava, sem autorização legal ou regulamentar, a arma de fogo de uso restrito e as munições apreendidas, incensurável se mostra a solução condenatória proferida. Ademais, nenhum reparo merece a sentença no que tange à aplicação da detração penal. O legislador inseriu o § 2º no artigo 387 do CPP, por meio da Lei nº 12736/12, dispondo que: "O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade". Cabe ao Juízo da Execução Penal apreciar se o condenado preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício, sendo ele, portanto, o competente para a apreciação do referido pleito, consoante o preceituado no artigo 112 da Lei 7210/84. Desprovemento do recurso" (TJRJ, Apelação 0400285-32.2014.8.19.0001, Relator: Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte, Data de Julgamento: 13/10/2015, Data de Publicação: 19/10/2015).

E, apesar de a Lei Federal 12736/2012 ter acrescentado o § segundo ao artigo 387, do CPP, determinando que o Juiz da condenação deva considerar a detração quando proferir a sentença, não revogou o artigo 66, da Lei de Execução Penal, que atribui ao Juízo da Execução a competência para deliberar sobre a detração, sendo ele o mais indicado.

Diante disso, o pleito de detração deverá ser formulado perante o Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais, a teor do que dispõe o artigo 66, inciso III, alínea "c", da Lei Federal 7210/84.

Note-se que o próprio artigo 44, do Código Penal, estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena e da lei penal.

E, neste ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai contra o tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, nenhuma das restritivas de direitos seria resposta proporcional e coerente, até porque, se o fosse, o tráfico estaria equiparado, ao menos quanto às reprimendas ao delito de consumo, quando o primeiro é realmente mais grave, e, em verdadeira afronta à própria individualização da pena e à isonomia em sua acepção material.

Além do mais, não obstante a edição da Resolução 005, de 15 de fevereiro de 2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da

Lei Federal 11343/06, pelo STF, nos autos do Habeas Corpus 97256/RS, na parte em que “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade e nocividade dos tóxicos apreendidos (cocaína), com a observação de que o réu, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando e arruinando suas vidas futuras.

Neste sentido:

“O pleito de substituição da sanção corporal, de igual modo, não comporta acolhimento, não só em razão do quantum fixado, mas, sobretudo porque tal benesse não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, tampouco é socialmente recomendável, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal” (Apelação 0017664-42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, Relator Des. Juvenal Duarte, Julgado em 24/02/2011).

É da jurisprudência ainda:

“Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou” (Habeas Corpus 203.403/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em 21/06/2011, DJE 01/07/2011).

E vale apontar a incoerência de se aplicar regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que tais benesses são insuficientes para a correta repressão do delito em análise e às circunstâncias concretas do crime em apreço, nos termos do artigo 33, § terceiro, e artigo 44, incisos I e III, ambos do Código Penal, não se cogitando em ofensa às Súmulas 718 e 719 do STF.

Aliás, julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça trata da impossibilidade da substituição por pena restritiva de direitos e a imposição de regime de cumprimento diverso do fechado em crimes de tráfico, posicionamento que merece transcrição:

“No mais, inviável a substituição da pena privativa de liberdade

por restritivas de direitos, porque, não obstante a edição da Resolução 005, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei 11343/06 pelo STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, com a observação de que o apelante, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras, acrescentando a isso o fato de ter se utilizado de um adolescente para a nefasta mercancia. Por fim, no que tange ao regime prisional, diante da gravidade concreta dos fatos em apreço, correta a adoção da modalidade fechada, para início do cumprimento da reprimenda corporal, ex vi do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal. O delito pelo qual foram os apelados condenados tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar.” (Apelação Criminal 0101341-36.2011.8.26.0050, Julgado em 06/04/2016, Des. Guilherme Strenger).

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito a preliminar e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos defensivos para fixar a pena definitiva do réu Mateus Fernando de Paula em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias e pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no piso legal, em regime fechado. E fixar as penas em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias multa, no piso legal, para o réu Maycon Douglas Alves.

TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO