



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000359855

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500617-28.2024.8.26.0103, da Comarca de Caconde, em que é apelante BEATRIZ CRISTINA DE CARVALHO, 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: **Negaram provimento ao recurso. 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

Apelação Criminal 1500617-28.2024.8.26.0103

Apelante: Beatriz Cristina de Carvalho

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Caconde

Magistrado: Guilherme Martins Damini

Voto 11140

Ementa. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas (artigo 33, caput, com o artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas). Preliminar de nulidade do feito por cerceamento de defesa. Afastada. Mérito. Absolvição por insuficiência probatória. Não cabimento. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas. Responsabilização inevitável. Legalidade e compatibilidade bem evidenciadas. Desclassificação da conduta para o delito previsto no artigo 28. Não cabimento. Dosimetria. Penas e regimes mantidos. Recurso da defesa desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Beatriz Cristina de Carvalho, contra a sentença (fls. 179/188), que a condenou como incurso no crime previsto no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso VI, da Lei Federal 11343/06, ao cumprimento da pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no piso legal.

Nas suas razões (fls. 190/200), a apelante pleiteia, em preliminar, a nulidade do feito por cerceamento de defesa, em razão de indeferimento de perícia essencial à elucidação dos fatos. No mérito, busca a desclassificação da conduta para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Tóxicos. E, subsidiariamente, a redução da pena e a alteração do regime inicial de expiação.

O representante do Ministério Público (fls. 208/212) se manifestou pela manutenção da sentença.

A Procuradoria de Justiça, no seu parecer, ofertou

manifestação pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 226/240).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Preliminarmente, não ocorreu o alegado cerceamento de defesa, pois os fatos imputados à recorrente foram descritos de maneira clara na denúncia e que a prova dos autos não se limitou ao encontro do caderno com anotações do tráfico, sendo somada a apreensão de porções de cocaína e maconha, além de dois aparelhos de telefone celular, um simulacro de arma de fogo, dois papелotes com resquícios de cocaína, 62 invólucros plásticos (sacolés), comumente utilizados para o acondicionamento de drogas, e 19 invólucros plásticos com resquícios de cocaína, conforme o auto de exibição e apreensão (fls. 16/17).

Anote-se, ademais, que o indeferimento da produção da prova requerida pela Defesa foi suficientemente fundamentado no caso dos autos, ressaltando o magistrado a inconsistência do pedido e a suficiência dos elementos que apontavam a apelante como a responsável pelas porções de drogas apreendidas.

E não foi sequer mesmo demonstrado pela apelante qual prejuízo teria supostamente sofrido ao seu direito de defesa diante do indeferimento da prova pretendida, fato que torna inviável a anulação de qualquer ato processual em respeito ao princípio do *pas de nullité sans grief* insculpido do no artigo 563 do Código de Processo Penal.

Como bem ponderado pelo culto Procurador (fl. 227) “*Com efeito, os princípios da ampla defesa e da busca da verdade real não dão às partes o direito à realização de diligências protelatórias, haja vista que o destinatário das provas é o magistrado, a quem incumbe avaliar a pertinência da produção delas para a formação de seu convencimento.*”

Nesse sentido, “pela visão do livre convencimento, o juiz não está obrigado a aceitar a produção de prova se ela não se mostra indispensável à verdade real” (STJ, RMS 19512/PR, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJE 29/06/2007).

E esse também tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Penal e Processual. Habeas corpus substitutivo de

recurso próprio. Pedido de diligências. Indeferimento. Alegação de cerceamento de defesa. Necessidade de revolvimento de matéria fática e probatória. Impossibilidade. Discrecionalidade do magistrado. Decisão fundamentada. Constrangimento ilegal não evidenciado de plano. Como é sabido, o artigo 400, § primeiro, do Código de Processo Penal, confere ao juiz do processo, destinatário final das provas, avaliar a necessidade e a conveniência da realização das diligências requeridas pelas partes, indeferindo aquelas que se revelem protelatórias ou impertinentes, ou seja, que no seu entender se mostrem irrelevantes para o deslinde da controvérsia. Diante do quadro delineado pela instância ordinária, não se vislumbra, *primo ictu oculi*, nenhuma ilegalidade nem cerceamento de defesa, visto que o juiz de primeiro grau indeferiu, motivadamente, a realização das diligências pleiteadas pela defesa por reputá-las desnecessárias diante do acervo probatório já produzido. Ainda que o impetrante houvesse trazido elementos específicos a fim de comprovar a imprescindibilidade das diligências requeridas, bem como sua capacidade de infirmar as demais provas dos autos principais, sua apreciação seria incabível na via estreita do habeas corpus. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 308836/RJ, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJE 23/02/2015).

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa, tampouco em nulidade da sentença recorrida.

Rejeito, pois, a preliminar suscitada pela defesa.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

A apelante foi condenada pela sentença porque, em 16 de outubro de 2024, por volta das 11h41min, na Rua Domingos Lino, 34, no Bairro Jonas Scaff, na Cidade de Tapiratiba, na Comarca de Caconde, agindo com unidade de desígnios e propósitos com o adolescente M. C. D. dos A tinha em depósito e guardava, para entrega e consumo de terceiros (tráfico), uma porção de cocaína, perfazendo, aproximadamente, 1,14 grama, e duas porções de maconha, perfazendo, aproximadamente, 32 gramas, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Esses são os fatos.

A materialidade e a autoria resultaram devidamente comprovadas, em especial, por meio do auto de prisão em flagrante (fl. 01), do auto

de exibição e apreensão (fls. 16/17), do laudo de exame químico toxicológico (fls. 152/173), bem como pela prova oral coligida.

A autoria é certa.

A apelante negou a prática do crime em seu interrogatório.

Em Juízo, a ré declarou que não trabalhava. Tinha filhos menores. Há aproximadamente um mês abandonou a traficância de substâncias entorpecentes que realizava com seu parceiro Matheus, o qual era menor de dezoito anos. As drogas e outros objetos apreendidos são para uso próprio do casal. Nada sabe sobre o simulacro de arma de fogo e o caderno era de Matheus. Não entendeu sobre a entrega da chave por sua genitora, a qual lhe disse que os policiais a fizeram entregar a chave, sob pena de “estourarem” o local e ela ficou com medo, pois a casa era alugada, e entregou. Moravam no local, a interroganda, Matheus, o seu padrasto e seus filhos.

O policial civil Ricieri Affini Martins, no inquérito, disse que, diante de informações privilegiadas que aportaram na Delegacia, versando sobre tráfico de drogas realizados pelo casal em questão, no endereço da ocorrência, os policiais civis, com o apoio da Guarda Civil, foram até a residência. Com a autorização e entrada franqueada pela proprietária da residência e genitora da indiciada, onde se encontrava o casal Beatriz, de 27 (vinte sete) anos, e Matheus, de 17 (dezessete) anos, em buscas pelo local, os agentes localizaram em uma bolsa no quintal da residência, uma porção de maconha a granel, várias embalagens plásticas, tipo "sacolê", frequentemente utilizadas para o embalo de entorpecente, vários pinos plásticos com resquícios de substância parecida com cocaína e um caderno com anotações do tráfico. Em busca pessoal no adolescente Matheus, foi encontrado uma embalagem plástica contendo uma porção a granel de maconha. Na capa do celular de Beatriz, foi encontrada uma porção de cocaína, em uma embalagem plástica tipo "ziplock". O casal confessou aos agentes que os materiais encontrados eram referente ao tráfico de drogas que o casal praticava, mas declararam ter parado de traficar há cerca de um mês. Diante dos fatos, foi dada voz de prisão em flagrante para a mulher pelo crime de tráfico de drogas e o casal foi conduzido para a Delegacia.

Em Juízo, Ricieri Affini Martins confirmou os relatos,

destacando, ainda, que a denunciada não aparentava estar drogada. A Polícia já havia recebido reclamações informais dos próprios familiares da denunciada a respeito de tráfico no local. A mãe de Beatriz lhes entregou a chave do imóvel, para viabilizar o ingresso da força pública no local. Nos dias anteriores ao flagrante, o depoente fez campana nas proximidades do imóvel e percebeu movimentações suspeitas.

As testemunhas Lucas Mustafé de Almeida, também policial, e Gedielsom Ribeiro, guarda municipal, sob o crivo do contraditório, ratificaram o aduzido acima, depondo em semelhante sentido. O primeiro acrescentou que a genitora da increpada e proprietária do imóvel entregou à Polícia a chave do imóvel. A propósito, a própria foi quem apresentou a notícia crime contra a filha.

Apesar dos esforços da combativa defesa, as provas coligidas são suficientes para a manutenção da condenação dos apelantes pelo delito de tráfico de drogas.

Em que pese a negativa da apelante, as suas versões se mostraram inverossímeis e ficaram isoladas nos autos, pois apesar de ter negado as acusações, mencionando que as drogas eram para uso, pois já teria abandonado a traficância a cerca de um mês, a verdade é que os policiais foram seguros em dizer na audiência de instrução que as drogas e os apetrechos foram encontrados com a apelante.

Quanto ao o pleito defensivo que busca a desclassificação do crime de tráfico para o delito previsto no artigo 28 da Lei Federal 11343/06.

Para a diferenciação entre os delitos de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas, o legislador brasileiro adotou o sistema da quantificação judicial, incumbindo ao magistrado a análise das circunstâncias fáticas de cada caso e, com isso, a distinção entre usuário e traficante.

Dessa forma, conforme disposto no artigo 28, § segundo, da Lei de Tóxicos, para determinar se os entorpecentes se destinam ou não ao consumo pessoal, o juiz analisará a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que deu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta social e os antecedentes do agente.

No caso vertente, a prova trazida aos autos evidencia a ocorrência de tráfico, já que a recorrente, como já asseverado, foi encontrada na posse de porções de cocaína e maconha, já divididas e embaladas de maneira individualizada, prontas para a venda, além de petrechos para a traficância (caderno com anotações, papelotes com resquícios de cocaína, invólucros plásticos (sacolés) e tubos do tipo eppendorf). De se ressaltar, ademais, que os agentes públicos foram firmes e coerentes em seus depoimentos em Juízo, informando que já haviam recebido denúncias dos próprios familiares da ré a respeito do tráfico no local, enfatizando, ainda, que fizeram campana nas proximidades do imóvel da ré, tendo presenciado movimentações suspeitas.

E, assim, bem fundamentou o Magistrado (fl. 183): “*As drogas não se destinavam ao exclusivo consumo pessoal. É o que deflui da análise em concreto dos parâmetros estabelecidos pelo artigo 28, § 2º, da Lei 11343/06. Afinal, confirmando as notícias-crime anônimas recebidas, foram apreendidos entorpecentes de natureza diversa (maconha e cocaína), em quantidade não desprezível. Além disso, como apurado ao longo da instrução, as drogas encontravam-se individualmente embaladas, prontas para a venda, e foram recolhidos petrechos para o tráfico, tal como invólucros vazios com resquícios de cocaína, sacos plásticos ziplock, embalagens de sacolés e caderno com anotações referentes à narcotraficância. Não bastasse, a increpada não aparentava estar drogada como mera usuária ali presente. Tudo isso reflete o propósito de tráfico, que não se resume à venda, o qual, outrossim, não é excluído, por si só, pela eventual concomitante condição de usuário regular de drogas.*”

No mais, o argumento de que seria a ré, mera usuária de drogas, não descaracteriza, por si só, a traficância que vem confirmada no caso em tela. Isso porque, é comum que o tráfico ocorra para a manutenção do usuário de entorpecentes. Incabível, portanto, a desclassificação do delito.

Quanto aos depoimentos dos policiais, ressalte-se que, embora para alguns, o depoimento de policiais não seja meio de prova idôneo para embasar o édito condenatório, cumpre dissentir de tal entendimento.

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, 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).

E ainda:

“Os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado” (STJ, Agravo no AREsp 1997048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJE 21/02/2022).

“Inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais, especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-

se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (STF, Habeas Corpus 74438/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJE 14/03/2011).

Também, não é crível, repita-se, que os policiais fossem introduzir drogas para imputar responsabilidade a uma pessoa inocente, a quem não conheciam. Os policiais visualizaram a acusada e notaram movimentação estranha na casa da apelante, sendo que os policiais não teriam razão para andar com as drogas encontradas com a apelante para incriminá-los, sendo que tudo encontrado com a apelante foi levado para a Delegacia de Polícia.

Nada há nos autos que afaste a validade do depoimento dos policiais, não se desincumbindo a defesa do ônus de demonstrar tivessem eles qualquer motivo para imputar, falsa e levianamente, a autoria dos fatos à acusada, em nada lhes aproveitando condenação de quem sabidamente inocente, cabendo a ressalva de que os policiais estão sujeitos às penas do artigo 339 do Código Penal.

A verdade é que a apelante foi presa em flagrante quando guardava em sua residência, para fins de tráfico, duas porções de maconha, totalizando 32 gramas, e uma porção de cocaína, perfazendo aproximadamente 1,14 grama, além de um caderno com anotações do tráfico, dois aparelhos de telefone celular, um simulacro de arma de fogo, dois papелotes com resquícios de cocaína, 62 invólucros plásticos (sacolés), comumente utilizados para o acondicionamento de drogas e 19 invólucros plásticos do tipo eppendorf com resquícios de cocaína, conforme auto de exibição e apreensão (fls. 16/17).

Não há dúvida, portanto, de que os entorpecentes apreendidos pertenciam à acusada e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes.

A versão da apelante se mostrou frágil e isolada, sendo contrariada pelos seguros e uníssonos depoimentos dos policiais, aliados à apreensão das drogas, em quantidade de não ser crível ter sido adquirida apenas para uso diante da forma de acondicionamento, prontas pra comercialização, e que indicam a finalidade de venda.

Assim, em que pese os argumentos da combativa defesa, constata-se que a prova oral, somada à apreensão das drogas, durante a

diligência, a teor do artigo 156, do Código de Processo Penal, além da forma de acondicionamento dos entorpecentes, que demonstraram que a acusada estava envolvida com o tráfico de drogas, inviabilizando, portanto, o argumento defensivo de absolvição por insuficiência probatória.

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, sendo a versão do apelante frágil e inconsistente ante os elementos de prova, notadamente dos depoimentos dos policiais que foram uníssonos, firmes e claros.

Não é demasiado enfatizar, em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, portanto, que o agente pratique qualquer um dos verbos nucleares (vender, oferecer, guardar, transportar, trazer consigo) contidos no artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, com a intenção de traficar entorpecentes, para que o delito previsto no dispositivo legal mencionado resulte configurado, não havendo que se falar na prática de atos de mercancia para a sua configuração.

Neste sentido:

“Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido” (RT 729/542).

Por outro lado, não há que se falar que a única prova existente nos autos contra o apelante é a palavra dos policiais, pois ainda há, em desfavor deste, a apreensão das drogas e dos petrechos.

Por fim, presente, também, a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas, pois o adolescente M se encontrava inserido na atividade criminosa desempenhada pela ré.

A simples participação de menor de dezoito anos em infração penal ligada ao crime de tráfico de drogas é suficiente à comprovação do crime.

A intenção do legislador ao prever a aludida causa de

aumento é coibir não só a inserção do menor no ambiente criminoso, mas também a sua manutenção, mesmo que já tivesse praticado, em momento anterior, outro ato infracional.

Assim, funciona o ditame como regra absoluta de abstenção, pela qual nenhum indivíduo deve praticar crimes em companhia de adolescentes, ainda que este tenha sido o seu principal mentor.

Diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a manutenção da condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11343/06, artigo 33, caput), não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei Federal 11343/06.

Em suma, o quadro probatório contém elementos de convicção, de modo a não deixar dúvidas sobre a prática, pelo recorrente, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, não se verificando, no caso em tela, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386, “caput”, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

Não há dúvida, portanto, de que os entorpecentes apreendidos pertenciam à acusado e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Dessa forma, diante do conjunto probatório coligido, não há dúvidas em relação à autoria e à materialidade do delito.

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

No mais, passo a análise da pena aplicada à apelante:

Na primeira fase, tendo em vista a circunstância judicial desfavorável (natureza dos entorpecentes apreendidos), as basilares foram fixadas em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Nesse sentido:

“Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes” (STJ, Habeas Corpus

187330/MG, Relator Ministro Gilson Dipp).

Posicionamento da Suprema Corte não destoa, pontuando-se que, “consoante a inteligência do artigo 42, da Lei 11343/06, a quantidade e a natureza da droga apreendida, entre outros aspectos, devem ser sopesadas no cálculo da pena” (STF, Habeas Corpus 127241/SP, Relator Ministro Dias Toffoli).

E também “a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal” (RHC 122.598, Relator Ministro Teori Zavascki), enquanto o “próprio artigo 42, da Lei 11343/2006, estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Inegável, portanto, que o magistrado pode elevar a pena-base em razão da natureza da droga” (STF, RHC 117.489/MS, Relatora Ministra Rosa Weber).

Na segunda fase, sem atenuantes ou agravantes, foram mantidas no mesmo patamar.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição, mas presente a majorante do artigo 40, inciso VI, da Lei Federal 11343/06, haja vista que a prática delitiva envolveu o namorado adolescente (fl. 11), a pena foi elevada em 1/6 (um sexto), concretizando-se em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias multa.

Não estavam presentes os requisitos do parágrafo quarto do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, uma vez que a ré, embora primária, não tem comprovação de exercer atividade lícita, a despeito de possuir vários filhos e encontrar-se amasiada com um menor de idade de 17 (dezessete) anos, demonstrava que vinha se dedicando às atividades criminosas e fazendo do tráfico o seu meio de vida, conclusão reforçada pelo fato de terem sido apreendidos diversos petrechos para o tráfico, com destaque pares de invólucros vazios com resquícios de cocaína, sacos plásticos ziplock e diversas embalagens de sacolés e caderno de anotações. Além disso, foi recolhido simulacro de arma de fogo, o que constitui indício de emprego de violência na empreitada criminosa em apreço.

Registre-se que a aplicação da minorante exige a existência cumulativa dos quatro requisitos presentes no dispositivo mencionado,

quais sejam: a) agente ser primário; b) possuir bons antecedentes; c) não se dedicar às atividades criminosas; e d) não integrar organização criminosa.

Conforme exposto acima, a ré não preencheu todos esses requisitos, tendo se dedicado às atividades criminosas, não comprovando atividade lícita.

Mantenho a fixação do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo vigente ao tempo do fato, tendo em conta a ausência de informações sobre a condição econômica da ré (artigo 49, § primeiro, com o artigo 60 do Código Penal).

Quanto ao regime, mantenho o fechado (artigo 33, § segundo, alínea “a”, do Código Penal), tendo em vista a aludida natureza do entorpecente apreendido (cocaína), aliada ao montante de pena aplicado, superior a quatro anos, a denotar a relevante gravidade concreta do crime, circunstância que desafia a aplicação do grau máximo de reclusão, com o objetivo de se alcançar a contento as finalidades retributivas e preventivas da pena corporal, referenciadas no artigo 59, do Código Penal, e artigo primeiro da LEP.

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).

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

Ademais, nunca é demais lembrar 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”.

No presente caso, o diagnóstico de periculosidade é razoável e encontra eco nos autos para considerar a ré perigosa à ordem pública.

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.

Por fim, 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, II e III do Código Penal.

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).

Também não é cabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, bem como a suspensão condicional da pena, em virtude da quantidade de pena aplicada (artigos 44 e 77 do Código Penal).

Consigne-se ainda que a decisão que não concedeu o direito de recorrerem em liberdade se mostrou adequada diante das circunstâncias do

caso concreto e, ainda que de forma sucinta, foi devidamente fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* pelo MM Juiz, o que atende às disposições do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ademais, a referida prisão não afronta, de modo algum, o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo quinto, inciso LVII, da CF), sobretudo em se considerando que a Carta Constitucional de 1988 também contempla a possibilidade da prisão decretada pela autoridade judiciária competente, consoante o preceito do artigo quinto, inciso LXI.

Neste sentido, já se pronunciou esta Colenda Corte de Justiça:

“Liberdade Provisória. Direito de aguardar em liberdade o julgamento. Benefício pleiteado com base no princípio da presunção de inocência consagrado no inciso LVII do artigo quinto da CF. Inadmissibilidade. Consagração que não importou revogação das modalidades de prisão (em flagrante, preventiva ou decorrente de pronúncia) anteriores ao trânsito em julgado da sentença previstas na lei ordinária, conforme, aliás, o "caput" e os incisos LIV e LXI do próprio artigo quinto da Carta Magna” (TJSP - RT 44/280).

O Juízo bem fundamentou a ausência do direito do réu de recorrer em liberdade nos seguintes termos: “*Indefiro o recurso em liberdade, ao passo que subsistem os motivos que ensejaram a segregação cautelar, em prol da ordem pública, tendo em vista o risco de reincidência, oriundo da profunda imersão da condenada na seara delitiva, que faz do crime seu meio de vida, à luz dos artigo 282 com o artigo 312, combinado com o artigo 313, conjugado com o artigo 387, § primeiro, do CPP, nos termos da decisão de fls. 49/55, a qual externou realidade fática até então inalterada (fls. 49/55).*”

Logo, foram realizadas as devidas análises acerca da existência de autoria do réu e a materialidade do delito, com base nas informações coligidas na fase extrajudicial e judicial, bem como considerados presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, de modo que a manutenção da custódia preventiva se faz necessária para a preservação da ordem pública, tudo com a finalidade de fundamentar a manutenção da prisão preventiva do apelante, nos termos dos artigos 310 e 312 do Código de Processo Penal.

Há que se ressaltar, ainda, que o ato judicial monocrático, em nenhum momento, deixou de observar o preceituado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, nem o artigo 387, § primeiro, do Código de Processo Penal.

A jurisprudência é nesse sentido:

Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Gravidade concreta. Periculosidade social. Necessidade da prisão para garantia da ordem pública. Segregação justificada. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Medidas cautelares do artigo 319 do CPP. Inviabilidade. Ausência de audiência de custódia. Falta de previsão legal. Substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar. Necessidade não comprovada. Coação ilegal não demonstrada (STJ, Habeas Corpus 335151 SP 2015/0219626-8, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 01/12/2015, Quinta Turma, Data de publicação: DJE 09/12/2015).

Com a condenação, o Juízo entendeu que a ordem pública deveria ser resguardada, circunstância cujo ônus é defensivo, que não foi afastada desde então, sendo que a prisão do apelante deve ser mantida e está perfeita e suficientemente fundamentada.

Anote-se que a ré foi presa em flagrante, sendo a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. E respondeu o processo na prisão. Os fundamentos da custódia preventiva resultaram confirmados com a condenação do acusado, não se vislumbrando quaisquer alterações nas justificativas que ensejaram a custódia cautelar, de sorte que não seria mesmo correto o Juízo de Primeiro Grau soltar o acusado, ao mesmo tempo em que o condenava pela prática do delito narrado nos autos.

Nesse sentido, têm reiteradamente decidido os nossos Tribunais: *Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Roubo Majorado. Direito de recorrer em liberdade. Réu preso durante toda a instrução criminal. Impossibilidade. Recurso ordinário conhecido e desprovido* (RHC 69.072/SP, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, Julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016).

“A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o réu que permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal” (STJ, Habeas Corpus 62.175/SP, Ministra Laurita Vaz, Julgado em 02.10.08).

Portanto, não há que se falar em ofensa a qualquer dos princípios e normas constitucionais e federais aventados pela defesa, muito menos

afronta à Constituição Federal ou às normas penais ou processuais penais.

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 NEGÓ PROVIMENTO** ao recurso defensivo, para manter, na íntegra, a sentença.

TEIXEIRA DE FREITAS

RELATOR