



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000361391

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503802-05.2024.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados MATEUS DA SILVA LIMA e JOÃO VÍTOR FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público para condenar João Vitor Ferreira por infração ao artigo 33, caput, da Lei Federal 11343/2006, e fixar as penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, no piso legal, em regime inicial fechado. Oportunamente, com o trânsito em julgado, expeça-se o mandado de prisão.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 1503802-05.2024.8.26.0320

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelados: Mateus da Silva Lima e João Vítor Ferreira

Comarca: Limeira

Magistrado: Guilherme Lopes Alves Lamas

Voto 11174

Ementa. Apelação. Tráfico. Recurso do Ministério Público. Pretendida a condenação dos réus nos exatos termos da denúncia. Réu Mateus. Absolvição mantida. Réu João Vítor. Materialidade a autoria demonstradas. Conjunto probatório robusto. Palavras coerentes e seguras das testemunhas policiais. Validade. Responsabilização inevitável. Legalidade e compatibilidade evidenciadas. Conjunto probatório seguro e coeso. Traficância caracterizada. Dosimetria. Primeira fase majorada em razão do volume dos entorpecentes apreendidos. Segunda fase compensação da reincidência com a menoridade relativa. Terceira fase. Reconhecimento do redutor. Impossibilidade. Imposição do regime prisional inicial fechado. Apelo parcialmente provido para condenar João Vítor.

Trata-se de apelação interposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra a sentença (fls. 171/173), que julgou improcedente a ação penal e absolveu Mateus da Silva Lima e João Vítor Ferreira, da acusação de terem incorrido nos delitos tipificados no artigo 33, caput, da Lei Federal 11343/06, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Por suas razões, o Ministério Público busca a condenação dos réus nos exatos termos da denúncia (fls. 190/196).

O recurso foi processado e respondido pelos apelados (fls. 200/211 e 218/223)

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer manifestou-se pelo parcial provimento do recurso com a condenação de apenas João Vítor Ferreira (fls. 248/254).

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.

O recurso comporta parcial provimento.

Consta na denúncia que, em 26 de setembro de 2024, por volta das 18h17min, na Avenida Canadá, 100, no Parque Residencial Abílio Pedro, na Cidade e Comarca de Limeira, Mateus da Silva Lima e João Vítor Ferreira traziam consigo e guardavam, para fins de comercialização com terceiros, 82 (oitenta e duas) porções de cocaína, pesando aproximadamente 71 gramas (setenta e uma gramas), 74 (setenta e quatro) tubos, contendo maconha, pesando aproximadamente 245 gramas (duzentos e quarenta e cinco gramas) e 113 (cento e treze) papелotes, contendo maconha, pesando aproximadamente 243 gramas (duzentos e quarenta e seis gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, os acusados estavam na “Praça da Paz”, local conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando João Vitor, ao avistar a viatura policial, se levantou rapidamente, quebrou o seu aparelho de telefone celular e, em seguida, tentou se esconder nas proximidades de uma árvore.

Ao mesmo tempo, Mateus tentou se evadir do local, porém sem êxito.

Realizada a abordagem pelos policiais militares, em revistas pessoais, os policiais encontraram 04 (quatro) porções de maconha e a quantia de cinco reais, em dinheiro, no bolso da bermuda de João Vítor.

E encontraram uma porção de maconha e a quantia de cento e sessenta e um reais, em dinheiro, com Mateus.

Ato contínuo, João Vitor indicou o local que guardava o restante das drogas e, em um coqueiro, a poucos metros de distância da abordagem, os policiais militares localizaram uma sacola preta, contendo em seu interior 74 (setenta e quatro) tubos, contendo maconha, 108 (cento e oito) porções de maconha e 82 (oitenta e duas) porções de cocaína.

Esses são os fatos.

A materialidade resultou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 07) boletim de ocorrência (fls. 19/22), auto de exibição e apreensão (fls. 23/24), laudo de constatação preliminar (fls. 30/32), laudo de exame químico toxicológico (fls. 121/123), relatório final (fls. 131/132), bem como pela prova oral coligida.

E, inicialmente, destaco que Mateus foi beneficiado com a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança em sede de audiência de custódia e o requerimento da Defensoria Pública quanto à perícia no celular e a extração de dados, porque a prova incumbia à acusação.

Em Juízo, o policial militar Lucas Eduardo Seleghim afirmou que realizavam uma operação pelo Município de Limeira no combate a diversos ilícitos e verificaram que, na Praça da Paz, havia um aglomerado de pessoas. No instante que a viatura subiu no logradouro, perceberam que diversos indivíduos se levantaram e João Vitor também se levantou depressa, pegou um aparelho celular, que estava em suas mãos, quebrou e tentou se esconder atrás de uma árvore. Foi realizada a abordagem dele e dos demais indivíduos. Questionado João Vitor, disse que quebrou o celular e foram localizadas 04 porções de maconha e mais R\$ 5,00 e ele confessou também que estava no tráfico e o resto da droga estava numa sacola que estava depositada num tronco de uma árvore que estava há aproximadamente 10 metros. Já Mateus foi abordado com os demais indivíduos e com ele foi localizado uma porção de maconha similar a que estava com o João Vitor e a quantia de R\$ 161,00 e ele disse que tinha ido ao local comprar a droga e ao perceber que todos se levantam também o fez. Não se recorda da quantidade de drogas apreendidas na sacola. Eles não eram conhecidos do meio policial. O celular quebrado foi apreendido e apresentado no plantão policial. Com Mateus, apenas localizou uma porção de maconha e o dinheiro, ele disse que havia ido ao mercado, comprou aquela porção e na sequência iria para a casa dele. Sobre o dinheiro ele disse que era do trabalho dele.”

Em solo policial, Lucas Eduardo Seleghim declarou que “realizávamos patrulhamento de força tática pelo bairro momento quando próximo da do cruzamento entre a Avenida Canadá e a Avenida dos Estados Unidos percebemos alguns indivíduos, numa praça de nome Praça da Paz. E um desses

indivíduos posteriormente identificado como João Vitor se levantou rapidamente ao visualizar viatura policial acabou quebrando um aparelho celular e na sequência tentou se esconder próximo a uma árvore em vista dos fatos os outros indivíduos que também se achavam naquela praça se levantaram e tentaram empreender fuga. Todos foram abordados com João Vitor foi localizada a quantia de R\$ 5,00 em espécie e mais quatro porções de maconha tudo localizado no seu bolso esquerdo da bermuda por sua vez em relação outro indivíduo de nome Mateus localizamos também no bolso da bermuda depositado no lado esquerdo uma porção de maconha bem como a quantia de R\$ 161,00. Questionado em relação à droga, João Vitor confessou a mercancia do ilícito e que as demais drogas estavam depositadas em um tronco de árvore a poucos metros local da abordagem por lá o cabo diligenciou localizando uma outra soma. Com os demais abordados não foi localizado nada atinente a entorpecente bem como a dinheiro e foram liberados após cientificar João e Mateus em relação aos seus direitos constitucionais na sequência conduziram a Santa Casa e posteriormente ao plantão policial (fls. 08/10).

Em Juízo, o policial militar Airton Victorio Ferrari afirmou que a equipe estava em patrulhamento de força tática pelo local, quando localizaram diversos indivíduos na Praça da Paz local conhecido pela mercancia de drogas e ao anotar a presença da guarnição João Vitor se levantou rapidamente, quebrou o celular que estava nas mãos dele e tentou se esconder próximo a uma árvore. Rapidamente a equipe desembarcou e abordou os indivíduos, durante a busca localizaram com João Vitor as 04 porções de maconha e mais R\$ 5,00 e com Mateus uma porção de maconha e R\$ 161,00. Questionado, João Vitor confessou que estava no tráfico naquele local e apontou para a equipe onde escondia o restante das drogas. Realizada diligência no local, dentro de um tronco da árvore uma sacola preta com o restante das drogas, 74 microtubos de maconhas, 113 ziplox de maconha e 83 microtubos de cocaína. Ao ser questionado Mateus disse que foi comprar as drogas e depois ficou em silêncio. João Vitor disse que quebrou o celular porque o aparelho teria informações para o tráfico. Os outros indivíduos foram liberados após a abordagem. Os acusados foram cientificados do seu direito de permanecerem em silêncio pelo comandante da equipe. Questionado pela contradição no depoimento policial ao não apontar a apreensão de droga com Mateus disse que o relato constou

no termo. Disse que Mateus estava sentado com os demais indivíduos sentando e disse que tinha ido no local apenas para comprar droga e posteriormente optou por ficar em silêncio. Quem indicou o local das drogas foi o João Vitor. Todos os indivíduos que estavam no local tentaram se evadir, porém sem êxito. Mateus disse que o dinheiro apreendido era proveniente do trabalho dele (mídia SAJ - fl. 170).

Em solo policial, Airtton Victorio Ferrari disse que: “a equipe estava em patrulhamento de força tática pelo bairro quando numa praça, conhecida como Praça da Paz, lugar comumente utilizado para mercancia de drogas visualizamos alguns indivíduos ao notarem a presença da equipe dois dos indivíduos tentaram se evadir um deles o João tentou quebrar um aparelho celular e se esconder atrás de uma árvore o outro posteriormente identificado como Mateus, nenhum deles conseguiu fugir. Com o João Vítor, foi localizado quatro ziplocks contendo maconha e uma quantia de R\$ 5,00 e foi recuperado o aparelho celular danificado e com o Mateus foi localizado uma quantia de R\$ 161,00 em espécie. João Vítor confessou que estava na no tráfico de drogas e apontou onde estaria escondido o restante das porções de drogas. Diligenciei no local, um coqueiro e localizei uma sacola preta e dentro dessa sacola preta havia outra sacolas com as drogas fracionadas dentro da sacola, 74 micro tubos contendo maconha 108 ziplock contendo também maconha e 82 eppendorfs de cocaína diante dos fatos conduzimos os dois indivíduos a Santa Casa de Limeira para exames cautelares posteriormente ao plantão policial” (fls. 11/12).

Em Juízo, a testemunha de defesa João Marcos dos Santos de Oliveira disse que trabalhava junto com Mateus há mais de cinco anos, sendo ele ajudante de pedreiro. Nunca o viu vender droga ou algo ilícito. O horário de trabalho das 7:00 às 16h30 de segunda às sextas. Desconhece qualquer conduta negativa da pessoa dele.

Em Juízo, a testemunha Laércio Soares da Silva afirmou que conhece o Mateus desde os dezessete anos. Ele trabalha consigo há doze anos como ajudante de pedreiro. Era trabalhador e não tem conhecimento de envolvimento dele com o tráfico ou algo de ilícito. Efetuava o pagamento por quinzena e no dia que ele foi preso pegou um vale de R\$ 200,00 (duzentos) reais e nunca teve qualquer problema. Pagava R\$ 130,00 por dia útil de trabalho.

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, Mateus da Silva Lima assumiu a posse da única porção de maconha que portava. Relatou que havia acabado de chegar. A Polícia chegou e foi abordado. Havia outras seis pessoas. Afirmou aos policiais que não tinha nenhum envolvimento com o tráfico. Tem 28 anos, nunca foi preso. Era usuário de drogas e estava realmente com uma porção no bolso. A fiança foi paga por seu pai. O dinheiro que estava no seu bolso, tinha pegado do seu patrão, pegou um vale de R\$ 200,00 e disse isso aos policiais militares. Como todo mundo se levantou com a chegada dos policiais, também se levantou. É usuário somente de maconha desde os seus dezesseis anos. Mora com seus pais (mídia SAJ - fl. 170).

Em solo policial, Mateus da Silva Lima disse que, “na hora, que eles estavam fazendo a rotatória, vinha descendo do bar para pegar um cigarro aí nisso, estava com o copo de energético, quando então eles falaram volta aqui não corre não corre. Estava com uma bucha em R\$ 61 no bolso. Eles voltaram levou até o local, jogou até o energético nas minhas costas tudo e falou que nós estávamos no tráfico, mas não estava no tráfico, apenas com uma bucha no bolso que a gente ia fumar mesmo. O dinheiro é meu mesmo que eu trabalho. Conhece João Vitor de soltar pipa. Não tem nenhum antecedente.”

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, João Vitor Ferreira admitiu a posse de quatro porções de maconha para seu uso. Esclareceu que estava com um amigo chamado Renan na praça e havia acabado de adquirir as quatro parangas na praça mesmo, depois foi no mercado comprou duas garrafinhas de água enquanto caminhava em direção a sua casa que fica nas proximidades, depois a polícia abordou esse grupo na praça e um policial desceu os abordou. Um dos policiais questionou de quem era um celular vermelho, e disse que não era seu, não sabia. Usa o mesmo celular da sua mãe. Então ele disse que se ninguém se apresentasse seria preso, seu amigo foi liberado enquanto ficou preso e o Mateus também, mas não estava com o Mateus. Não quebrou o celular.

Em solo policial, João Vitor Ferreira disse que “tinha acabado de chegar ali na praça, havia saído do mercado que tem ali do lado e comprado duas águas, atravessei e fui para a praça, moro ali perto, quando então lá estavam os policiais com outros seis ou sete moleques. Estava com quatro buchas no

bolso e cinco reais. Iria fumar ali naquele local, nisso o policial apareceu com um celular vermelho tudo quebrado falando que era meu, mas nem celular eu tenho eu uso da minha mãe. Conhece o Mateus porque ele também ele joga a bola no time da dali do da quebrada assim no ele, joga lá no Belém é o mesmo e geralmente toda vez que eu encosto ali fumar um beck, mas não tem muita intimidade, sempre um diálogo básico por causa da região” (fls. 15/16).

O laudo pericial dos entorpecentes foi conclusivo e detectou a presença de cocaína e tetrahydrocannabinol.

Essa a prova existente nos autos.

Assim, em que pese o entendimento do culto Magistrado *a quo*, a responsabilização do réu João Vitor Ferreira é imperiosa e, respeitados os argumentos da ilustre Promotora de Justiça, a solução adotada em relação ao réu Mateus da Silva Lima resta mantida, porque foi preso com apenas uma paranga de maconha e iria consumir naquela praça, sendo que havia deixado o seu trabalho, consoante se extrai inclusive dos depoimentos dos policiais militares que não trouxeram nenhum elemento incriminador, nem mesmo a apreensão de outros entorpecentes, testemunhos das pessoas que ali estavam e também foram abordadas e dispensadas ou apreensão de seu aparelho celular a comprovar o seu envolvimento com o nefasto crime e autorizar a prolação do édito condenatório.

E, como bem apontou o ilustre Procurador de Justiça em seu judicioso parecer, “*com acerto o magistrado ao julgar improcedente a ação penal em relação ao corréu MATEUS DA SILVA LIMA, pois apenas trazia consigo uma porção de maconha, que disse dedicar ao próprio consumo, e R\$161,00 em dinheiro que seriam resultado de seu trabalho. Afirmou que a fiança depositada para que obtivesse liberdade foi paga por seu genitor. Outrossim, exerce trabalho regular há mais de 10 anos, como relataram as testemunhas de defesa e não ostenta registros criminais pregressos*” (fl. 251)

Todavia, a responsabilização do réu João Vitor Ferreira é evidente. Os policiais militares Lucas e Airton esclareceram toda a dinâmica da diligência e circunstâncias da abordagem e prisão.

Vale destacar que os depoimentos dos policiais que efetivaram as diligências não lhe retiram a credibilidade, pois se trata de agentes

públicos que gozam da presunção de idoneidade no exercício da função e, por isso, as suas declarações devem ser acolhidas sem reservas, especialmente se não se demonstrou interesse concreto da sua parte na incriminação de pessoas inocentes.

No que concerne ao depoimento de agentes públicos (policiais civis, militares e guardas municipais), segundo posicionamento firmado nos Tribunais Superiores, suas informações gozam de fé pública e serão valoradas como qualquer outro depoimento, estando sua admissão condicionada à prudente apreciação de seu conteúdo em cotejo com os demais elementos probatórios inseridos nos autos do processo.

Nesse sentido, os precedentes dos Tribunais Superiores:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados 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 este 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 74.608-0/SP, Relator Ministro Celso de Melo).

CONDENAÇÃO. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS CORROBORADO COM DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83 DO STJ. *A condenação do agravante foi alicerçada nos testemunhos dos policiais, meio de prova idôneo, e corroborada com os demais elementos constante nos autos, portanto, em conformidade com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, situação que atrai o disposto na Súmula 83 do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional. Agravo regimental desprovido (Agravo no AREsp 615.878/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Julgado em 14/04/2015, DJE 22/04/2015).*

A finalidade do tráfico ficou evidenciada pelas circunstâncias da prisão em flagrante e não há dúvida, de que todos os entorpecentes apreendidos em local declinado por João Vitor lhe pertenciam e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Além disso a combativa Defensoria Pública, sequer cuidou de arrolar o álibi apresentado por João Vitor, nos exatos termos do artigo 156,

do Código de Processo Penal, já que somente em juízo surgiu a versão de que estaria com amigo de prenome “Renan”, que sequer foi preso.

E, outrossim, as condições em que se desenvolveu a ação, não se coaduna à mera posse de drogas para consumo pessoal, mesmo porque a defesa não fez prova de que as drogas eram, realmente, para o consumo único e exclusivo do peticionário e tampouco no curso da instrução postulou a realização de exame de dependência, trouxe quaisquer documentos ou testemunhas a corroborar a sua versão exculpatória, sendo certo por outro lado, que o suposto vício, não o isenta de sua responsabilidade no crime que lhe foi imputado na inicial acusatória, inviabilizando, portanto, o argumento defensivo de desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei Federal 11343/06.

Importante ressaltar que a condição de usuário não exclui, necessariamente, a prática do crime de tráfico de drogas, observando que “a experiência mostra que é comum a traficância entre dependentes e usuários justamente para viabilizar o sustento do consumo próprio, sendo inviável o afastamento do dolo ou desclassificação do delito para outro de menor gravidade (TJSP, Apelação Criminal 1.167.864.3, Relator Juvenal Duarte, Quinta Câmara Criminal, Julgado em 15.05.08).”

Em idêntico sentido:

“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (TJSP, RJTJSP 101/498).

Na verdade, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no artigo 33, da Lei de Drogas, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico.

E data máxima vênua ao entendimento do culto Sentenciante, incabível no caso concreto o recente entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659 (Tema 506), dotado de força vinculante, do E. Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida

educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III) 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do artigo 28 da Lei 11343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.”

Conforme a prova coligida nos autos, João Vitor não estava apenas com maconha inicialmente apreendida em suas vestes, o conjunto probatório revelou que ele guardava num tronco de árvore da Praça da Paz o restante das drogas apreendidas, ou seja, volume significativo de cocaína e mais maconha

idênticas a que portava.

Em reforço, a única porção apreendida com o corréu Mateus era idêntica as demais que ele admitiu possuir e João Vitor não trouxe qualquer indicativo de atividade lícita e possui um histórico que revela que faz do tráfico o seu meio de vida, seja pela certidão (fl. 74), bem como por anotação de dados infracionais por ato análogo, consoante consulta extraída no sistema SAJ (Autos 1501027-85.2022.8.26.0320).

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.

Na verdade, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no artigo 33, da Lei de Drogas, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico.

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 11343/06, 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).

Desse modo, todas as circunstâncias apontam a existência da droga para fins de tráfico, restando, pelo verificado, comprovada a acusação em relação ao apelado João Vítor Ferreira pelo crime de tráfico de entorpecentes, conforme pleiteado pelo Ministério Público.

Passo à análise da dosimetria.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, do Código

Penal, e artigo 42, da Lei 11343/06, em razão do volume, diversidade e volume dos entorpecentes apreendidos, 82 (oitenta e duas) porções de cocaína, pesando aproximadamente 71 gramas (setenta e uma gramas), 74 (setenta e quatro) tubos contendo maconha, pesando aproximadamente 245 gramas (duzentos e quarenta e cinco gramas) e 113 (cento e treze) papélotes, contendo maconha, pesando aproximadamente 243 gramas (duzentos e quarenta e seis gramas) majora-se a pena de 1/6, partindo de 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses mais o pagamento de 583 dias-multa, no piso legal.

Com efeito, a Lei 11343/06, no artigo 42, estabelece que *“o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”*.

Sobre o tema, a jurisprudência já decidiu que:

“Na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade de droga. O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato ao indicador das consequências do crime; a quantidade, quase sempre, aponta para o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa. Sentença e acórdão que sobejaram essas premissas bem como as demais circunstâncias que envolveram o delito, fundamentando de forma suficiente a exasperação da pena-base, na forma preconizada pelo artigo 59 do Código Penal” (STJ, Habeas Corpus 18.940-RJ, Relator José Arnaldo da Fonseca, Julgado em 05.03.02, DJU de 22.04.02).

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa e a agravante da reincidência (Processo 0054455-66.2017.8.26.0050 - fl.74), efetuo a compensação, sem quaisquer acréscimos.

Na terceira fase, impossível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § quarto, da Lei Antitóxicos, pois, sendo a apelante reincidente, 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 apelante é comprovadamente reincidente. 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.

É forçoso salientar, ainda, que a consideração da reincidência, na segunda fase da dosimetria e, na derradeira etapa do sistema trifásico, para o arredamento da minorante prevista no artigo 33, § quarto, da Lei Antidrogas, não importa em “*bis in idem*”, uma vez que não há duplo aumento da pena, mas apenas o não preenchimento dos requisitos necessários para aplicação da referida causa de diminuição, cuja incidência não é obrigatória.

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.

Note-se que a reincidência determina a aplicação da agravante por expressa disposição legal do artigo 61, inciso I, do Código Penal, refletindo a intensa reprovação do agente que não introjetou valores comunitários, após sofrer sanção penal anterior em parco período. Concomitantemente, tal circunstância evidencia o descumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo exigidos para a aplicação do benefício referente à diminuição da pena, reservado para agentes

que não tenham contato reiterado com a prática delitiva e que tenham o crime praticado como um fato episódico em sua vida.

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à ausência de ofensa ao princípio do “non bis in idem” quando aplicada a agravante pela reincidência e, ao mesmo tempo, considerada como causa obstativa da diminuição da pena.

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI 11343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 11464/2007. ORDEM DENEGADA. 1. O Paciente foi preso em flagrante, no dia 14 de julho de 2009, quando trazia consigo, para entrega a terceiros, 08 kg de cocaína, divididos 9790 porções. 2. Correta a negativa de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11343/2006, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão da benesse aos reincidentes. Acentua-se o acerto da recusa, como bem consignou a sentença condenatória, pela significativa quantidade de droga, que revela dedicação à atividade criminosa de tráfico de drogas. 3. Não resta caracterizado bis in idem na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11343/06, aplicável apenas ao réu primário e de bons antecedentes. Precedentes. 4. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei 11464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8072/90. 5. Ordem denegada” (STJ, Habeas Corpus 205295/SP (2011/0096078-0), Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, Julgado em 18/08/2011).

Recurso em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico transnacional de drogas. Artigo 33, caput, c/c o art. 40, I, da Lei 11343/2006. Pena. Dosimetria. Apelação exclusiva do Ministério Público. Devolução, ao tribunal ad quem, do conhecimento de toda a matéria, nos limites do recurso. Inexistência de reformatio in pejus. Reincidência. Reconhecimento como agravante e para o afastamento da incidência da diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006. Admissibilidade. Bis in idem. Não ocorrência. Recurso não provido. 1. Dentro dos limites da matéria impugnada na apelação do Ministério Público, o conhecimento do tribunal ad quem é o maior possível, razão por que o redimensionamento da pena não importa em reformatio in pejus. 2. A reincidência constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena (art. 68, CP), ao passo que a primariedade constitui inafastável requisito de natureza subjetiva para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11343/06. 3. Não havendo dupla valoração negativa da reincidência, mas, sim, estrita observância das regras legalmente aplicáveis à espécie, não há que se falar em bis in idem. 4. Recurso não provido (STF, RHC 121598/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado em 21/10/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CARACTERIZADA. CERTIDÃO CARTORÁRIA. DOCUMENTO IDÔNEO. PERÍODO DEPURADOR. CÔMPUTO DA DATA DO CUMPRIMENTO OU DA EXTINÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006). Reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes. 6. Mantido o quantum da pena em patamar superior a 04 e não excedente a 08 anos, e verificada a reincidência do agente, inviável a aplicação do regime aberto ou semiaberto, assim como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, e 44, I e II, ambos do Código Penal. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 408423/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 12/12/17).

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 a apelante não preenche os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06, fixando-se a pena definitiva em 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses mais o pagamento de 583 dias-multa, no piso legal.

Na hipótese, fixa-se o regime inicial fechado, 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).*

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.

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

Min. Ricardo Lewandowski, DJE 25.04.2008).

Não havendo informação sobre a situação financeira da apelante, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.

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, III, do Código Penal” (Apelação 0017664-42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, Relator Des. Juvenal Duarte, Julgado em 24/02/2011).

“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 da apelante no cárcere e do efetivo lapso que permaneceu presa, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada por primeiro pelo Juízo das Execuções, tendo em vista inclusive que o João Vitor acabou sendo solto após a prolação da sentença objeto de insurgência do Ministério Público, 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 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.

De rigor a decretação do perdimento dos valores apreendidos em favor da União Federal, nos termos do artigo 63, da Lei Federal 11343/2006, por serem produtos de crime e inexistir quaisquer demonstrações documentais a respeito da origem lícita.

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 **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público para condenar João Vitor Ferreira, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei Federal 11343/2006, e fixar as penas do réu em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, no piso legal, em regime inicial fechado.

Oportunamente, com o trânsito em julgado, expeça-se o mandado de prisão.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator