



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000380482

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503265-48.2020.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que são apelantes ANDRE VINICIUS GOMES e ANDERSON RODRIGUES EVANGELISTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso, para readequação da pena e do regime, ao semiaberto, por maioria de votos. Vencida a Relatora Sorteada, Des. Ely Amioka. Acórdão com a Revisora, Des. Conceição Vendeiro., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), CONCEIÇÃO VENDEIRO, vencedor, ELY AMIOKA, vencida e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

RELATORA DESIGNADA
Assinatura Eletrônica

Voto: 719

Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal

Apelação: 1503265-48.2020.8.26.0126

Apelantes: André Vinícius Gomes e Anderson Rodrigues Evangelista

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Caraguatatuba

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas: art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Recurso da defesa. Pedidos de reconhecimento de nulidade em razão da busca pessoal realizada, absolvição por insuficiência de provas, fixação da pena-base no mínimo legal, reconhecimento da atenuante da confissão, aplicação de redutor da pena e detração, com readequação do regime, com prequestionamento da matéria.

PRELIMINAR. Nulidade da busca pessoal: fundadas razões e situação de flagrante delito (art. 240, §2º, do CPP), somada a natureza permanente do crime de tráfico, permitindo o flagrante enquanto perdurar a conduta. Preliminar afastada.

MÉRITO. Materialidade e autoria: provas suficientes para a condenação. Prova testemunhal policial: eficácia, na falta de elementos concretos capazes de infirmar as oitivas. Prisão em flagrante dos acusados. Negativa dos réus que ficou isolada.

DOSIMETRIA.

Pena-base: acréscimo de 1/6 pela natureza das drogas apreendidas.

Reforma para afastar o aumento em razão da natureza das drogas e retorná-la ao mínimo legal previsto.

Segunda fase: ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes. Não houve confissão da prática delitiva pelos acusados, pelo que prejudicado o reconhecimento da atenuante.

Terceira fase: ausência de causas de aumento e de diminuição de pena.

Art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006: impossibilidade de aplicação, ausentes os requisitos legais.

Regime: readequação do regime fechado para o semiaberto diante do montante da pena, primariedade, e ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (Súmula 719 do STF).

Detração: matéria de competência do Juízo das Execuções.

Pquestionamento: desnecessidade de menção expressa de dispositivos legais, bastando o exame das teses jurídicas pertinentes ao deslinde do caso.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA READEQUAÇÃO DA PENA E DO REGIME, AO SEMIABERTO.

Trata-se de recurso de apelação interposto por André Vinícius Gomes e Anderson Rodrigues Evangelista contra a r. sentença, que julgou parcialmente procedente a ação para condená-los, como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, às penas individuais de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, constando ainda absolvição pelo crime previsto no art. 35 da mesma Lei.

Inconformados, requereram, em preliminar (i) a declaração de ilicitude das provas pela abordagem realizada, por ausência de atitude suspeita que a justificasse, com consequente absolvição. No mérito, postularam (ii) a absolvição, por insuficiência de provas, (iii) readequação da pena-base ao mínimo legal, (iv) aplicação da atenuante da confissão, (v) reconhecimento do tráfico privilegiado, com redução da pena, nos termos do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima permitida, (vi) readequação do regime de cumprimento de pena e (vi) o prequestionamento da matéria (fls. 300/318).

As contrarrazões constam a fls. 322/330.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou r. parecer pelo afastamento da matéria preliminar e, no mérito, não provimento do recurso (fls. 344/353).

Não constam objeções ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

No caso em tela, a douta maioria apresentou **parcial divergência** ao voto da Eminente Relatora Sorteada, Desembargadora Ely Amioka, no tocante à dosimetria e fixação do regime de cumprimento da pena.

Quanto à preliminar arguida e condenação, convém a transcrição dos termos do voto da Relatora Sorteada, parte sobre a qual não houve divergência nesta Colenda Turma Julgadora:

“Preliminar

Inicialmente, não há falar em nulidade do feito em razão da suposta ilegalidade da revista pessoal dos acusados sem a “fundada suspeita”, pois, como bem registrado na r. sentença condenatória:

“(…) Considerando-se que o tráfico ilícito de drogas é crime permanente, verifica-se permitido pela Carta Magna a ação dos agentes em revistas pessoais de pessoas suspeitas, em locais públicos ou privados, com vistas às providências necessárias e cabíveis para a prisão em flagrante do agente criminoso e consequente apreensão do material ilícito, desde que presente a justa causa.

Segundo se depreende dos autos, policiais estavam em patrulhamento quando um transeunte indicou que havia um indivíduo traficando drogas, apontando na direção do réu ANDERSON. No

mesmo contexto, o réu ANDRÉ, que acompanhava o réu ANDERSON, tentou empreender fuga quando os policiais iniciaram a abordagem. Tais circunstâncias, em conjunto, ultrapassam o mero subjetivismo e indicam a existência de fundada suspeita de que o réu estivesse na posse de objetos relacionados ao crime.

Portanto, no caso sub judice, vê-se presente a justa causa de forma inequívoca, autorizando a realização da revista pessoal diante da inquestionável conduta suspeita dos acusados.”. (fls. 279).

Acrescenta-se, ainda, que o art. 244, do Código de Processo Penal, é suficientemente claro ao apontar que a busca pessoal será permitida, independentemente de mandado, sempre que houver fundada suspeita de que o sujeito esteja de posse de armas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. No caso em apreço, as provas colhidas demonstram a existência dessa suspeita fundada, porquanto fora informado por um transeunte que um indivíduo estava comercializando entorpecentes em uma festa, sendo que os policiais foram até o local indicado e encontraram os acusados, os quais, de fato, estavam a fazer coisas que fugiam da normalidade.

Ademais, as suspeitas dos Policiais foram devidamente confirmadas com a apreensão de drogas e dinheiro com os acusados.

Ainda que assim não fosse, importante frisar que o crime de tráfico de drogas é crime permanente, já que sua consumação se prolonga no tempo de modo que, durante todo o período que o agente estiver com a droga, o crime se consumará, motivo pelo qual a prisão em flagrante é possível a qualquer momento.

No mesmo sentido já se decidiu no C. STJ:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. PRISÃO POR QUALQUER DO POVO. Não é ilegal a prisão realizada por agentes públicos que não tenham competência para a realização do ato quando o preso foi encontrado em estado de flagrância. Os tipos penais previstos nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) são crimes permanentes e, de acordo com o art. 303 do CPP, o estado de flagrância nesse tipo de crime persiste enquanto não cessada a permanência. Segundo o art. 301 do CPP, qualquer do povo pode prender quem quer que seja encontrado em situação de flagrante, razão pela qual a alegação de ilegalidade da prisão – pois realizada por agentes que não tinham competência para tanto – não se sustenta. (HC 244.016-ES, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/10/2012).

Assim sendo, não verifico qualquer nulidade a ser sanada e rejeito a matéria preliminar arguida.

Mérito

Narra a exordial acusatória que:

“(…) em data incerta, porém, anteriormente ao dia 26 de fevereiro de 2020, ANDRÉ VINÍCIUS GOMES e ANDERSON RODRIGUES EVANGELISTA associaram-se para o fim de praticarem, reiteradamente ou não, o delito de tráfico de drogas.

Consta, ainda, que no dia 26 de fevereiro de 2020, por voltadas 01:30 horas, na avenida Arthur Costa Filho, 1, Praça da Cultura, centro, nesta cidade e comarca de Caraguatatuba, ANDRÉ VINÍCIUS GOMES trazia consigo, para fins de tráfico de drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 02 (duas) porções de maconha e 01 (uma) porção de cocaína, mais a quantia de R\$ 125,60, e ANDERSON RODRIGUES EVANGELISTA trazia consigo, para fins de tráfico de drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 02 (duas) garrafas plásticas contendo 500 mililitros de lança perfume, 06 (seis) porções de cocaína, e 03 (três) porções de maconha, mais a quantia de R\$ 11,50, conforme Auto de exibição e apreensão de fls. 08/09 e Auto de constatação preliminar de fl. 12.

Segundo apurado, em data anterior a 26 de fevereiro de 2020, os DENUNCIADOS, com o objetivo de praticarem a venda de entorpecentes, acordaram realizar as vendas das drogas.

Assim foi que no dia 26 de fevereiro de 2020, os DENUNCIADOS, previamente associados entre si, com a finalidade de efetivar o comércio ilícito de drogas, dirigiram-se até a praça de eventos, munidos de entorpecentes, conforme descrição do auto de exibição e apreensão de fls.08/09.

No local, ANDRÉ VINÍCIUS GOMES, em poder de cocaína e maconha, e ANDERSON RODRIGUES EVANGELISTA, em poder de lança perfume, cocaína e maconha, realizaram vendas aos compradores.

Policiais militares, em patrulhamento pelo local, foram informados por um cidadão onde estava ocorrendo a venda de drogas, e que um dos indivíduos era negro, de camisa cor branca.

Assim foi que os policiais se deslocaram até o lugar indicado e notaram que debaixo de uma tenda, onde estava a multidão, estava ANDERSON RODRIGUES EVANGELISTA, negro e na ocasião

usando a camisa branca, e ao lado dele, **ANDRÉ VINÍCIUS GOMES**.

Em seguida, os policiais iniciaram a abordagem.

O denunciado **ANDERSON RODRIGUES EVANGELISTA** trazia consigo, seis porções de cocaína, três porções de maconha, e dentro de garrafas plásticas, lança perfume. Também, em seu poder estava a quantia de R\$ 11,50.

Logo que os policiais se aproximaram, o denunciado **ANDRÉ VINÍCIUS GOMES** tentou empreender fuga, mas foi contido, e os policiais conseguiram abordá-lo.

O denunciado **ANDRÉ VINÍCIUS GOMES** trazia consigo duas porções de maconha, uma porção de cocaína, e a quantia de R\$ 125,60.

Informalmente, aos policiais militares, o **DENUNCIADO ANDERSON RODRIGUES EVANGELISTA** confessou a prática da traficância e relatou o recebimento de R\$ 10,00 por cada porção de droga.

Tais circunstâncias (os entorpecentes apreendidos e o encontro de dinheiro em espécie sem origem lícita declarada), aliados à confissão informal de um dos **DENUNCIADOS**, evidenciam o delito de tráfico de drogas.

Ademais, o contexto fático em que os **DENUNCIADOS** se inseriram para a realização do comércio ilícito, evidenciam a associação para o tráfico.

Registre-se que poucos meses após os fatos, o denunciado **ANDERSON RODRIGUES EVANGELISTA** foi preso em flagrante por ter praticado o delito de tráfico de drogas em município vizinho, São Sebastião/SP (fls. 95/97).

Ante o exposto, denuncio a Vossa Excelência **ANDRÉ VINÍCIUS GOMES** e **ANDERSON RODRIGUES EVANGELISTA**, como incursos no artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos da Lei nº. 11.343/2006, na forma do artigo 69 do mesmo diploma legal (...) (fls. 02/04).

A denúncia foi recebida em 03/02/2022 (fls. 138/139).

A materialidade do delito restou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 06/09), auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), auto de constatação preliminar (fls. 16) e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 253/255), bem como pelas demais provas amealhadas aos autos.

A autoria também é inconteste.

Na fase inquisitiva, o réu André Vinícius Gomes optou por ficar em silêncio (fls. 17).

Em juízo, o réu André Vinícius Gomes negou a prática delitiva. Disse que tinha acabado de chegar no local dos fatos. Ele e Anderson desceram do (veículo do aplicativo) 'Uber' e foram comer um lanche. Quando terminaram, foram para o evento. Foram abordados pelos policiais sem motivo algum. Eles deixaram Anderson de canto, e falaram para o interrogado esperar. Não sabe o que fizeram com Anderson, mas disseram que o levariam para a Delegacia e [o interrogando] iria como testemunha. Perante a Autoridade Policial foi apontado como parte. Não sabia o que de fato tinha ocorrido. Acredita que abordaram Anderson pela cor da pele.

Na fase inquisitiva, o réu Anderson Rodrigues Evangelista optou por ficar em silêncio (fls. 18).

Em juízo, o réu Anderson Rodrigues Evangelista negou a prática dos delitos. Disse que ele e André foram até o bairro de Caraguá 'de Uber' (aplicativo de transporte). Comeram e depois foram para a tenda. Saíram de lá para encontrar uma amiga, quando ele foi abordado por um dos policiais, que logo lhe deu um soco na 'boca do estômago'. Durante a abordagem, foi separado de André. Não sabe o motivo pelo qual está sendo acusado, já que não trazia drogas consigo. André também não trazia nada com ele. O interrogando se sentiu ofendido com a agressão, sendo que pretende processar o policial agressor. As sacolas com drogas estavam em um canto e os policiais lhe atribuíram a propriedade injustamente.

Ouvido na fase inquisitiva, o Policial Militar Filipe Tobias da Silva Santos Freitas relatou que: “(...) em patrulhamento, a pé, pela praça de eventos, região central da cidade, junto ao seu parceiro de farda, Soldado PM Nonato, quando um transeunte informou que havia um indivíduo de cor negra e trajando camiseta branca, vendendo entorpecente no local, e apontou sua direção, para onde os policiais se dirigiram; que vieram a encontrar o indivíduo indicado, sob um tenda, onde havia uma multidão, devido ao evento; que na abordagem, o indivíduo, identificado como ANDERSON, demonstrou nervosismo, e em seu bolso visualizaram uma embalagem, onde, após a revista pessoal, foram encontradas duas garrafas plásticas, contendo substância análoga a Lança perfume, além de seis porções de substância aparentando ser cocaína e 03 porções de substância esverdeada e embalada análoga a maconha, e a quantia de R\$11,50; que junto a ANDERSON, também se encontrava ANDRÉ, que na abordagem, tentou evadir-se, contudo fora contido, e em sua revista pessoal, foram

encontradas duas porções de substância análoga a maconha e uma de cocaína, além da quantia de R\$ 125,60; que neste momento, populares em volta passaram a se voltar contra os policiais, tendo eles retirado os indivíduos do local; que ANDERSON confessou que estava traficando entorpecente no local, pelo que recebiam R\$10,00 por cada porção, contudo ANDRÉ negou e alegou estar apenas junto com um colega; que deram voz de prisão ao indivíduos, e após apreenderem os entorpecentes, além do dinheiro e celulares, os conduziram ao Distrito.”. (fls. 10) (sic).

Em juízo, o Policial Militar Filipe Tobias da Silva Santos Freitas relatou que estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, quando populares informaram que tinha um indivíduo negro, de camisa branca, que estava praticando a venda de drogas. Foram até o local apontado e viram um indivíduo de blusa branca com um volume em um dos bolsos da frente, o que motivou a abordagem. Durante a revista, encontraram duas garrafas de lança-perfume. Além disso, foram encontradas porções de cocaína e dinheiro. O outro abordado confessou informalmente a prática da traficância de drogas.

Ouvido na fase inquisitiva, o Policial Militar Danilo Nonato dos Santos relatou que: “(...) em patrulhamento, a pé, pela praça de eventos, região central da cidade, junto ao seu parceiro de farda, Sd. Filipe, quando um transeunte informou que havia um indivíduo de cor negra e trajando camiseta branca, vendendo entorpecente no local, e apontou sua direção, para onde os policiais se dirigiram; que vieram a encontrar o indivíduo indicado, sob um tenda, onde havia uma multidão, devido ao evento; que na abordagem, o indivíduo, identificado como ANDERSON, demonstrou nervosismo, e em seu bolso visualizaram uma embalagem, onde, após a revista pessoal, foram encontradas duas garrafas plásticas, contendo substância análoga a Lança perfume, além de seis porções de substância aparentando ser cocaína e 03 porções de substância esverdeada e embalada análoga a maconha, e a quantia de R\$11,50; que junto a ANDERSON, também se encontrava ANDRÉ, que na abordagem, tentou evadir-se, contudo fora contido, e em sua revista pessoal, foram encontrados duas porções de substância análoga a maconha e uma de cocaína, além da quantia de R\$ 125,60; que neste momento, populares em volta passaram a se voltar contra os policiais, tendo eles retirado os indivíduos do local; que ANDERSON confessou que estava traficando entorpecente no local, na qual recebiam R\$10,00 por cada porção, contudo ANDRÉ negou e alegou estar apenas junto com um colega; que deram voz de prisão ao indivíduos, e após apreenderem os entorpecentes, além do dinheiro e celulares, os conduziram ao Distrito.” (fls. 11) (sic).

Em juízo, o Policial Militar Danilo Nonato dos Santos relatou que

estavam em patrulhamento a pé pela praça de eventos, onde estavam ocorrendo shows, quando um senhor, com sua família, apontou dois indivíduos. Ele afirmou que os dois indivíduos estavam vendendo drogas. Foram realizar a abordagem e durante a busca pessoal, foram localizados dois frascos com lança-perfume, maconha e cocaína. Quando questionado, Anderson falou que estava recebendo R\$ 10,00 por porção vendida e o outro réu [André] falou que estava apenas acompanhando o amigo. O local estava lotado. Quando realizaram a abordagem, a praça começou a inflamar e tiveram que pedir um apoio de rádio para separar os dois e conduzi-los à Delegacia. Pelas características descritas, Anderson era quem estava vendendo os entorpecentes, porém era evidente que os estavam juntos. Com Anderson estavam os frascos de lança-perfume e papелotes de cocaína. Com André foi encontrado um eppendorf e R\$ 125,00.

É inquestionável a validade dos depoimentos prestados pelos policiais. É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que os agentes públicos, tais como policiais, não são suspeitos apenas pela função que ocupam, podendo ser testemunhas em processo criminal.

Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante.

De fato, posiciona-se a jurisprudência do C. STJ:

“os depoimentos de policiais, devidamente confirmados em juízo, constituem-se prova idônea à condenação” (STJ, 6ª Turma, HC 28417/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. 16.12.2004; in DJU de 06.02.2006; p. 326).

É nesse sentido também o entendimento do C. STF:

“VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a 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 [...]” (STF, 1.ª Turma, HC n.º 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 26.03.96; in DJU 18.10.96).

E deste E. Tribunal:

(...) Tráfico de entorpecentes – Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório – Validade No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário. Cálculo da Pena – Tráfico de entorpecentes – Imposição de privação de liberdade superior a quatro anos – Inaplicabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por não atendimento ao requisito contido no inciso I, do art. 44, do CP Na hipótese de ter sido imposta privação de liberdade superior a quatro anos, não se concebe sua conversão em pena restritiva de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP. (grifei) (Apelação nº 0001192-93.2014.8.26.0028, Relator: GRASSI NETO, Comarca: Aparecida, data do julgamento: 14.05.2015; 8ª Câmara de Direito Criminal)

Não é crível que os policiais incriminariam os réus de forma gratuita ou mesmo que inventariam os fatos para relacioná-los à prática da traficância de drogas. Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que tais depoimentos não mereçam total credibilidade.

Com efeito, a traficância de drogas restou evidenciada pelos depoimentos dos policiais em juízo, que são coesos e harmônicos e estão de acordo com aqueles prestados na fase inquisitiva, bem como demais circunstâncias do caso concreto.

No caso dos autos, a versão dos acusados em juízo não merece prosperar. Eles afirmam que estão sendo falsamente incriminados pelos Policiais Militares, contudo, não esclareceram o motivo para tanto.

A Defesa dos réus, por sua vez, limitou-se a argumentar a ausência de provas, mas também não conseguiu demonstrar o motivo pelo qual os Policiais estariam atribuindo gratuitamente aos réus a prática do comércio espúrio.

Registra-se, por oportuno, que a prisão dos acusados foi motivada pela informação de um transeunte, que os apontou como traficantes, o que, de fato, se confirmou com a abordagem.

Afasta-se, assim, a possibilidade de absolvição.

Anota-se, ainda, que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não se faz necessária prova da mercancia, pois o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Ressalta-se o ensinamento de Fernando de Almeida Pedroso:

“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”.

Assim, de rigor manutenção da condenação dos réus como incursos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06”.

Assim, era caso de condenação, pelo que fica mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em relação à pena-base, incidiu o acréscimo de 1/6 **“tendo em vista a variedade dos entorpecentes apreendidos, considerando-se que dentre eles havia cocaína, substância altamente destrutiva ao organismo humano e que causa acentuado processo de dependência físico-mental”** (fls. 283), ficando assim em 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Todavia, “data vênia” não se justifica o rigor adotado, uma vez que todos os produtos enumerados na Lei n. 11.343/2006 são dotados de efeito deletério à saúde, sendo isso a razão de ser da tipificação.

A natureza prejudicial das drogas, característica comum a todas as substâncias listadas na Portaria n. 344/98 da ANVISA, não constitui, por si só, fundamento idôneo para autorizar a majoração da pena basilar.

Nesse sentido, colaciono a jurisprudência do C. STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NÃO EXPRESSIVIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. “Embora a quantidade e a natureza da substância entorpecente constituam circunstâncias preponderantes a serem consideradas na dosimetria da pena - a teor do que estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 - e não obstante a cocaína seja, de fato, dotada de alto poder viciante, a quantidade de drogas apreendidas com o agravante não foi tão

elevada, de maneira que se mostra manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado, apenas tais circunstâncias para justificar a exasperação da pena-base" (AgRg no AREsp n. 1867011/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe 30/9/2021).

2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 862.252/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 14/3/2024).

No mesmo sentido, do C. STJ: **AgRg no HC n. 682.972/SP**, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021; **AgRg no HC n. 669.398/SC**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/10/2021, DJe de 28/10/2021.

Diante disso, a pena deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda e terceira fases fica mantida a pena, pois ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Não incide a atenuante da confissão, como requerido pela defesa, pois os réus permaneceram calados na fase policial e negaram a prática do crime em juízo.

Na derradeira etapa, não houve modificações.

Conforme muito bem apontado pela D. Procuradoria de Justiça: "A forma como os entorpecentes estavam separados e embalados, a qualidade e a quantidade apreendida das drogas (dentre elas a cocaína), bem como a divisão de tarefas dos indivíduos revelam que os agentes se dedicavam à atividade criminosa de tráfico de drogas de forma contumaz, o que impossibilita a aplicação do redutor legal." (fls. 350/351).

É certo que além da expressiva quantidade de droga apreendida, a variedade, a divisão de tarefas entre dois indivíduos, a não comprovação de exercício de atividade lícita e a prisão em um evento, local de grande circulação de pessoas, bem como tudo acima mencionado, são circunstâncias fáticas que demonstram a dedicação dos acusados à atividade criminosa, fator impeditivo da concessão da referida benesse.

Portanto, a despeito do pleito defensivo, não é mesmo o caso de aplicação do redutor de pena, diante da ausência de requisito legal para tanto".

Quanto ao regime, a r. sentença estabeleceu o fechado **"tendo em vista a pena fixada e a gravidade em concreto do delito, que consistia na venda de grande variedade de entorpecentes de alto grau de lesividade"** (fls. 283/284).

Neste aspecto é caso de alteração para o semiaberto, diante da primariedade dos acusados e por ser a pena inferior a 08 anos, bem como por estarem

ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 33, §2.º, do CP e Súmula 719 do STF).

No mais, relativamente ao aspecto da detração, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e prequestionamento da matéria, válida a transcrição do voto da Relatora Sorteada:

“No mais, o requerimento de detração penal nos moldes da nova redação penal conferida ao § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, não pode ser atendido. Deve ser mais bem analisado em sede de execução criminal.

O MM. Juízo “ad quem” não possui condições de efetuar a detração penal e submetê-los a regime prisional menos gravoso do que aquele condizente com as condições em que o delito foi cometido e com as penas cominadas, posto que não reúne todas as informações referentes à situação carcerária dos increpados.

Nestes termos, ressaltam-se julgados deste E. Tribunal de Justiça que bem analisaram a inovação legislativa:

“(…) inaplicável, no caso, o artigo 387, §2º, do Diploma Processual Penal, porquanto inexistentes nos autos quaisquer informações hábeis a respaldar não só a real situação processual do acusado, como um todo, mas, também, o requisito subjetivo indispensável à estipulação de regime diverso do ora imposto, já que se trata, ainda que de maneira oblíqua, de verdadeira e inoportuna progressão.” (14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº0050820-50.2011.8.26.0224, Rel. Des. Fernando Torres Garcia, julgado em 25.04.2013). “(…) Ressalta-se, ainda que o novo dispositivo, não estabeleceu que a detração devesse funcionar como alavanca automática de progressão de regime, pois esta conta com requisitos legais objetivos (tempo de prisão) e subjetivos (bom comportamento) que devem ser analisados pelo Juízo da Execução. Ademais, é preciso lembrar, ainda, que a prisão cautelar eventualmente decretada não se confunde com a prisão em regime fechado, pois esta decorre de sentença condenatória. Assim, ao juiz do conhecimento não caberá análise de requisitos subjetivos para eventual progressão porque não se trata de concessão de nenhum benefício, senão de ajuste do tempo de pena já cumprido e cujo desconto apenas será antecipado, se favoráveis as circunstâncias judiciais do réu, como já referido anteriormente.” (2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº0016805-85.201.8.26.0602, Rel. Des. Alex Zilenovski, julgado em 22 de abril de 2013).

A pena privativa de liberdade não foi substituída por restritivas de

direitos, e com propriedade, eis que ausentes os requisitos legais.

Além da quantidade de pena fixada, que por si só, impede a concessão da benesse, é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, vez que se trata de crime equiparado a hediondo. Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

“Crime hediondo - Entorpecente - Tráfico - Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98, direcionada aos pequenos delitos, oportunizando ao condenado uma chance de adequar-se ao meio social sem que, para isso, tenha de ser segregado, com a Lei 8.072/90, que visa tratar com maior severidade os apenados por delitos odiosos.” (TJRS) RT 771/688

“Entorpecente - Tráfico - Substituição de reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98 com a Lei 8.072/90, que equiparou essa espécie de crime aos hediondos, punindo o traficante com maior severidade, inviabilizando, inclusive, a concessão de benefícios, como a liberdade provisória e a progressão de regime.” (TJAP) RT 772/617

É bem verdade que o Senado Federal editou a Resolução nº 05/2012, que dispõe:

“Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.”

No entanto, a decisão pela inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06, deu-se incidenter tantum pelo C. Supremo Tribunal Federal, em maioria apertada, e a Resolução foi editada com o intuito de expandir os limites subjetivos do decisum.

Não obstante, apesar da suspensão por inconstitucionalidade do contido no § 4º do art. 33, tem-se que o art. 44, da mesma lei continua em pleno vigor, o qual dispõe:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

Além disso, o tratamento mais rigoroso estabelecido na Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício.

Por fim, com relação ao pleito de prequestionamento, consigno, por oportuno, que o julgador não está obrigado a responder todas as questões das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre a desnecessidade da menção expressa aos textos de lei em que se baseia o acórdão, mediante sua Corte Especial, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (REsp n°s 81.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP).

Assim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, uma vez que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida”.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para readequação da pena e do regime para o semiaberto.

CONCEIÇÃO VENDEIRO

Relatora Designada

documento com assinatura digital