



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000396779

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501078-52.2024.8.26.0603, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante WALISSON REIS DE ARAÚJO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente) E MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA.

São Paulo, 24 de abril de 2025.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 5.439.

COMARCA: ARAÇATUBA (3ª VARA CRIMINAL).

APELAÇÃO Nº. 1501078-52.2024.8.26.0603.

APELANTE: WALISSON REIS DE ARAÚJO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS. Preliminar buscando o direito de recorrer em liberdade rechaçada - Sentença condenatória devidamente fundamentada - Prisão preventiva mantida, inclusive diante da confirmação quanto a autoria e materialidade delitivas - Crime grave. Pleito absolutório – Impertinência das teses – Materialidade e autoria bem demonstradas – Quantidade de drogas apreendidas, parceladas em porções individuais, aliadas a relatos dos agentes de segurança, tais que potencializam a tese da Denúncia - Conjunto probatório apto a sustentar a condenação, prática de traficância configurada, sem margem para desclassificação para a figura do artigo 28, § 1º, da Lei específica. Condenação incensurável. Dosimetria – Pena base estabelecida módicamente acima do mínimo legal – Réu que ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes), desconsiderando-se a perniciosidade das drogas - Na segunda fase, reconhecida a reincidência específica, que demandaria maior reprova – Contudo, sem reclamo do legitimado, nada por modificar ('ne reformatio in pejus') - Fase final, ausentes causas de aumento e diminuição de pena - Afastado redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, réu é reincidente específico, além da quantidade de entorpecente apreendida ser relevante, a denotar alto comprometimento com o crime. Regime fechado, proporcional e adequado, diante da gravidade intrínseca do crime. Vedadas benesses penais por critérios objetivos - Pena imposta que ultrapassa o limite de 04 anos (arts. 44 e 77, CP). Custódia cautelar mantida ao réu, como já pontuado. Custas – Falta de condições

para pagamento que deve ser posta perante o Juízo das Execuções. Preliminar afastada, e, no mérito, negado provimento ao Recurso.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por **WALISSON REIS DE ARAÚJO** insurgindo-se contra a r. sentença de fls.226/233, que o condenou como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, a pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa no valor de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, calculados à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, no regime inicial fechado; pelos fatos descritos na denúncia de fls.106/108, ocorridos no dia 27 de agosto de 2024.

Inconformado com a r. Sentença, apelou o acusado (fls.256/281) requerendo em síntese, preliminarmente, o direito de recorrer em liberdade. No mérito, a absolvição por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal ou suficiente para a condenação (art.386, V e VII, CPP); subsidiariamente, requer a desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas; a gratuidade da justiça.

Regularmente processado o recurso, com contrarrazões às fls. 284/293.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls.318/332 é pelo desprovimento do apelo defensivo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 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 do essencial.

Conforme registrado na denúncia (fls.106/108):

“Consta do incluso inquérito policial que, no dia 27 de agosto de 2024, por volta das 22h00, nas imediações do numeral 135 da Rua Xavier de Toledo, Bairro Alvorada, nesta Cidade de Araçatuba, sem autorização ou em desacordo com determinação legal e regulamentar, o denunciado trazia consigo e guardava, para traficar, cinquenta e um gramas e sessenta e oito centigramas (51,68 g) de Benzoilmetilecgonina, divididos em setenta e duas (72) porções de crack; substância entorpecente determinante de dependência física e psíquica, conforme laudos de constatação prévia (fls. 21/23) e de exame químico toxicológico (fls. 96/98).

Infere-se dos autos que, naquele dia e horário, policiais militares efetuavam rotineiro patrulhamento pelo Bairro Alvorada, quando, no mencionado endereço, avistaram Walisson Reis de Araújo, juntamente com outro rapaz, entregando algo um ao outro.

Ao notar a presença policial, ambos correram. Após breve perseguição, o denunciado foi abordado, encontrando, na mão dele, cinco (5) porções de crack.

Em seguida, os policiais militares efetuaram buscas próximo ao

local onde o denunciado fora detido, localizando um vidro contendo sessenta e sete (67) porções de crack, embaladas em papel alumínio, idênticas às anteriormente apreendidas.

Na ocasião, o denunciado identificou-se como “William”. Todavia, diante da fundada suspeita de que mentia sobre sua identidade, os agentes policiais procederam ao reconhecimento facial através do Muralha Connect, constatando que se tratava de Walisson Reis de Araújo.

Aos policiais militares, o denunciado confessou o tráfico de drogas.”

Passa-se à análise, havendo arguição de preliminar.

Inicialmente o apelo em liberdade está prejudicado face o julgamento do presente recurso. Quanto ao prosseguimento, eventuais novos recursos, pontua-se que os motivos que ensejaram sua prisão cautelar ainda subsistem, conforme ressaltado na r. sentença condenatória.

Assim e considerando a inexistência de fato novo favorável ao réu, não se vê em que medida sua custódia estaria causando constrangimento ilegal, inclusive porque a prisão é absolutamente legítima, não havendo se falar em possibilidade de recorrer em liberdade.

A fundamentação posta na decisão demonstrou a necessidade da custódia cautelar, diante da gravidade do crime praticado, o que recomendava, sim, a manutenção de seu afastamento cautelar da sociedade. Estava com 72

porções de crack para vender nas ruas, atingindo um número imenso de cidadãos. Circunstâncias que autorizam, senão exigem, a custódia.

Diante da sentença condenatória e da condição pessoal do acusado, que ainda **ostenta maus antecedentes e reincidência específica** (conforme constou da própria sentença), não há como, nesta fase processual, revogar a prisão ou mesmo justificar a aplicação de medida cautelar alternativa à prisão.

Não se vislumbra ofensa a preceito constitucional. Se a Carta Política garante ao cidadão a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não menos verdade que permite a custódia cautelar. É exceção à regra geral, que não é absoluta e deve ser interpretada e aplicada consoante o todo.

Dentro desse quadro, legítima a custódia mantida contra o réu na sentença, restando afastada a preliminar arguida.

No mais, em que pese o suscitado pela Defesa, é caso de manutenção da condenação, eis que a materialidade e autoria foram demonstradas pelas provas colhidas nos autos, como auto de prisão em flagrante às fls.01/02, boletim de ocorrência às fls.15/17, auto de exibição e apreensão (fls.19), laudo pericial de constatação (fls.21/23), laudo de exame químico toxicológico que detectou a presença da substância entorpecente (fls.96/98 e 99/100), relatório final (fls.101/102) e pelos demais elementos da prova oral carreados aos autos.

Interrogado em Juízo, o apelante negou a prática dos fatos.

Afirmou que morava em Uberaba/MG e estava no Município de Araçatuba há doze dias apenas e encontrava-se hospedado em um albergue. É viciado em drogas e foi até o local dos fatos para adquirir entorpecentes. Já havia comprado a droga quando os policiais militares o abordaram. Foi revistado, mas a maconha não foi encontrada em seu bolso. Foi agredido pelos policiais militares. Forneceu nome falso e foi encaminhado à Delegacia de Polícia, onde as porções de crack foram apresentadas (fls. 05 e 194).

Singela e infundada versão do acusado, além de ostensivamente superficial e contraditória, ficou totalmente isolada perante o quadro probatório, não tendo, assim, o condão de infirmar as firmes e coerentes provas angariadas aos autos.

Ressalte-se, também, que não se mostra crível a alegação do acusado de que, estando na posse de porções de maconha e sendo devidamente revistado pelos policiais militares, essa droga não foi encontrada; ao passo que, posteriormente, foram apresentadas porções de crack na Delegacia de Polícia para incriminá-lo.

Não se mostra crível, também, a alegação de que foi agredido pelos policiais militares, uma vez que o laudo de exame de corpo de delito não constatou lesões (fls. 28).

Ouvidos em Juízo, os policiais militares Alex Sandro Pizzolio

Ferreira e Guilherme Minari Gonçalves relataram que estavam em patrulhamento de rotina, quando avistaram dois indivíduos em atitude suspeita. **Na ocasião, ambos empreenderam fuga, mas foi possível abordar o recorrente. Em poder do apenado foram apreendidas cinco pedras de crack.** Indagado, o sentenciado se identificou com outro nome.

Posteriormente, por meio do sistema “detecta” identificaram o verdadeiro nome do apelante. **Próximo ao local da abordagem, foi encontrado um pote de vidro contendo sessenta e sete porções de crack idênticas àquelas apreendidas em poder do recorrente. Questionado, o recorrente confessou a traficância.** Segundo relato do apelante, ele perdeu o ônibus no caminho para Uberaba/MG, sua cidade natal, motivo pelo qual permaneceu residindo em Araçatuba/SP, em um albergue.

Insta salientar que **não há motivo para duvidar das palavras dos policiais.** É entendimento jurisprudencial consolidado que as palavras dos agentes de segurança possuem especial idoneidade, em especial quando corroboradas pelas demais provas dos autos e prestadas sob compromisso.

No mais, **as declarações dos agentes de segurança pública encontram robusto respaldo nos elementos de prova,** confirmando tanto a materialidade quanto a autoria do crime. Os policiais **prestaram depoimentos firmes e detalhados,** sobre como foi fundada suspeita e a abordagem. Ainda, detalharam a busca pessoal e a quantidade de entorpecentes apreendidos.

No ponto:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. VALIDADE. INSUFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. III - Ademais, no caso dos autos, constou do v. acórdão vergastado que os depoimentos dos policiais são corroborados por outros elementos probatórios, notadamente a apreensão de considerável quantidade de crack, de forma a demonstrar que a droga tinha por destinação o tráfico ilícito. IV - Afastar a condenação, in casu, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 404507 PE 2017/0146497-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10/04/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2018) (grifei).

No mesmo sentido o entendimento desta C. 5ª Câmara de Direito Criminal:

Receptação qualificada. Réu, proprietário de uma

banca de venda de telefones celulares e acessórios, que adquire um aparelho celular, produto de roubo, por valor bem abaixo do mercado e desprovido de qualquer documentação por parte do vendedor. Provas da autoria e materialidade bem definidas. Palavras da ofendida e do policial militar precisas, correntes e que dão conta da responsabilidade penal do acusado. Negativa do denunciado isolada nos autos. Condenação de rigor. Penas bem dosadas. Substituição que atende à finalidade da lei. Regime aberto fixado. Apelo improvido, afastada a preliminar. (TJSP; Apelação Criminal 0040844-77.2019.8.26.0114; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas - 6ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/09/2023; Data de Registro: 19/09/2023).

Robusta a prova que pesa contra o acusado, já que não infirmou em nenhum momento a apreensão das drogas apreendidas consigo, além disso, sua versão não possui credibilidade, vez que a quantidade significativa de droga, a forma como disposta em **72 porções individuais**, estabelecem que o **crack** era destinado ao comércio ilícito, não sendo a situação constatada pelos policiais compatível com outra destinação, sendo nítida a traficância.

A **finalidade mercantil restou evidenciada pela natureza e quantidade das drogas, substância de altíssima nocividade e poder viciante**, denotando que não se tratava de mero usuário, mas sim de fornecedor de drogas em larga escala, sendo, inclusive um dos principais vendedores da região em se levando em consideração toda a quantidade deste entorpecente em forma fracionada (72 porções), bem como em razão das demais circunstâncias da prisão em flagrante, não havendo dúvida de que o acusado, mesmo ciente da ilicitude de sua conduta, praticou o crime de tráfico, **trazendo consigo expressiva quantidade de entorpecentes** sem autorização

e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Outrossim e notadamente os laudos periciais também confirmam o tráfico realizado pelo acusado, já que bem aponta a mercancia dos narcóticos por ele, destacando-se que tudo foi apreendido na sua posse.

Vê-se claramente que o réu estava traficando drogas.

O conjunto dos elementos probatórios coligidos atestam, sem sombra de dúvidas, a autoria delitiva.

O crime de tráfico consuma-se pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal. Quem traz consigo a droga, ou a mantém sob guarda ou em depósito, já consumou a infração. Anoto, por oportuno, que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não seria 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”.

Não há dúvidas, pois, de que as **substâncias periciadas** foram as mesmas apreendidas. Todos os procedimentos foram devidamente documentados, **não havendo qualquer mácula capaz de lançar dúvida sobre a perícia realizada**, restando no vazio os questionamentos no tocante a falta de potencialidade das drogas, até porque o próprio apelante fala em uso daquelas, de modo que atendia as necessidades dos usuários, com o poder viciante inerente.

E nem se alegue que a ausência de fotos, vídeos e testemunhas civis no ato da prisão implica em circunstância hábil a macular o ato. Como é sabido, em crimes desta espécie, apenas os agentes públicos costumam depor contra os agentes, porque o cidadão comum tem medo, o que é natural e humano. E exigir a apresentação de fotos, vídeos ou a presença de testemunha civil no ato da prisão de traficantes equivale a criar barreira intransponível à condenação desse criminoso. E barreira não prevista em lei, nunca é demais frisar.

O dolo de traficar, portanto, está bem demonstrado, de acordo com o decidido em sentença de primeira instância, não ficando margem para a desclassificação do tipo penal da Denúncia para a figura do mero porte para uso.

No mais, as circunstâncias da apreensão não se coadunam com a pretensão de desclassificação da conduta para a posse de entorpecente para uso

próprio, eis que foi localizado em posse do apelante 72 porções de crack, ou seja, quantidade significativa de narcóticos, para fins de tráfico e suficientes para abastecer a vários usuários, e assim potencial de lucro alto.

Assim, em que pese os argumentos da combativa Defesa, constata-se que a prova oral, somada à apreensão de drogas durante a diligência, bem como as circunstâncias da abordagem dos agentes de segurança, sendo o encontro dos entorpecentes, em verdade, a materialização da típica prática de traficância, elementos estes mais que suficientes para embasar um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas, inviabilizando, portanto, o argumento defensivo de desclassificação para o delito previsto no artigo 28, § 1º, da Lei Federal 11343/06.

Mesmo sendo viciado, o fato não isenta responsabilidade no crime que lhe foi imputado na inicial acusatória, tendo em vista que a grande maioria das pessoas que se envolvem nesse tipo de delito, busca satisfazer seu próprio vício, recebendo como forma de pagamento pela mercancia ilícita que vem praticando. Portanto, a condição de usuário não exclui a de traficante.

Nessa esteira, já se manifestou esta Corte: *“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.

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- vol. 97, pág. 512 - Apelação Criminal 0000272-15.2018.8.26.0470 - Des. Marco Antônio Cogan Data do julgamento: 06/02/2020).

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a manutenção da condenação das acusadas pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei Federal 11343/06, artigo 33), não havendo que se falar em insuficiência de provas ou desclassificação para o delito previsto no artigo 28, § 1º, da Lei de Tóxicos, até porque o próprio réu disse ter ido lá atrás de maconha, e que o crack não lhe pertencia.

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.

Por tudo, incensurável a condenação do apelante, de modo que improcede o recurso Defensivo.

Passemos à dosimetria da pena, embora não tenha havido qualquer insurgência.

Na primeira fase, o Juízo de origem vislumbrou circunstância judicial desfavorável ao réu, por ostentar maus antecedentes (ação penal nº 0191514-51.2014.8.13.0701 – fls.177/178), fixando a pena base na fração de 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa no valor de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixada no patamar mínimo de 1/30 do salário-mínimo.

Nada a reparar, até porque favorável o entendimento, na medida que que traficando o famigerado crack, droga nefasta, com apreensão em quantidade bastante razoável, 72 porções, o que recomendava, a teor do artigo 42 da Lei Especial, exasperação maior na base. Sem recurso do Legitimado, contudo, nada por ser modificado, forte no *ne reformatio in pejus*.

Na segunda fase, não reconhecidas quaisquer circunstâncias judiciais atenuantes por valorar. Por outro lado, incide a circunstância judicial **agravante da reincidência**, inclusive, **específica** (ação penal nº 0083810-76.2014.8.13.0701 – fls.183), o que ensejou a elevação da pena intermediária na fração de 1/6 (um sexto), resultando em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa no valor de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixada no patamar mínimo de 1/30 do salário-mínimo. Benéfico ao Apelante.

Pois bem.

Consabido, a reincidência específica demanda maior rigor para

imposição da pena, eis que eleva sobremaneira a culpabilidade do acusado, que, malgrado já tenha sido perseguido pelo Estado, torna a delinquir, incidindo em prática idêntica, o que denota que, de fato, faz pouco da justiça e das consequências de seus atos perante a sociedade.

Anoto que a possibilidade de aumento superior a 1/6 (um sexto) em razão da reincidência ser específica é expressamente admitida pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

“A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça considera que a reincidência específica constitui fundamento hábil a justificar a exasperação da reprimenda, na segunda etapa da dosimetria, em fração superior a 1/6.” (STJ - AgRg no HC 680627 / SP SEXTA TURMA- Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. J. em 26/10/2021).

“No caso, as instâncias ordinárias fundamentaram o acréscimo da pena do Agravante, na segunda fase da dosimetria, na fração de 1/3 (um terço), salientando que a reincidência específica do Acusado demonstra maior reprovabilidade da conduta. O referido entendimento encontra amparo na jurisprudência desta Corte.” (STJ - AgRg no HC 612769 / SP SEXTA TURMA- Rel. Min. Laurita Vaz. J. em 01/12/2020).

No entanto, também aqui, sem reclamo do legitimado, nada por modificar, mais uma vez em observância do **“*ne reformatio in pejus*.”**

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena (majorantes/minorantes).

Vale ressaltar que o Juízo de origem corretamente não reconheceu a causa especial de diminuição de pena, vez que não preenchidos os requisitos legais para a modalidade privilegiada, assim, deixando de aplicar o redutor previsto pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

In casu, trata-se de **réu reincidente específico**, envolvendo-se novamente no mundo do tráfico. Ademais portava grande quantidade de porções de entorpecentes, acondicionados para entrega a usuários, demonstrando dedicar-se à comercialização de substâncias entorpecentes, logo não pode ser contemplado com a causa de diminuição.

E, à mingua de quaisquer outros elementos modificadores, tornou-se a **pena definitiva em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa no valor de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixada no patamar mínimo de 1/30 do salário-mínimo.**

Prosseguindo, **a r. sentença fixou regime inicial fechado**, opção justificada e não comporta reparo, posto que é o único adequado em face do Princípio da Suficiência Penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo, que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente.

Para o delito de tráfico de drogas, mormente de crack, e o envolvimento do réu, diante das circunstâncias dos fatos, com a mercancia ilícita é inconciliável com regime mais brando, dada a gravidade da situação, a quantidade e perniciosidade das drogas (em porções), exigindo repressão mais severa do Estado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema

periculosidade. O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Além disso, o delito foi cometido por **reincidente específico**.

Frise-se que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando na sociedade a sensação de impunidade daquele que do tráfico faz seu meio de vida. Por todos esses motivos, impõe-se o regime inicial fechado, mais gravoso, portanto, único apto a reprimir, e, principalmente ressocializar.

Da mesma forma, a natureza hedionda e as circunstâncias do crime, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se revela socialmente recomendável. Aliás, já não seria cabível a substituição penal ante a elevada quantidade da pena, que ultrapassa o limite de 04 (quatro) anos previsto no art. 44 do Código Penal.

Assim, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou sursis, vez que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

A manutenção da custódia cautelar se faz impor como

medida de rigor, como dito no início.

Permanecem inalterados os motivos que ensejaram a custódia cautelar na origem, a qual não pode ser tornada insubsistente, subsistindo a necessidade de resguardar a ordem pública e não se obste a aplicação da lei penal, sobretudo em razão da superveniência de sentença condenatória pela prática de crime equiparado a hediondo, pelo que se recomenda-se o réu no cárcere em que se encontra preso, cabendo consignar ter a monocrática agido com acerto, até porque as medidas cautelares diversas da prisão seriam inoportunas e insuficientes.

Observe-se julgado desta Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal:

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Pleito de concessão da liberdade provisória e aplicação de medidas cautelares diversas do cárcere. Presença dos pressupostos da prisão processual. Imprescindibilidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2224344-27.2023.8.26.0000; Relator (a): Damiano Cogan; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Caconde - Vara Única; Data do Julgamento: 06/10/2023; Data de Registro: 06/10/2023).

Sob outro giro, a condenação ao pagamento das custas está prevista no art. 804 do Código de Processo Penal. A Lei nº 11.608/03, em seu art. 4º, § 9º, a, estabelecer custas judiciais no valor de 100 UFESPs, a serem pagas, ao final, pelo réu condenado; e o texto normativo, no art. 5º, só

contempla a isenção para entidades de Direito Público interno, ao passo que permite outorgar o diferimento em face de “momentânea impossibilidade financeira do seu recolhimento”, e em apenas quatro hipóteses - nenhuma concernente a ações penais.

Assim sendo, correta se mostra a condenação do irrogado às custas, cuja cobrança, contudo, dependerá da capacidade dele de arcar com a verba. A hipossuficiência econômica pode eventualmente importar na dispensa do pagamento, e não em exclusão da condenação, mesmo ao beneficiário da assistência judiciária.

Nesse sentido:

“A concessão do benefício da gratuidade da justiça não exclui a condenação do Acusado ao pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos. Ademais, a análise da miserabilidade do Condenado, visando à inexigibilidade do pagamento das custas, deve ser feita pelo Juízo das Execuções” (STJ, AgRg no AREsp nº 1371623, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, C. Sexta Turma, j. em 11.04.2019).

Além disso, a fase de execução penal é a ideal para a real aferição acerca da hipossuficiência do apelante.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“(…) nem todos os processados criminalmente, patrocinados pela Defensoria Pública, são hipossuficientes. No direito penal, é obrigatória a assistência jurídica integral ao réu, mesmo que ele tenha condições financeiras de contratar advogado particular, mas opte por não fazê-lo. Assim, é ônus do sentenciado, durante a execução, justificar o descumprimento da sentença, também no ponto

relacionado à multa. Isso deve ser feito, primeiramente, ao Juiz da VEC, com oportunidade de oitiva do Ministério Público” (STJ AgRg no REsp nº 1.990.425/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26/04/2022). (grifei).

Por fim, tendo sido enfrentadas todas as teses propostas, tem-se que as matérias estão prequestionadas.

Posto isso, pelo meu voto, **afasta-se a preliminar arguida, e, no mérito, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO**, subsistindo a r. sentença prolatada em seus termos, pelos próprios e jurídicos fundamentos.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator