



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000413723

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500210-96.2024.8.26.0628, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante ERLAN DOS REIS BATISTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, deram provimento parcial ao recurso Defensivo, nos termos que constarão do acórdão**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 13.665

APELAÇÃO nº 1500210-96.2024.8.26.0628

COMARCA: Embu das Artes – 2ª Vara Judicial

APELANTE: Erlan dos Reis Batista

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto pela defesa de Erlan dos Reis Batista contra sentença que o condenou por tráfico de drogas, com base no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, a seis anos de reclusão em regime fechado e 500 dias-multa. A defesa pleiteia absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, redução da pena e concessão de regime aberto.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em verificar se há provas suficientes para a condenação por tráfico de drogas e se a pena aplicada é adequada.

III. Razões de Decidir: 3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por depoimentos de policiais e testemunhas, além de laudos periciais. 4. A confissão do réu perante a autoridade policial e a ausência de provas que sustentem a versão exculpatória apresentada em juízo reforçam a condenação. A quantidade de droga apreendida não justifica a majoração da pena-base.

IV. Dispositivo e Tese: 5. *Dá-se parcial provimento ao recurso. Tese de julgamento:* 1. A confissão extrajudicial, corroborada por outras provas, é suficiente para a condenação. 2. A quantidade de droga apreendida não justifica a exasperação da pena-base. **Legislação Citada:** Lei 11.343/06, art. 33, caput; Código de Processo Penal, art. 156. **Jurisprudência Citada:** STF, HC 74.522; STJ, HC 236.105/SC; TJSP, Apelação Criminal nº 990.08.052356-2.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de **Erlan dos Reis Batista**, contra a r. sentença de fls. 143/150, cujo relatório se adota, que o declarou incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, condenando-o ao cumprimento da pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados em valor unitário mínimo.

Em suas razões recursais, postulou a Defesa a absolvição do acusado por insuficiência probatória, afirmando não ter restado comprovada a autoria delitiva, uma vez não ter sido o entorpecente apreendido em poder do apelante. Além disso, afirmou que o dinheiro apreendido em seu poder é proveniente do exercício de atividade lícita. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal; a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06; a fixação da pena de multa no mínimo legal; bem como o estabelecimento de regime aberto para cumprimento da reprimenda imposta. Requereu, ainda, a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita (fls. 185/190).

O recurso foi recebido, sendo apresentadas contrarrazões às fls. 196/201.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou às fls. 211/220.

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 16 de janeiro de 2024, por volta das 10h30, na Rua Madeira, nº 88, bairro Pirajussara, cidade e comarca de Embu das Artes, o apelante ***ERLAN DOS REIS BATISTA*** trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, 104 porções de cocaína, com peso líquido 51,2g e 66 porções de cocaína na forma de *crack*, com peso líquido de 30,9g, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade delitiva ficou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 19/21), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 24), pelo laudo de constatação provisória (fls. 26/28 e 101/103), pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 104/106), o qual apontou o caráter entorpecente da substância apreendida, bem como pela prova oral colhida nos autos.

A autoria, por sua vez, é inconteste.

O réu, perante a Autoridade Policial, confessou que estava traficando drogas no local da abordagem. Asseverou que traficava sozinho e, quando percebeu a aproximação da viatura, tentou se desfazer da sacola na qual estavam as drogas. Em seu poder foram encontrados dois telefones, além de setenta reais em espécie, proveniente das drogas já vendidas. Aduziu que foram abordados dois rapazes, que soube chamarem Wendell e Henrique, os quais seriam apenas usuários de drogas, sendo que fazia três meses que estava

traficando ali, sendo certo que uma pessoa desconhecida é que abastecia o local de drogas, recolhia o dinheiro da venda e acertava sua parte, estipulada em 10% do total das vendas. Disse já ter sido preso anteriormente por tráfico de drogas (fls. 10).

Em Juízo, negou a prática delitiva. Esclareceu que trabalhava em uma funilaria que fica naquela região e passava todos os dias por aquele local. No dia dos fatos, passava por ali quando viu que os policiais haviam abordado dois rapazes, sendo também abordado, tendo os policiais perguntado se tinha passagem. Esclareceu ser trabalhador e explicou onde morava. Depois de algum tempo, cerca de vinte minutos depois, um dos policiais apareceu com uma sacola contendo drogas e disse que referida sacola lhe pertencia. Afirmou ter sofrido pressão psicológica para confessar o crime. Negou ter qualquer entorpecente em seu poder. Informou ter passagem anterior por tráfico de drogas. Não conhecia os policiais anteriormente, nem tampouco os outros rapazes abordados. Asseverou receber pagamento de salário em espécie, costumeiramente aos sábados. Declarou ter sido falsamente acusado em razão de seus antecedentes criminais. Na ocasião, voltava do trabalho para sua casa, porque não se sentia bem. Tinha aproximadamente setenta e três reais consigo, porque já havia enviado dinheiro da pensão para sua filha. Havia recebido o dinheiro da oficina na qual trabalhava, a qual pertencia a seu tio (mídia SAJ).

Malgrado a aludida versão exculpatória do acusado, frise-se, desprovida de qualquer adminículo probatório, restou frágil e precária, nessa linha de raciocínio, a prova produzida no sentido

de sua não incriminação, especialmente porque não trouxe qualquer álibi que lhe aproveite, conforme lhe competia, nos termos do disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal.

De resto, a versão delineada pelo acusado em Pretório pretendendo a abstração da comprovada empreitada delituosa, vai de encontro ao restante da prova oral analisada, sendo certo que não resiste a uma análise mais acurada dos fatos em comento, não havendo um único componente idôneo de persuasão racional apto a contestá-la.

Por outro lado, os policiais militares André Luís Basilio da Costa Gomes e Henrique Augusto Costa Moreira, ainda na fase extrajudicial, narraram que, na ocasião, realizavam patrulhamento de rotina, quando passaram com a viatura em local conhecido pela alta incidência de tráfico de drogas, ali avistando Erlan com uma sacola. O acusado, ao notar a aproximação da viatura, tentou dispensar a sacola que trazia consigo. Realizaram a abordagem do réu e de outros dois rapazes que ali se encontravam, os quais foram identificados por Weverton de Santana Romão Batista e Wendell Rafael Rodrigues de Souza. No interior da sacola dispensada por Erlan, encontraram cocaína e *crack*, já fracionados. De pronto, Erlan confessou a prática do tráfico no local, sendo que os outros dois rapazes estavam no local, com a intenção de comprar drogas. Com o acusado, foram encontrados dois telefones celulares e a quantia de R\$ 70,00 em espécie, a qual o réu afirmou ser proveniente das vendas de drogas já realizadas (fls. 06/07).

Em Juízo, o policial Henrique Augusto Costa Moreira narrou que, na ocasião, estava em patrulhamento quando, em local conhecido como ponto de venda de drogas, deparou-se com o réu. Declarou que o acusado trazia uma sacola na mão e assim que viu os policiais procurou se evadir, ingressando em uma viela, juntamente com os outros dois rapazes abordados. Quando conseguiram alcançá-lo, Erlan dispensou o pacote com entorpecentes. Alcançaram o acusado a vinte ou trinta metros dali. Não chegou a perder o acusado de vista, sendo as drogas apreendidas, localizadas no interior do pacote. Viu o momento no qual o acusado dispensou a sacola. O réu confessou informalmente a traficância e disse que estava vendendo drogas para sustentar a família e o vício, pois era usuário de entorpecentes. No momento da abordagem o réu não aparentava estar drogado. Os outros dois rapazes saíram do local andando, na tentativa de se esquivar da abordagem. Não conhecia o réu anteriormente. Contou que a comercialização de entorpecentes é corriqueira no local. Chegaram ao local de viatura, mas o acompanhamento foi feito a pé. Reafirmou que Erlan dispensou a droga que trazia consigo no chão (mídia SAJ).

Ressalta-se, por oportuno, que policiais não estão impedidos de depor e seus depoimentos devem ser valorados como quaisquer outros, até porque as testemunhas prestaram depoimentos coesos, sob o crivo do contraditório, e, portanto, gozam de idoneidade, especialmente porque não se demonstrou que tivessem interesse concreto de incriminar indevidamente o réu, de modo que seus depoimentos constituem meio de prova idôneo para embasar a condenação. A esse respeito, inclusive, é entendimento da jurisprudência

que:

“A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas” (STF, HC 74.522, in D.J. 13/12/1996);

“Apelação – Tráfico ilícito de entorpecente e receptação – Condenação – Depoimento de delegados de polícia que atestam a apreensão da substância entorpecente com o acusado e as circunstâncias das investigações – O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, especialmente quando prestadas em juízo, sob a garantia do contraditório, não se podendo desqualificá-lo somente em razão de sua condição profissional” (Apelação Criminal nº 990.08.052356-2, 4ª. Câmara Criminal, Rel. Salles Abreu, j. 28/4/2009).

E o Col. Superior Tribunal de Justiça:

“Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido.” (HC 236.105/SC, Rel. Ministro Jorge

Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014).

Por sua vez, a testemunha Wendell Rafael Rodrigues de Souza, ouvido apenas na fase extrajudicial, informou ser usuário de entorpecentes, mais especificamente, de cocaína e *crack*. Na data dos fatos, foi até um ponto conhecido de comercialização de drogas, na Rua Madeira, local no qual, como de costume, compraria *crack* do traficante Erlan. Em dado momento, surgiram policiais militares que abordaram Erlan, o qual tentou se desfazer de uma sacola contendo entorpecentes. Ele e Weverton, que passava pelo local, também foram abordados. Informou que Erlan confessou a prática do tráfico de drogas, restando esclarecido que tanto ele, como Weverton, não tinham participação no tráfico, sendo ambos apenas usuários (fl. 08).

Por fim, a testemunha Weverton de Santana Romão Batista, também ouvido apenas perante a Autoridade Policial, afirmou ser usuário de *maconha*. Na data dos fatos, dirigia-se à academia, quando passou por conhecido ponto de comercialização de entorpecentes. Nesse momento, ali surgiram policiais militares, os quais abordaram o acusado Erlan, que tentou se desfazer de uma sacola contendo entorpecentes. Disse que ele e Wendell Rafael estavam ao lado do réu e foram abordados. Asseverou que Erlan confessou a prática do tráfico de drogas, e esclareceu que ele e Wendell não tinham qualquer participação no delito, sendo apenas usuários (fl. 09).

Ressalte-se não ser crível a versão judicial fornecida pelo acusado, segundo a qual teria sido falsamente acusado.

Do que se depreende das provas produzidas nos autos, os policiais afirmaram, de forma categórica, realizar patrulhamento de rotina, por conhecido ponto de traficância, quando avistaram o acusado, o qual, ao perceber a aproximação da viatura, se desvencilhou de uma sacola que trazia nas mãos e tentou se evadir do local. No local, havia outros dois rapazes, Wendel e Weverton. Realizaram a abordagem do acusado, localizando, em poder do acusado, quantia em dinheiro, e, no interior da sacola dispensada, os entorpecentes apreendidos.

Com efeito, a versão oferecida pelo acusado em Juízo para os fatos se mostra inverossímil.

Por outro lado, o acusado confessou perante a Autoridade Policial o cometimento do delito, afirmando que se dedicava ao exercício da mercancia ilícita, naquele local, há três meses. Além disso, na ocasião, foram abordados outros dois rapazes que ali se encontravam, usuários de entorpecentes. Wendell Rafael confirmou que estava no local para adquirir entorpecentes de Erlan, como costumava fazer.

Ademais, tanto Wendell como Weverton afirmaram que Erlan tentou se desfazer da sacola na qual trazia a droga, tendo ambos afirmado que o acusado confessou a prática delitiva aos policiais.

Impunha-se, portanto, a condenação do réu, não havendo cogitar-se de absolvição por insuficiência probatória, ou mesmo a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei de Drogas, já que suas atitudes se coadunam, perfeitamente, com a figura delitiva prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que assim dispõe:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

E não é demais lembrar que o trazer consigo entorpecentes, para fins de venda e entrega ao consumo de terceiros, em tais condições, já estão mencionados no *caput*, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 como caracterizadores do crime previsto em tal dispositivo, não sendo necessária a efetiva comercialização para caracterização do delito.

É o que basta para a condenação por tráfico, conforme demonstra o seguinte julgado:

"O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06), não exige para sua configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância" (TJSP - ac 6.635 - Rei.

Onei Raphael - RJTJSP 70/371).

Ressalte-se que, além de não existir nenhum indicativo de que a droga não era destinada à traficância, as testemunhas Wendell e Weverton afirmaram que o acusado estava comercializando entorpecentes no local, e que teria tentado se desvencilhar da sacola com as drogas, tal como relatado pelos policiais ouvidos nos autos.

Assim, diante dos elementos de convicção, não resta dúvida de que o proceder do acusado se amolda perfeitamente ao tipo penal descrito como tráfico de entorpecentes, sendo sua condenação quanto a esse delito medida criteriosa que se impõe, já que ausentes circunstâncias que excluam o crime ou o isente de pena, passando-se a análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria da pena, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, nos termos do disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/06.

Cumpramos ressaltar que não há no ordenamento jurídico pátrio lei que estabeleça frações específicas para exasperação da pena, de modo que a dosagem fica a critério subjetivo do juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas do caso, de acordo com as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal.

No entanto, em que pese a natureza da droga apreendida, a quantidade encontrada em poder do réu (51,2g de cocaína e 30,9g de *crack* – cf. fls. 26/28) não justifica a sua majoração nesta fase, eis que a conduta do acusado, ao fornecer essa quantidade de entorpecentes, não extrapolou a normalidade da conduta delitiva prevista no tipo penal do *caput*, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não ensejando maior reprovabilidade, a justificar a exasperação aplicada.

Deste modo, mais acertada se mostra a fixação da pena-base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Registre-se que a MM. Magistrada sentenciante não levou em consideração o fato de o acusado apresentar maus antecedentes criminais, comprovados pela certidão de fls. 129/130, uma vez ostentar condenação definitiva nos autos nº 1501593-80.2022.8.26.0628.

Observe-se que a condenação por fato anterior pode ser valorada à título de maus antecedentes, ainda que seu trânsito em julgado se dê posteriormente à prática do crime em análise nos autos. Nesse sentido a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Furto privilegiado. Sentença condenatória somente no tocante ao primeiro furto. Ministério Público objetiva, em síntese, a condenação do acusado nos precisos termos da denúncia. Parcial razão. Materialidade e

autoria bem demonstradas de ambos os furtos. Seguro e convincente arcabouço probatório. Acusado confessou em solo policial a subtração dos bens. Vítima e testemunha confirmam os bens furtados. Dosimetria comporta reparo. **Condenação transitada em julgado posterior ao crime, por fato anterior, enseja o reconhecimento de maus antecedentes.** Precedentes. Confissão considerada. Continuidade delitiva. Impossível a aplicação da forma privilegiada, ante os maus antecedentes. Regime inicial semiaberto. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Recurso provido. *“(...) Com efeito, não se aplica, in casu, a Súmula nº 444 do C. Superior Tribunal de Justiça, cujo teor assinala que inquéritos e ações penais em curso não podem servir para agravar a pena-base. Adota-se, em casos análogos, o posicionamento do E. Supremo Tribunal Federal, que permite que fatos praticados antes do delito em análise, mas cujo trânsito em julgado tenha ocorrido a posteriori, sejam reconhecidos como circunstâncias judiciais desfavoráveis. Neste sentido: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR, COM*

TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. 1. A condenação por crime anterior, mas com trânsito em julgado posterior à nova prática delitiva, justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. 2. Extrai-se dos autos que o registro criminal utilizado para essa finalidade refere-se à delito praticado em 2002 e o crime objeto do presente recurso ocorreu em 08/5/2004. Assim, o fato de o primeiro ter transitado em julgado em data posterior ao cometimento do segundo crime (08/11/2005) não obsta que a referida condenação seja utilizada como circunstância judicial negativa (maus antecedentes). 3. Agravo regimental improvido. (STF. AgRg no REsp n. 1.440.430/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/5/2016).” (Apelação nº 0005384-34.2014.8.26.0072, Rel. Des. Andrade Sampaio, j. 21/02/2019).

Entretanto, referida condenação não será utilizada para majoração da basilar, sob pena de *reformatio in pejus*, uma vez tratar-se de recurso exclusivo da Defesa.

Na segunda fase da dosagem da pena, não incidiram circunstâncias agravantes ou atenuantes, mantida a reprimenda no mesmo patamar.

Na terceira fase da dosimetria, não incidem causas especiais de aumento e diminuição da pena, restando como definitiva a reprimenda de **05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.**

Com efeito, não era o caso de se aplicar a causa de diminuição do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, porque é evidente que o réu se dedicava à atividade criminosa.

Frise-se que o artigo em comento trata da figura do traficante “privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, na qual se estabelece a redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja **primário**, portador de bons antecedentes, **não se dedique às atividades criminosas** e nem integre organização criminosa, **requisitos estes cumulativos**.

Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS.

POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente. III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça" (EREsp 1431091 / SP EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL 2014/0015576-0, Relator

Ministro FELIX FISCHER, j. 14/12/2016) (Informativo 596, STJ, 1º de março de 2017) – Grifei.

No caso em análise, verifica-se que o acusado ostenta condenação definitiva anterior por crime de mesma natureza (cf. fls. 129/130), tendo afirmado, ainda, que se dedicava à comercialização ilícita de entorpecentes, naquele mesmo local, há três meses, fato que evidencia sua dedicação a atividades criminosas. Além disso, a natureza das drogas apreendidas (cocaína e *crack*) não autoriza a aplicação do benefício.

Descabido o pleito defensivo referente à aplicação de multa no mínimo legal, tendo em vista ter ela sido fixada, pela r. sentença recorrida, no mínimo previsto no tipo secundário da norma penal, além de ter sido estabelecido o valor unitário mínimo para cada dia-multa.

Diante do delito praticado pelo apelante, não é caso de substituição da pena corporal por restritivas de direitos e de fixação de regime diverso do fechado, uma vez que referida substituição e a fixação de regime menos gravoso, além de incompatíveis com a gravidade do delito, seriam insuficientes para a reprovação e prevenção do crime. Ademais, o acusado praticou o delito aqui tratado após a concessão de liberdade provisória em autos diversos.

Ressalte-se ser inviável cogitar de regime inicial diverso do fechado, sob pena de se vulnerar o já exaltado

princípio da *suficiência* da pena, que impera não só no tocante à sua quantidade, mas, também, quanto ao seu modo de execução. É imperioso garantir que a sanção se mostre suficiente para punir a conduta.

Vale conferir, inclusive, precedente desta Corte que aponta para a imposição de regime inicial fechado ao se constatar, *in concreto*, a utilização de drogas particularmente pesadas, como na hipótese dos presentes autos:

“Contudo, deverá ser mantido o regime inicial fechado. O crime de tráfico em si reveste-se de especial gravidade, tanto que o legislador optou por inseri-lo no rol dos crimes hediondos por equiparação. No caso, a agravar a conduta praticada, trata-se de tráfico de crack, droga pesada, sabidamente de maior potencialidade lesiva [...]. Outro regime, na hipótese, não atenderia ao princípio da suficiência” (Apelação Criminal nº 0001439-42.2011.8.26.0396, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 13/03/2014, v.u.) Grifei.

“Adequado o regime fechado e a recusa a qualquer benefício legal, diante da variedade e da natureza de parte da droga apreendida (crack), sabidamente de acentuada potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma” (Apelação Criminal nº 0038630-42.2011.8.26.0196, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 12/12/2013, v.u.) Grifei.

Nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando.

Consigno que, nesta altura, não é caso de concessão dos benefícios da justiça gratuita, tal como pugna a Defesa, já que eventual dificuldade ou impossibilidade financeira para realização do pagamento das despesas processuais deverá ser comunicada ao Juízo das Execuções, o qual poderá analisar se tal alegação perdura no momento em que o pagamento se torna exigível, já que o pagamento somente é devido após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Neste sentido:

“Ação penal pública. A interposição de qualquer recurso a ela referente não depende do pagamento prévio de custas e não está, assim, sujeita à deserção por falta de preparo. O pagamento das custas, ônus da condenação criminal (CPP, art. 804), deve efetuar-se na fase de execução do julgado. Habeas corpus deferido para cassar o acórdão da Corte indigitada coatora, no Recurso em sentido estrito nº 96.001187-8 – Campina Grande, determinando seja processada a apelação criminal interposta pelo paciente” (STF – HC nº 74338-PB. Rel. Néri da Silveira, j. 27.09.1996).

“Interpretando o art. 804 do Código de Processo Penal, esta Corte já decidiu que, em se tratando de ação penal pública, somente se admite a exigência do pagamento de custas processuais após a condenação definitiva, não havendo falar em deserção do recurso por falta de preparo” (STJ – HC nº 223783-SP, Rel. Maria Thereza de Assis Moura).

Aliás, na hipótese de realmente se verificar o alegado estado de pobreza, o pagamento não será dispensado, mas sim sobrestado, pois o artigo 804 do Código de Processo Penal prevê que *“a sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”*.

Além disso, no tocante às disposições da Lei nº 1.060/1.950 sobre a assistência judiciária, aplicadas por analogia, tem-se entendido que o beneficiário da gratuidade será condenado ao pagamento das despesas processuais, mas tais obrigações *“ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso Defensivo, para o fim de declarar o acusado **Erlan dos Reis Batista** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, condenando-o ao cumprimento da pena de **05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**, fixados em valor unitário mínimo, mantida, no mais, a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante da modificação do julgado, nos termos da Resolução 113/2010 do C.N.J., comuniquem-se ao Juízo do Conhecimento e ao Juízo das Execuções, para as providências cabíveis.

FÁTIMA GOMES

Relatora