



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000434086

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500696-40.2024.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante GIOVANI DA COSTA SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO ao recurso defensivo, para manter a condenação do réu Giovani da Costa Santos, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei Federal 11343/06, à pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixados no mínimo legal, e DERAM PROVIMENTO ao recurso da acusação para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, mantendo-se, no mais, a sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1500696-40.2024.8.26.0286

Apelante: Giovani da Costa Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Itu

Magistrada: Andrea Ribeiro Borges

Voto 11433

Ementa. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas (artigo 33, “caput”, com o artigo 40, inciso VI, da Lei Federal 11343/06). Sentença condenatória. Recurso da defesa. Absolvição por insuficiência probatória. Inviável. Não cabimento. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas. Responsabilização inevitável. Legalidade e compatibilidade evidenciadas. Dosimetria. Penas mantidas. Recurso da defesa desprovido. Recurso da acusação. Recrudescimento do regime fixado. Possibilidade. Fixado o regime fechado ante a quantidade da pena imposta e a reincidência específica, bem como que a natureza do delito praticado, que se equipara aos hediondos, com gravíssimas consequências sociais. Recurso desprovido.

Trata-se de apelações criminais interpostas por Giovani da Costa Santos e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, inconformados com a sentença (fls. 158/171), que condenou o réu como incurso no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso VI, da Lei Federal 11343/06, às penas de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, além de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Irresignada, recorreu a Defesa de Giovani Santos, requerendo a sua absolvição por insuficiência probatória (fls. 237/240).

Por sua vez, o Ministério Público requereu o recrudescimento do regime diante da reincidência específica da sentenciada (fls. 195/202).

Os recursos foram contrariados pelas partes (fls.

233/236 e 243/245).

A Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer (fls. 254/262), ofertou manifestação pelo não provimento do apelo defensivo e pelo provimento do recurso ministerial, a fim de que haja recrudescimento do regime prisional.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso ministerial deve ser provido ao passo que o defensivo não comporta provimento.

O apelante foi condenado pela sentença porque, em 15 de abril de 2024, por volta das 18h53min, Rua Presidente Eurico Gaspar Dutra, 160, na Vila Lucinda, na Cidade e Comarca de Itu, nas imediações de estabelecimento de ensino, denominado Escola Estadual Professora Priscila de Fátima Pinto, agindo em concurso e com identidade de propósitos, com o adolescente Luiz Henrique Cruz do Nascimento, trazia consigo e tinha em depósito, para fins de tráfico, 130 (cento e trinta) porções de cocaína, na forma de crack, com peso aproximado de 86,5 gramas, 104 (cento e quatro) porções de cocaína, com peso aproximado de 94,2 gramas, conforme auto de exibição e apreensão (fls. 18/19) e auto de constatação (fls. 20/21), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Esses são os fatos.

A materialidade delitiva ficou comprovada no auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 03/07), auto de exibição e apreensão (fls. 18/19), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 20/21), comprovante de depósito judicial (fl. 77), certidão de nascimento adolescente infrator (fl. 83), laudo de exame químico toxicológico (fls. 87/89 e 90/92), laudo de desenho esquemático do local dos fatos (fls. 130/132) e pela prova oral coligida.

A autoria é certa.

Na fase inquisitiva, a testemunha Bruno Bolpete Ceccolini, policial civil, narrou que “compareceram no Plantão os Policiais Civis acima qualificados, apresentando o capturado Guilherme Gomes Girão, haja vista que contra ele havia um Mandado de Prisão em Regime Fechado, para recaptura, expedido em 08 de abril de 2024, com data de validade de 18 de março de 2030, pela

CEDRIM de Campinas, referente ao Processo Digital 0014612-86.2023.8.26.0502, já que foi expedido mandado de prisão em regime fechado, para o qual foi dado cumprimento nessa data. E, ainda, declarou o capturado que não sofreu nenhum tipo de violência física ou psíquica, bem como foram assegurados os seus direitos constitucionais, durante o cumprimento do mandado de prisão, a sua irmã, Júlia Cristina Campos, foi cientificada de sua prisão e deixou o telefone para contato (11) 978805357. Com relação a Giovani da Costa Santos, RG 64.491.325, esclarecem os policiais que, na data de ontem, o mesmo rapaz empreendeu fuga dos mesmos policiais civis que apresentavam essa ocorrência, deixando em situação flagrancial a sua namorada. Em continuidade às investigações, os policiais receberam informações precisas de que na data de hoje o mesmo rapaz voltaria ao bairro Vila Lucinda, no CDHU, para deixar drogas com traficantes que venderiam no período da noite. Os policiais tinham informações do veículo que seria utilizado por Giovani, a saber um carro cinza escuro, placas BUN1F71, similar a um Monza. Então se posicionaram de forma estratégica no local em que haveria a tradição das drogas com viaturas descaracterizadas. Em dado momento, o referido veículo entraria no estacionamento e, para próximo às caixas d'água, local em que é sabido ser ponto de venda de drogas. Giovani desce do carro, tira das vestes uma sacola que aparentava ser drogas e entrega para o menor Luis Henrique Cruz do Nascimento. Giovani pega de Luis dinheiro conta e guarda. Ato seguinte, se aproximou de outra pessoa, então os policiais resolvem abordar todos. Giovani foi detido e em sua posse haviam 104 porções de cocaína e outras 130 de crack, guardadas no bolso numa sacola idêntica àquela entregue a Luiz Henrique além da quantia de R\$ 390,00. O menor Luiz ao ver os policiais empreende fuga em direção à favela com a sacola, e o terceiro rapaz Guilherme Gomes Girão, submetido a abordagem e revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado, porém constatou-se tratar de evadido do sistema penitenciário. Contra si havendo apenas a situação carcerária em débito. Os policiais civis fizeram algumas diligências na "Favela do CDHU" e receberam informações de que aquele menor teria acabado de ser visto em frente o numeral 53. Os policiais se deslocaram até lá e confirmaram as informações, porém submetido a revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado, apenas a sacola já vazia. Questionado, Luiz Henrique alegou ter dispensado as drogas no mato na fuga. E que as teria recebido de um rapaz usando

um Monza.”

Ao ser ouvido, em Juízo, Bruno Bolpete Ceccolini, policial civil, testemunha arrolada em comum, ratificou o depoimento prestado na fase extrajudicial. Acrescentou que, com relação ao réu, vinham investigando há um bom tempo pelo tráfico no CDHU, principalmente na exposição que ele fazia na rede social, onde ostentava drogas e dinheiro, sendo que as pessoas mandavam para os policiais. Disse que o local dos fatos era próximo a uma escola, mas o depoente não sabe precisar quantos metros. Acreditava que deve ficar a aproximadamente cem metros da escola. Informou que no dia da abordagem, o réu não aparentava estar sob efeito de droga. Confirmou que com o adolescente não foi encontrada droga. Esclareceu que o adolescente não confirmou a pessoa, somente mencionou o veículo que trouxe a droga, um Monza. Esclareceu que o réu foi ao local dos fatos com um Monza, cinza escuro, cujo emplacamento já havia sido informado aos policiais. Disse que o réu já era conhecido nos meios policiais. Confirmou que com o réu, além da droga, foi localizado a quantia de trezentos e poucos reais em dinheiro.

No mesmo sentido, o depoimento da testemunha Cirineu Yasuda Alves de Lima, policial civil, que, na fase extrajudicial, confirmou o depoimento de seu colega e “que compareceu no Plantão os policiais civis, acima qualificados, apresentando o capturado Guilherme Gomes Girão, haja vista que contra ele havia um Mandado de Prisão em Regime Fechado, para recaptura, expedido em 08 de abril de 2024, data de validade para 18 de março de 2030, pela CEDRIM de Campinas, referente ao Processo Digital 0014612-86.2023.8.26.0502. E foi expedido Mandado de Prisão em Regime Fechado, para o qual foi dado cumprimento na data. E, ainda, declarou o capturado que não sofreu nenhum tipo de violência física ou psíquica, bem como foram assegurados os seus direitos constitucionais, durante o cumprimento do Mandado de Prisão. A sua irmã, Julia Cristina Campos, foi cientificada de sua prisão e deixou um telefone para contato. Com relação a Giovani da Costa Santos, esclarecem os policiais que na data de ontem o mesmo rapaz empreendeu fuga dos mesmos policiais civis que apresentam essa ocorrência, deixando em situação flagrancial a sua namorada. Em continuidade às investigações, os policiais receberam informações precisas de que na data de hoje o mesmo rapaz voltaria à Vila Lucinda, na CDHU, para deixar drogas com

traficantes, que venderiam no período da noite. Os policiais tinham informações do veículo que seria utilizado por Giovani, a saber um carro cinza escuro, placas BUN1F71, similar a um Monza, então se posicionaram de forma estratégica no local em que haveria a tradição das drogas com viaturas descaracterizadas. Em dado momento, o referido veículo entrou no estacionamento e para próximo às caixas de água, local em que era sabido ser ponto de venda de drogas. Giovani desceu do carro, tirou das vestes uma sacola que aparentava ser drogas e entregou para o menor Luis Henrique Cruz do Nascimento. Giovani pegou de Luis o dinheiro, contou e guardou. Ato seguinte, se aproximou outra pessoa, então os policiais resolvem abordar todos. Giovani foi detido e em sua posse haviam 104 porções de cocaína e outras 130 de crack, guardadas no bolso numa sacola idêntica àquela entregue a Luiz Henrique além da quantia de R\$ 390,00. O menor Luiz, ao ver os policiais, empreendeu fuga em direção à favela com a sacola, e o terceiro rapaz Guilherme Gomes Girão, submetido a abordagem e revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado, porém constatou-se tratar de evadido do sistema penitenciário. Contra si havendo apenas a situação carcerária em débito. Os policiais civis fizeram algumas diligências na "Favela do CDHU" e receberam informações de que aquele menor teria acabado de ser visto em frente o numeral 53. Os policiais se deslocaram até lá e confirmaram as informações, porém submetido a revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado, apenas a sacola já vazia. Questionado, Luiz Henrique alegou ter dispensado as drogas no mato na fuga. E que teria as recebido de um rapaz usando um Monza. Nada mais quis acrescentar ou alterar.”

Em Juízo, a testemunha arrolada em comum, Cirineu Yasuda Alves de Lima, policial civil, reproduziu os relatos apresentados na fase extrajudicial. Acrescentou que o réu já era conhecido nos meios policiais. Confirmou que, um ou dois dias antes, o réu fugiu de uma abordagem policial, dispensando os entorpecentes e deixando a namorada. Disse que também era comum aos traficantes da região postarem fotos nas redes sociais para os usuários saberem que a biqueira está ativa. Informou que o local dos fatos fica próximo a uma escola, menos de quinhentos metros. Esclareceu que houve a informação de que o réu iria entregar droga, sendo mencionado o veículo Monza. O apelido do réu era “Galo”. Destacou que, depois que o réu empreendeu fuga no dia anterior, os informantes apontaram

que ele seria o “Galo”. Afirmou que o adolescente confirmou que havia recebido droga de um rapaz em um Monza. Disse que era óbvio que não esperavam muito, porque nos meios criminosos retaliavam os “caguetas”. Informou que o adolescente apontou as características do veículo que estaria com o réu. Afirmou que além da droga, foram localizados trezentos e poucos reais em notas trocadas com o réu, o que claramente corresponde ao que o menor havia entregado para ele. Informou que o réu não aparentava estar sob efeito de substância entorpecente.

Ao ser ouvida, em solo policial, o adolescente L. H. C. do N relatou que, nessa data, esteve vendendo drogas na biqueira da rua do meio do CDHU e precisou fazer o fechamento com o gerente e pegar mais drogas. Quando foi pegar as drogas com o gerente, que utilizava um veículo Monza, cor cinza, os policiais civis apareceram. O declarante empreendeu fuga e dispensou as drogas no mato. Quando foi abordado posteriormente, não havia mais nada de ilícito consigo então foi liberado.

Interrogado, em sede policial, o indiciado declarou “que preservava o direito de permanecer em silêncio” (sic).

Por ocasião do seu interrogatório, em Juízo, o réu narrou que, no domingo, os policiais o abordaram enquanto estava sentado, conversando com a esposa e filho. Alegou que o policial Bruno estava sozinho e ordenou que o interrogando deitasse no chão, senão iria atirar. Disse que o interrogando questionou o motivo da abordagem e o policial respondeu “não quero saber, vou atirar em você”. Narrou que deitou no chão e o policial veio conversar para algemar, sendo que quando olhou para o lado e viu que ele saiu andando, o interrogando saiu correndo. Afirmou que não tinha drogas consigo. Disse que na segunda-feira o interrogando estava na companhia de seu primo, que estava de “saidinha” e evadido, sendo que ao estacionar o carro, o policial Bruno, Moacir e outro saíram por detrás da garagem e os levaram para a delegacia. Alegou que na sala da delegacia permaneceram cinco policiais ao seu redor e enquanto o interrogando estava sentado em uma cadeira chumbada no chão, recebeu do policial Bruno “uns murros no peito”, sendo que pediram para que entregasse a casa de drogas, prometendo que assim o soltariam. Alegou que não sabe sobre a casa de drogas e que as porções apreendidas não lhe pertenciam, sendo forjada pelos policiais para

responder por algo que não era do interrogando. Disse que está sem entender, tem filhos para criar e isso está matando a vida do interrogando. Declarou que não tem pais, é desempregado, tem uma esposa, filho, irmã e quatro sobrinhos. Alegou que os policiais imputaram essas drogas ao interrogando, mas não apreenderam dinheiro consigo. Disse que era usuário de maconha e que anteriormente vendia drogas, mas decidiu parar porque sua esposa teria um filho, sendo que estava procurando trabalho. Alegou que os policiais o ameaçaram, dizendo que lhe dariam paulada na cabeça e choques, caso não indicasse a casa com drogas.

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

Em que pese a negativa do apelante, as suas versões se mostraram inverossímeis e ficaram isoladas nos autos, pois apesar de ter alegado que o flagrante foi forjado, tal alegação não encontra ressonância nos autos, nada havendo nos autos que possa nos fazer duvidar da conduta dos investigadores ouvidos, também não havendo elementos que indiquem parcialidade ou intenção de prejudicar o réu.

A verdade é que os policiais foram seguros em dizer na audiência de instrução que as drogas foram encontradas com a apelante.

Os agentes públicos detalharam, tanto na fase policial quanto em juízo, que o recorrente vinha sendo investigado pelo envolvimento com drogas e que tinham informações precisas de que, naquela data, fazendo uso de um veículo Monza, realizaria o reabastecimento da “biqueira”, uma situação que foi visualizada pelos agentes públicos em breve campana e também confirmada pelo adolescente Luiz Henrique.

Inclusive, o apelante narrou abusos e agressões físicas praticadas pelos policiais, as quais, contudo, não foram constatadas no laudo médico (fl. 49), tampouco em audiência de custódia (fls. 50/52).

Enfim, no caso, os policiais não foram contraditados nem tiveram a idoneidade contestada com base em fundamentos minimamente sólidos. Além disso, apresentaram relatos coesos e detalhados nas duas oportunidades, circunstância que reforça a credibilidade de seus relatos.

Ainda, demonstrada a prática do crime de tráfico de drogas, tendo em vista a apreensão com o apelante de significativa quantidade e variedade de drogas, em local conhecido como ponto de venda, além de dinheiro.

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

A jurisprudência pátria tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao quadro probatório colacionado e não discrepe do produzido em sua essência.

Nesse sentido:

“Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade das testemunhas em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorre e desde que não tenham interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do Julgador” (JTJ LEX 176/314).

Com efeito, os policiais, funcionários públicos que são, gozam de fé pública e seus depoimentos devem ser aceitos como verdadeiros, máxime quando encontram eco nos demais elementos trazidos para o bojo do processo.

De resto, é de maciça jurisprudência, prolatada inclusive pelas Cortes Superiores:

“Habeas Corpus. Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Tese de fragilidade da prova para sustentar a acusação. Via imprópria. Necessidade de exame aprofundado do conjunto probatório. Depoimento de policiais. Validade probatória. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. Ordem denegada” (STJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Habeas Corpus 115516/SP, Julgado em 03/02/2009).

E ainda:

"Os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado" (STJ, Agravo AREsp 1997048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJE 21/02/2022).

"Inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais, especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal" (STF, Habeas Corpus 74438/SP, Relator Ministro Celso de Melo, Primeira Turma, DJE 14/03/2011).

Também, não é crível, repita-se, que os policiais fossem introduzir drogas para imputar responsabilidade a uma pessoa inocente, a quem não conheciam. Os policiais não teriam razão para andar com as drogas encontradas com o apelante para incriminá-lo, sendo que tudo foi levado para a Delegacia de Polícia.

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

A verdade é que o apelante foi preso em flagrante quando portava 104 porções de cocaína e outras 130 de crack, guardadas no bolso numa sacola, além da quantia em dinheiro (R\$ 390,00).

Os laudos de exames químicos toxicológicos acostados (fls. 87/89 e 90/92) revelaram que as substâncias apreendidas eram cocaína, disposta em 104 (cento e quatro) porções, com peso líquido de 15,89 gramas (quinze gramas e oitenta e nove centigramas), e crack, disposto em 130 (cento e trinta) porções, com peso líquido de 25,56 gramas (vinte e cinco gramas e cinquenta e seis centigramas).

Não há dúvida, portanto, de que os entorpecentes

apreendidos pertenciam ao acusado e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes.

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

Assim, em que pese os argumentos da combativa defesa, constata-se que a prova oral, somada à apreensão das drogas, durante a diligência, a teor do artigo 156, do Código de Processo Penal, além da forma de acondicionamento dos entorpecentes, que demonstraram que o acusado estava envolvido com o tráfico de drogas, inviabilizando, portanto, o argumento defensivo de absolvição por insuficiência probatória.

Evidente o dolo direto do agente, isto é, a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no tipo do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, sendo a versão do apelante frágil e inconsistente ante os elementos de prova, notadamente dos depoimentos dos policiais que foram uníssonos, firmes e claros.

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

Neste sentido:

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

Por outro lado, não há que se falar que a única prova

existente nos autos contra o apelante é a palavra dos policiais, pois ainda há, em desfavor deste, a apreensão das drogas e do valor apreendido.

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

A simples participação de menor de 18 anos em infração penal ligada ao crime de tráfico de drogas é suficiente à comprovação do crime.

A intenção do legislador ao prever a aludida causa de aumento é coibir não só a inserção do menor no ambiente criminoso, mas também a sua manutenção, mesmo que já tivesse praticado, em momento anterior, outro ato infracional.

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

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

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

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

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

Na primeira fase, considerando as circunstâncias do artigo 42, da Lei 11343/06, e do artigo 59, do Código Penal, diante da natureza da droga apreendida, com alto poder viciante, bem como a significativa quantidade de porções individuais, ainda que em quantidade total de massa líquida não pode ser

considerada elevada, conforme entendimento jurisprudencial dominante, deve a pena ser inicialmente fixada acima do mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Nesse sentido:

“Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes” (STJ, Habeas Corpus 187330/MG, Relator Ministro Gilson Dipp).

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

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

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência específica e a atenuante da menoridade relativa, a pena foi mantida como inicialmente fixada.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição, mas estava presente a majorante do artigo 40, inciso VI, da Lei Federal 11343/06, haja vista que a prática delitiva envolveu adolescente (fl. 11), a pena foi elevada em 1/6 (um sexto), concretizando-as em atingindo o montante de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Não estavam presentes os requisitos do parágrafo quarto, artigo 33, da Lei de Tóxicos, uma vez que o réu era reincidente específico.

Registre-se que a aplicação da minorante exige a existência cumulativa dos quatro requisitos presentes no dispositivo supramencionado, quais sejam: a) agente ser primário; b) possuir bons antecedentes; c) não se dedicar às atividades criminosas; e d) não integrar organização criminosa.

Conforme acima, o réu não preencheu todos esses requisitos.

Mantenho a fixação do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo vigente ao tempo do fato, tendo em conta a ausência de informações sobre a condição econômica do réu.

Quanto ao regime, assiste razão à acusação, requerendo um regime mais severo para o acusado, assim, fixo o regime fechado (artigo 33, § segundo, do Código Penal), considerando a quantidade da pena imposta e a reincidência específica, bem como que a natureza do delito praticado, que se equipara aos hediondos, com gravíssimas consequências sociais, merecendo resposta célere e eficaz por parte do judiciário.

Cabe invocar ensinamento do STF:

“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59” (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

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

Ademais, nunca é demais relembrar que, na aplicação da lei, aqui vista em sentido amplo, deve o juiz atentar-se para os fins sociais da norma e ainda para o bem comum.

Assim preconiza o artigo quinto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

No presente caso, o diagnóstico de periculosidade é

razoável e encontra eco nos autos para considerar o réu perigoso à ordem pública, havendo motivação suficiente e em sintonia com o caso concreto, e se justifica a fixação do regime fechado.

Por fim, a gravidade das circunstâncias em que envolvida a prática criminosa, além do quantum da pena aplicada, demonstram ser insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tornando assim ausentes os requisitos estatuídos no artigo 44, incisos I, II e III do Código Penal.

Neste sentido:

“O pleito de substituição da sanção corporal, de igual modo, não comporta acolhimento, não só em razão do quantum fixado, mas, sobretudo porque tal benesse não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, tampouco é socialmente recomendável, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal” (Apelação 0017664-42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, Relator Des. Juvenal Duarte, Julgado em 24.02.2011).

É da jurisprudência ainda:

“Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou” (Habeas Corpus 203.403/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em 21.06.2011).

Também não é cabível a suspensão condicional da pena, em virtude da quantidade de pena aplicada (artigo 77 do CP).

Consigno ainda que a decisão que não concedeu o direito de recorrerem em liberdade se mostrou adequada diante das circunstâncias do caso concreto e, ainda que de forma sucinta, foi devidamente fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* pelo culto Juiz, o que atende às disposições do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ademais, a referida prisão não afronta, de modo algum,

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

Neste sentido, já se pronunciou esta Corte de Justiça:

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

O Juízo bem fundamentou a ausência do direito do réu de recorrer em liberdade nos seguintes termos (fl. 170): *“Diante da reincidência específica, da significativa quantidade de porções individuais e da natureza especialmente nociva da droga apreendida, com alto poder viciante, além de mantida a prisão cautelar durante a tramitação do feito, notadamente ante a necessidade de resguardo da ordem pública e da saúde pública, uma vez que além da gravidade intrínseca do crime cometido, as circunstâncias de fato a confirmam, pois apesar de ter sido recentemente beneficiado com o tráfico privilegiado, o réu foi novamente surpreendido praticando infração de idêntica natureza, demonstrando envolvimento com criminalidade, nego o direito de recurso em liberdade.”*.

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

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

Processo Penal.

A jurisprudência é nesse sentido:

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

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

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

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

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

Portanto, não há que se falar em ofensa a qualquer dos princípios e normas constitucionais e federais aventados pela defesa, muito menos afronta à Constituição Federal ou às normas penais ou processuais penais.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que,

tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo, para manter a condenação do réu Giovani da Costa Santos, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei Federal 11343/06, à pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixados no mínimo legal, e **DOU PROVIMENTO** ao recurso da acusação para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, mantendo-se, no mais, a sentença.

TEIXEIRA DE FREITAS

RELATOR