



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000461255

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0011326-89.2015.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante [REDACTED] é apelado **MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO.**

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ FERNANDO VAGGIONE (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

AMARO THOMÉ

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Criminal nº 0011326-89.2015.8.26.0176

Apelante: [REDACTED]

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Embu das Artes

Voto nº 20.002

TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO – INVIÁVEL – DEMONSTRADA A FINALIDADE MERCANTIL – PENAS E REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO.

Cuida-se de apelação interposta por [REDACTED]

[REDACTED] contra a r. sentença de fls. 168/171 que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de **05 anos de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **500 dias-multa**, no valor unitário mínimo.

Inconformado, recorre o sentenciado (fls. 214/217), pleiteando a absolvição, alegando fragilidade do material probatório. Subsidiariamente, requer (i) a desclassificação para o crime de porte de droga para consumo pessoal; (ii) a incidência do artigo 387, §2º do Código de Processo Penal; (iii) o abrandamento do regime prisional para o semiaberto; (iv) o direito de recorrer em liberdade ou a concessão da “liberdade monitorada”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Recurso devidamente contrarrazoado (fls. 223/226).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 234/296).

É o relatório.

Ao que consta da denúncia (fls. 64/66), no dia 18 de novembro de 2015, às 09h30min, na Avenida Rudge Ramos, nº 20, Viela, Pirajussara, na cidade e Comarca de Embu das Artes, o réu trazia consigo e guardava, para entrega a consumo de terceiros, 32 porções de cocaína, 52 porções de crack e 50 porções de maconha, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade delitiva encontra-se evidenciada diante dos seguintes elementos probatórios: auto de prisão em flagrante (fls. 4/5), boletim de ocorrência (fls. 36/39), auto de exibição e apreensão (fls. 46/47), laudo de constatação provisória (fls. 44/45), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 90/92), bem como pela prova oral colhida em Juízo (gravação digital).

A autoria igualmente foi demonstrada nos autos, em especial pelo relato da agente policial responsável pela diligência, a qual atestou ter surpreendido o réu em ponto de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

traficância, quando ele assumiu o desempenho da mercancia espúria.

A r. sentença assim considerou a prova:

“(...) O réu, em seu interrogatório, disse que não estava traficando, mas estava trabalhando no local como “olheiro” para o tráfico, ou seja, avisava quando a polícia chegava; os policiais na verdade vieram prender umas moças que estavam envolvidas com o tráfico de drogas e também o levaram preso; não havia nenhuma droga com ele e não viu nenhuma droga que os policiais teriam encontrado. Não tem antecedentes; mora com a mãe e fazia bicos. Não conhecia os policiais. Usa drogas “pela emoção”.

A policial civil ouvida em juízo disse que o local já é conhecido ponto de venda de drogas; no mesmo dia foram cumpridos mandados de prisão visando à prisão de mulheres que estavam participando da venda de drogas. Ao chegar ao local ela e seu parceiro viram o acusado, o qual esboçou uma reação e resolveram abordá-lo; o réu de pronto informou que estava vendendo drogas no local e recebia a quantia de cinquenta reais por dia; perto de onde ele foi detido foi encontrado o restante das drogas em uma sacola debaixo de uma pedra. No momento da abordagem o réu estava sozinho. Não conhecia o réu anteriormente. (...)”.

Não se pode olvidar que o depoimento da agente policial merece inteira acolhida, pois não há nos autos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

elementos que indiquem qualquer motivo para incriminar gratuitamente o acusado. Narrou versão segura e esclarecedora quanto aos pontos fundamentais extraídos da fase investigativa, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos.

Não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade.

Inexiste razão para desprestigiar agente público quando comparece perante a Justiça a fim de prestar contas de suas atividades.

É dever do apelante, se tem versão exculpante, apontar-lhe todos os dados, de modo a convencer da ausência de responsabilidade. Contudo, nenhuma prova indica estivesse aquela agente envolvida em conspiração para prejudicar inocente e a jurisprudência reconhece a validade do testemunho policial como meio de prova.

O Col. Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento nesse sentido ao decidir que “(...) o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (HC nº. 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello) (*verbis*).

Registre-se que o crime de tráfico é classificado como de ação múltipla e, em consequência, é prescindível a visualização de atos de venda ou entrega de drogas, bastando que qualquer dos núcleos do tipo penal do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 estejam configurados, o que se verificou *in concreto*.

Sendo assim, mostra-se inviável a pretendida desclassificação para o crime previsto no artigo 28, *caput*, da Lei de Drogas, evidenciada a finalidade mercantil pela considerável quantidade de substâncias entorpecentes (mais de uma centena de porções), além da variedade (crack, cocaína e maconha) e apresentação delas, todas embaladas individualmente, prontas para comercialização no mercado proscrito.

Não se pode olvidar que a condição de usuário não é incompatível com a de traficante. Como é de notório conhecimento, não raro usuários passam a vender drogas com o fim de financiar a própria dependência.

Logo, está bem delineada a prática delitiva e,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

assim, é de rigor a manutenção da condenação.

Passo, pois, ao reexame da dosagem das penas.

Atento às circunstâncias judiciais, a pena-base foi fixada na primeira fase no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na **segunda e terceira fases**, ausentes atenuantes, agravantes, bem como causas de aumento e de diminuição, a reprimenda é tornada definitiva.

Corretamente negada a outorga do redutor, pois as circunstâncias evidenciam engajamento do apelante ao tráfico, pois ele próprio admitiu que recebia 50 reais por dia de trabalho naquele local, conhecido como ponto de venda de drogas, para auxiliar o indivíduo que o contratou, seja como olheiro, como alegou, mas não se pode descartar que atuava também como vendedor das porções encontradas sob sua direta responsabilidade, de três tipos distintos de drogas, maconha, cocaína e *crack*, circunstâncias expressamente impeditivas à outorga da benesse.

REGIME INICIAL

No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela diversidade, natureza e expressivo número de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

estupefacientes apreendidos, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS – 6ª T. – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 24.10.2013; HC 222994/SP – 6ª T. – rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE – j. 24.10.2013; HC 278530/SP – 5ª T. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 22.10.2013.

Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, §3º e 59, ambos do Cód. Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que ela provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.

Tais circunstâncias concretas são expressamente adotadas como razões de decidir pelo C. Superior Tribunal de Justiça para dar maior rigor ao tratamento penal dos crimes tipificados na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006, conforme se extrai dos termos do Informativo Jurisprudencial nº 541, de 11 de junho de 2.014:

“O porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito [na] Lei 11.343/2006 [...]. Nesse passo, não há como negar

que [a mercancia] de drogas [...] acaba estimulando [...] outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc [...]. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde [...]".

O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do cotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Penal Comentado, 10^a ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; Guilherme Madeira Dezem, Da Prova Penal, 1^a ed., Millennium, 2008, cap. IV, item, 12.2, págs. 272; STF, 2^a T., HC 70.344/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 149/521; STJ, 6^a T., HC 15.736/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209 (...)”.

Respeitosamente, a meu ver, resulta ilógico proceder-se ao esvaziamento deste rigor aos condenados por crimes de tráfico de drogas, sob pena de se eliminar o tratamento rígido que a Lei buscou propiciar a fim de concretizar a política criminal voltada a dirimir a traficância de entorpecentes, que, a propósito, envolve sempre outras práticas delitivas execráveis que tanto devastam o país.

Assim se procede em reconhecimento ao compromisso constitucionalmente assumido e internacionalmente declarado pela República Federativa do Brasil no combate à prática do tráfico ilícito de entorpecentes, ao qual se destina tratamento penal especialmente rigoroso.

É o que se deduz da interpretação axiológica e teleológica dos art. 1^o, parágrafo único; art. 5^o, incisos XLIII e LI; 144, inciso II e 243, parágrafo único, todos da Constituição



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Federal; e do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1.991 (que promulgou a Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988).

DA PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE

De todo modo, nos termos do entendimento pacificado junto ao C. Superior Tribunal de Justiça apenas nas hipóteses em que “o réu respondeu o processo em liberdade e, não tendo sido demonstrada a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, tem o direito de assim permanecer até o trânsito em julgado da condenação” (HC 155837/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010).

Em situação diversa, em que estão presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, e como é a hipótese em comento, não há que se cogitar a revogação da prisão, para que se aguarde em liberdade o julgamento de recurso interposto contra sentença condenatória.

Com efeito, após tramitação processual, com observância do contraditório e da ampla defesa, houve a constatação que, de fato, a autoria do crime cuja materialidade restou cabalmente demonstrada recai sobre o réu, sendo-lhe



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

imposta reprimenda proporcional ao grave que praticou.

Neste momento processual, em que reconhecido pelo Poder Judiciário a prática de crime grave, acresce-se à necessidade de se garantir a ordem pública a tutela da persecução penal, sendo ambos os fundamentos idôneos, *de per si*, a justificar a custódia processual.

Ademais, “a orientação pacificada [na] Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a preventiva” (RHC 53.828/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 24/04/2015).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

AMARO THOMÉ
Relator