



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Criminal

Nº de ordem do processo na sessão de julgamento Não informado

Registro: 2019.0000441236

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001109-84.2018.8.26.0530, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante [REDACTED] é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso apenas para afastar a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei de Drogas, redimensionando a reprimenda para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença condenatória. Com determinação. 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 AMARO THOMÉ.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

Costabile e Solimene
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Criminal

Apelação n. 0001109-84.2018.8.26.0530

Apelante: [REDACTED]

Apelado: Ministério Público do Est. de S. Paulo

Comarca: Ribeirão Preto – 3ª Vara Criminal

Voto n. 43.230

EMENTA: Tráfico de drogas. Apreensão de 84 invólucros contendo cocaína, 28 porções de maconha e fragmentos de haxixe, pesando, respectivamente, as massas líquidas de 40,824g, 43,100g e 2,810g. Sentença procedente à acusação. Recurso da defesa. Pedido de absolvição por insuficiência de provas. Inocorrência. Acervo probatório que revela envolvimento do sentenciado com a traficância. Insurgência quanto à dosimetria. Inaplicável a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Regência. Ausência de comprovação de que os locais tenham objetivamente sido alvo dos mercados proscritos. Regime fechado adequadamente imposto. Dá-se parcial provimento ao recurso.

Cuida-se de recurso de apelação (fls. 190/194)
interposto contra a r. sentença (fls. 163/168) em que,

através dela, julgou-se procedente a ação penal para impor a [REDACTED] a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 dias-multa, no patamar unitário mínimo legal, por conta de violar o disposto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2016.

Pugna pela absolvição, acenando com a fragilidade probatória. Subsidiariamente, requer: (i) a redução da reprimenda ao mínimo legal; (ii) o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei de Drogas; e, (iii) o abrandamento do regime prisional para o programa semiaberto.

Nos autos, além das contrarrazões, encontramos o r. parecer da Proc. Geral de Justiça, pelo

desprovimento (fls. 215/221).

O feito em tela diz respeito a 84 invólucros contendo cocaína, 28 porções de maconha e fragmentos de haxixe, pesando, respectivamente, as massas líquidas de 40,824g, 43,100g e 2,810g (fls. 11/12, 18 e 45).

É O RELATÓRIO

Dou parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei de Drogas, redimensionando a reprimenda, cf. adiante justifico.



A denúncia descreve episódio em que, no dia 15 de junho de 2018, por volta das 11h, na Rua Paranaguá, nº 1.542, na cidade e comarca de Ribeirão Preto, o acusado guardava e tinha em depósito, para o fim de posterior entrega ao consumo de terceiros, 59g da substância *Cannabis sativa L*, sob a forma de fragmentos vegetais compactados e de substância resinosa enegrecida, bem como 156g de cocaína, acondicionados em oitenta e quatro microtubos plásticos, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinações legais e regulamentares (fls. 86/87).

A materialidade delitiva remanesceu incontroversa nos autos e devidamente comprovada a autoria da infração penal na origem, não se constatando qualquer

incoerência na prova acusatória.

Não passou despercebido que foram apreendidos 84 invólucros contendo cocaína, 28 porções de maconha e fragmentos de haxixe, pesando, respectivamente, as massas líquidas de 40,824g, 43,100g e 2,810g.

E conforme decisão publicada na RT 546/327 para fazer um fininho ou bagana de maconha são necessários 0,33g da referida droga, de modo que no caso *sub judice* teríamos cerca de 130 porções individuais deste estupefaciente.

Realce-se que, consoante a literatura médica e a jurisprudência, a dose letal aos usuários de cocaína corresponde a 0,02g do tóxico; portanto, a quantidade



da substância apreendida (40,824g) representa, pelo menos, 2.041 porções “insuportáveis”, ensejando quadro de overdose (Delton Croce e Delton Croce Júnior, “Manual de Medicina Legal”, 5ª edição, Editora Saraiva, 2.004, nº. 14.2.11.3, pg. 636; Guilherme Oswaldo Arbenz, “Medicina Legal e Antropologia Forense”, 1ª edição, 1.988, nº. 42, pg. 539; STJ, HC 235.257/DF, DJe 26-3-2013; TJESP, Apelação Criminal nº. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO), detalhe apto a reforçar o vil comércio.

Deste modo, não se há cogitar que a quantidade de estupefacientes seria diminuta para configurar a traficância.

Observo que os depoimentos dos agentes públicos,



encarregados da diligência, são firmes e congruentes entre si, ambos imputando a autoria do crime ao increpado.

Os policiais militares Ítalo e Juliangelo confirmaram o encontro das substâncias entorpecentes no local onde o increpado foi visto escondendo-as, ocasião em que o réu foi abordado e confessou a prática da narcotraficância. Ademais, alegaram que o sentenciado era conhecido como gerente daquele ponto de tráfico (fls. 3/5 e mídia eletrônica anexa).

Não há nenhuma circunstância que autoriza suscitar, sequer, dúvidas quanto ao aproveitamento da prova testemunhal e os depoimentos policiais são válidos 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 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*).



É dever do apelante, se tem versão exculpante, apontar-lhe todos os dados, de modo a convencer da ausência de responsabilidade, ônus que lhe compete a teor do que dispõe o art. 156 do Cód. de Processo Penal, contudo, não se desincumbiu de tal mister.

Na Delegacia, o acusado negou a imputação, alegando que os policiais encontraram as substâncias entorpecentes nas proximidades e falsamente o teriam incriminado (fls. 6/7).

Em Juízo, sob o pálio do contraditório, o apelante confessou a prática do tráfico, alegando que as porções de maconha e haxixe eram de sua propriedade e se destinavam à venda (mídia digital).

Observe-se que o apelante, repito, admitiu o fato.



Inegável o valor de seu pronunciamento por presumir-se livre dos vícios de inteligência e vontade, tendo, então, um valor absoluto, servindo como base de decidir ainda que fosse o único elemento incriminador. Demais disso, somente perderia sua força se desmentido pelas provas restantes (cf. Adalberto José de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, 1994, pág. 99). E assim também é a jurisprudência majoritária (RTJ, 91/413; RT, 625/338 e 744/573; RJDTACrim, 3/155, 4/134, 11/140, 12/112, 15/47, 30/263, 44/79 e 46/254).

Realmente, interpretando a norma do art. 197 do Cód. de Processo Penal, o Col. Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que “As confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com



que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova, inclusive circunstanciais” (STF, 2ª T., Rec. Crim. 1.312/RJ, rel. Min. Cordeiro Guerra, *in* RTJ, 88/371).

No entanto, cf. já destacado, mencionada confissão foi corroborada pelos depoimentos dos policiais militares.

Com efeito, as palavras dos agentes públicos (testemunhas não contraditadas e arroladas em comum, cf. fl. 133), a diversidade e quantidade de estupefacientes apreendidos, bem como a natureza letal de dois deles, o modo como estavam acondicionados, as condições em que se desenvolveu a ação delituosa e o local em que ocorreu a prisão são suficientes para



demonstrar que seriam destinados ao consumo de terceiros.

O delito de tráfico de substâncias entorpecentes, inscrito no art. 33, *caput* da Lei 11.343/06, consiste em tipo misto de conteúdo variado ou ação múltipla, consuma-se, pois, com a prática de qualquer uma das condutas identificadas no núcleo do tipo, e, na hipótese, o crime foi deflagrado ao menos pelos verbos “guardar” e “ter em depósito” (*verbis*).

É certo que a conduta inserida nos verbos contidos no dispositivo legal em referência exige dolo, que é sempre genérico (cf. Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi, Lei de Drogas Anotada, 1ª ed., Saraiva, 2007, art. 33, nº 4, pág. 81; RTJ, 149/521; RT, 727/478,



747/642, 750/590, 789/536, 793/576, 793/727, 807/597, 810/578 e 831/614).

Daí ser dispensável para o caso a prova efetiva e direta de qualquer ação de comércio clandestino de droga, bastando a prova do conjunto de indícios e presunções (circunstâncias ligadas ao fato probando) envolvendo o acusado.

Com efeito, é possível o acolhimento da pretensão punitiva a partir de prova que, ainda que não conducente à certeza plena, afaste a presença de dúvida razoável.

Falamos da prevalência das provas indiciárias.



Ou seja, se a prova produzida nos autos nos fornece única dedução lógica no sentido de que o crime foi praticado pela pessoa denunciada, esta é suficiente para sustentar a condenação.

A este respeito assim tem se pronunciado o E. Superior Tribunal de Justiça, confira-se no AgRg no Ag 1206993/RS, de rel. do Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 05.03.2013.

Então, o acervo probatório concorre em desfavor do apelante e autoriza a manutenção do r. decreto condenatório.



Superadas as questões atinentes à autoria e materialidade, remanesce o exame da fixação da pena.

E, neste ponto, há pequeno reparo a ser realizado.

-2.1-

O MM. Juiz sentenciante fixou a pena-base do acusado no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais ao réu.

-2.2-

Na segunda etapa, é de ser mantido o reconhecimento da comprovada reincidência (proc.



0013361-36.2014, cf. cert. fls. 135/136), bem como a compensação da circunstância agravante com a atenuante da confissão espontânea.

-2.3-

E, na derradeira fase, agiu com acerto o d. Magistrado *a quo* ao afastar o redutor previsto no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06, uma vez não preenchido o pressuposto legal da primariedade.

Ora, se não é primário ele não cumpriu os requisitos para merecimento do redutor (leia-se o teor do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006, *verbis*, “*desde que o agente seja primário, de bons antecedentes*”).



A referida causa de diminuição de pena está vinculada à adequação dos requisitos definidos no mencionado dispositivo e não há de ser aplicada quando constatada a hipótese de reincidência (STF – HC 110438/MS – 2ª T. – rel. Min. Cármen Lúcia – j. 25.9.2012).

No entanto, a causa de aumento do art. 40, III do mesmo dispositivo legal comporta afastamento.

É que a prova oral apenas revela que o estupefaciente estava guardado nas proximidades de duas escolas.

No entanto, ainda que a lei reprima com maior rigor essa circunstância, só a existência dos



estabelecimentos de ensino não basta para majorar a reprimenda, sendo também necessário que tenham objetivamente sido alvo dos mercadores proscritos.

Nesse ponto o aditamento à exordial foi genérico (cf. fl. 155). Tão apenas identificou aqueles locais como próximos. Na dúvida de ter-se, o acusado, favorecido daquela localidade para o cometimento da traficância, preferível afastar esta parte da increpação.

Sabemos da jurisprudência do e. STJ, todavia, com relação ao art. 40, III da lei de regência, o col. Supremo Tribunal Federal, com relação à última figura (transportes públicos), o que se pode estender às demais, foi firme no sentido de que “(...) o



objetivo do legislador foi o de punir com maior rigor a comercialização de drogas em determinados locais, escolas, hospitais, teatros e unidades de tratamento de dependentes, entre outros. Pela inserção da expressão 'transporte público' nesse mesmo dispositivo, entendo que a referência há de ser interpretada na mesma perspectiva, vale dizer, no sentido de que a 'venda' da droga nas dependências do transporte público deve ser apenada com mais rigor (...). Trata-se de interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal. (...). Concluo que a aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 exige, no tocante ao 'transporte público', a comercialização da droga no próprio transporte público, de todo insuficiente a mera utilização do veículo para a sua carga” (HC 109.538, Min. Rosa Weber rel.; HC 122.701, Min. Rosa Weber



rel.).

A orientação não é isolada. Na mesma Corte Suprema, o Min. Ricardo Lewandowski adotou o mesmo entendimento e o declinou para todas as figuras do inciso, *verbis*: “(...) A causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 somente tem aplicação nas hipóteses em que se verifica a comercialização das drogas nos locais referidos no preceito” (HC 115.815/PR).

Nessa linha, o magistério de Guilherme de Souza Nucci, no sentido de a causa de aumento de pena se justificar "quando for maior aglomeração de pessoas, e mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas,



Guilherme de Souza Nucci, 5ª ed. rev. atual. e ampl. —
São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

A *ratio essendi* da majoração da pena tem como escopo punir com maior rigor o agente na prática do tráfico de drogas em locais cuja aglomeração facilite a distribuição da substância entorpecente.

Com efeito, a prova deveria trazer mais certeza quanto ao posicionamento estratégico do traficante nas rotas apontadas, com o escopo de aproveitar-se disso, dessa circunstância, em busca de maior lucro e, em contrapartida, a causar mais dano a número mais expressivo desses alvos.

Assim, afastada a causa de aumento, redimensiono a



reprimenda para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

-3-

No que tange ao regime penitenciário, a obrigatoriedade do programa inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Col. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, no Pleno, rel. Min. Dias Toffoli.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei (STJ – HC



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Criminal

272.152/SP — rel. Min. Marilza Maynard — 6ª Turma — J.
10.12.2013).

A fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica, no caso em comento, pela variedade de substâncias entorpecentes apreendidas e pela natureza de duas delas, bem como pela reincidência verificada na cert. de fls. 135/136, de sorte que é impossível a imposição do regime semiaberto na hipótese por interpretação conjunta dos arts. 33, §2º, alínea "b" e 59 do Cód. Penal.

Nesse sentido, confira-se orientação do E. Superior Tribunal de Justiça: HC 272593/MS — 6ª T. — rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura — j. 8.10.2013;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Criminal

HC 228684/SP — 5ª T. — rel. Min. Laurita Vaz — j.
27.8.2013.

Deste modo, não se há modificar o regime prisional eleito para o início do cumprimento da pena.

Ante o exposto, nos termos do voto, dou parcial provimento ao recurso apenas para afastar a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei de Drogas, redimensionando a reprimenda para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença condenatória.

Hipótese de se ver iniciada a execução do presente aresto, aguardando-se, primeiro, o decurso de prazo para embargos de declaração tirados, se o caso, em



eventuais embargos infringentes, ou então, na falta destes, após o termo final do prazo para os declaratórios, claro que sempre em consonância com jurisprudência.

Primeiramente observo, a respeito dos fatos em discussão dentro dos presentes autos, que sobre eles não há mais se tratar, seja em sede de recurso especial ou mesmo de recurso extraordinário. Vide o disposto na súmula 279 do col. STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Ou então por conta do verbete 7, este do e. STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

O col. STF, em 2.12.2016, no HC 137.520AgR/SC,



rel. o Min. Dias Toffoli, aduziu ser absolutamente possível a execução provisória logo após a confirmação da condenação em 2º grau. Confira-se:

“(...) A decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, ao julgar a apelação criminal, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do agravante para o início do cumprimento provisório de sua pena, não caracteriza *reformatio in pejus* nem afronta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do HC nº 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. o Min. Teori Zavascki, entendeu que 'a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio

constitucional da presunção de inocência' (DJe de 17/5/16). 2. Esse entendimento, aliás, manteve-se inalterado na Corte, que, em 5/10/16, indeferiu as medidas cautelares formuladas na ADC nº 43 e na ADC nº 44, nas quais se pleiteava, sob a premissa da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido no HC nº 126.292/SP” (*verbis*).

Orientação de mesmo jaez acha-se no ARE n. 964.246, novamente rel. o e. Min. Teori Zavascki, sob a sistemática da repercussão geral:

“(...) cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao



Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - o meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias (...).”.

Aquele posicionamento é repetido ainda em voto do



Min. Edson Fachin, por ocasião do julgamento do HC 137.340 AgR/SC, 2ª Turma, DJe 1.8.2017:

“(...) jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da possibilidade de execução provisória de condenação criminal confirmada em segundo grau, sem que isso comprometa o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Nesse sentido, o decidido no HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016; na Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44; e, sob a ótica da repercussão geral, a reafirmação de jurisprudência no ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.11.2016 (Tema 925)”.

Aliás, o direito pretoriano acha-se em consonância



com a lei e as composições precedentes da Corte Suprema já predicavam o mesmo.

Noutras palavras, a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória com imposição de restrição de liberdade sempre foi a orientação que prevalecia na jurisprudência da e. Suprema Corte, mesmo já sob a égide da Constituição da República de 1988, a exemplo do julgamento do HC 68.726/DF, em 28/06/1991, de relatoria do então Ministro Néri da Silveira, ou do julgamento do HC 68.841/SP, rel. o Ministro Moreira Alves, quando se decidiu que a presunção de inocência não impediria a prisão decorrente de apelação que teria confirmado a sentença penal condenatória.

O assunto, sabidamente atual, especialmente por

conta de personalidades nacionais não interessadas nas suas próprias convocações pelo Estado-judicial, continua crepitando e acha-se em plena baila desde o dia 6.3.2018, por ocasião do julgamento do HC 434.766/PR, rel. o Min. Felix Fischer, *in verbis*:

“(...) a execução provisória da pena passa a ser um consectário lógico do julgamento condenatório proferido pelo segundo grau de jurisdição. Não há que se falar, portanto, na esteira da firme jurisprudência dos Tribunais Superiores, em ofensa ao princípio da presunção de inocência, à coisa julgada, e tampouco em *reformatio in pejus*, quando tão logo exaurida a instância ordinária” (...) a peculiaridade da situação é que ditará a possibilidade de suspensão dos efeitos do julgado, sem afastar do julgador, dentro de seu

inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena (...) Frente a tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer ilegalidade na determinação de que o paciente inicie o cumprimento provisório da pena, após o esgotamento dos recursos em segundo grau (no caso, os Embargos de Declaração)”.

O que se denota é que, em diversas oportunidades, antes e depois dos precedentes já mencionados, as Turmas do col. Supremo Tribunal Federal afirmavam e reafirmavam que o princípio da presunção de inocência não inibiria a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Criminal

extraordinário, nos quais, insisto, não mais se tratará de fato: confira-se no HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007 (STF - ARE 964.246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, processo eletrônico repercussão geral, fls. 06).

Des. COSTABILE E SOLIMENE, relator