



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2018.0000401895**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000363-13.2017.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante [REDACTED] é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, deram parcial provimento ao recurso, para fixar a pena-base no mínimo estabelecido em lei, resultando a reprimenda final de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, restando mantida no mais a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente sem voto), JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA E MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA.

São Paulo, 24 de maio de 2018

**MACHADO DE ANDRADE**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**APELAÇÃO CRIMINAL nº 0000363-13.2017.8.26.0318**

**COMARCA: LEME – VARA CRIMINAL**

**APELANTE(s):** [REDACTED]

**APELADO(s): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**VOTO nº 40.571**

*Apelação Criminal – Tráfico Ilícito de Entorpecentes.*

*PRELIMINAR - Recorrer em liberdade – Presença dos requisitos justificadores da custódia cautelar – Impossibilidade – Preliminar rejeitada.*

*MÉRITO - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova – Confissão extrajudicial do réu – Retratação em Juízo – Retratação, desacompanhada de elementos que a corroborem, não desfaz os efeitos da confissão extrajudicial, se harmônica e coincidente com os outros elementos probatórios - Depoimentos de policiais militares – Validade – Inexistência de motivos para incriminarem o réu injustamente - Restou demonstrado pela quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas, bem como pela forma como ocorreu a prisão, que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros.*

*PENAS – Redução da pena-base ao mínimo legal – Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal.*

*Preliminar rejeitada, recurso parcialmente provido.*

Ao relatório da r. sentença de fls. 143/150, acrescenta-se que a ação penal foi julgada procedente para condenar o réu [REDACTED] [REDACTED] à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Inconformado recorre o réu, pleiteando, preliminarmente, que possa recorrer em liberdade. No mérito, pretende a absolvição por insuficiência de provas ou atipicidade da conduta. Subsidiariamente requer a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas ou a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação do benefício previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 no percentual máximo e a redução da pena de multa. Pugna, ainda, pela fixação do regime prisional mais brando, observando o disposto no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 167/192).

Apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 196/201) nesta instância, a Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (209/220).

É o relatório.

Inicialmente, não há como conceder o direito de recorrer em liberdade ao réu, eis que plenamente fundamentada a manutenção da prisão cautelar, por ocasião da prolação da sentença condenatória.

Além disso, o réu permaneceu preso durante toda a instrução do processo, situação que, como reiteradamente entendido, não recomenda a soltura almejada para que aguarde em liberdade o desfecho do feito, agora que já está condenado.

Isto posto, rejeita-se a preliminar.

No mérito, o recurso comporta parcial provimento.

Com efeito, consta da denúncia que, no dia 22 de janeiro de 2017, por volta de 17h30min, na confluência da rua Luís Guadanini com a rua João Fogo, na cidade e comarca de Leme, [REDACTED]



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, 30 papéletes de maconha, 35 pedras de crack e 24 flaconetes de cocaína, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade delitiva está comprovada pelos autos de exibição e apreensão (fls. 47/48), pelo laudo de constatação prévia (fls. 54/56) e pelo laudo de exame químico toxicológico (fls. 84/88).

A autoria é certa.

O réu, na fase inquisitiva, confessou a prática do delito (fls. 42/43).

Em Juízo, admitiu a propriedade da maconha e do crack apreendidos, aduzindo que seriam para uso pessoal. Negou a prática da traficância. Declarou desconhecer os policiais encarregados de sua prisão (mídia em apartado).

No entanto, sua confissão extrajudicial veio corroborada pela prova colhida.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal 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”** (RTJ 88/371).

Há de se considerar que a confissão extrajudicial e a respectiva retração, em Juízo, é expediente usual. Para que a retratação possa surtir efeitos é necessária a existência de qualquer tipo de prova a confirmá-la. No caso em exame, as provas dão conta da veracidade da confissão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

extrajudicial, que deverá prevalecer.

No entender de MAGALHÃES NORONHA, **“a retratação tem efeitos relativos. Ela não prevalece sempre contra a confissão, pois o juiz formará sua convicção através do conjunto de provas. A regra do procedimento penal, entre nós, é o acusado confessar o delito na Polícia e retratar-se no interrogatório judicial, alegando sempre ter sido vítima de violência daquela. Entretanto, essa retratação, desacompanhada de elementos que a corroborem, não desfará os efeitos da confissão extrajudicial, se harmônica e coincidente com os outros elementos probatórios”** (Curso de Direito Penal, pág. 110).

Assim, a prova colhida se coaduna a confissão extrajudicial do apelante.

Os policiais militares Moacir Aparecido Fernandes e José Odair de Paula declararam ter visualizado o réu, em local muito conhecido como ponto de venda de drogas, quando foi avistado entregando algo a outrem, numa motocicleta. Tal indivíduo evadiu-se do local e, em abordagem ao acusado, que resistiu, sendo necessário o uso de força moderada, foi encontrada certa quantia em dinheiro, além de parte das drogas descritas na inicial. O apelante apontou um terreno baldio, onde havia uma garrafa plástica contendo pinos de cocaína, idênticos àqueles apreendidos em seu poder. Na residência do réu, em um pote de mantimentos, havia crack e maconha devidamente embaladas para venda a terceiros. O acusado é conhecido de abordagens anteriores. Naquela oportunidade, o apelante confessou a traficância, cuja prática ocorria há cerca de dois meses (mídia em apartado).

Conforme se verifica, os depoimentos dos policiais militares não podem ser desconsiderados, pois não se vislumbra qualquer motivo para que quisessem, injustamente, incriminar o réu.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Nem se alegue que os depoimentos de servidores públicos sejam suspeitos, para embasar um decreto condenatório, pois, isto somente ocorreria no caso de o acusado provar que os mesmos inventaram toda a história, com a intenção de prejudicá-lo. No caso destes autos este fato não ocorreu. Aliás, o próprio réu disse que desconhecia os milicianos. Ademais, suas palavras foram colhidas sob o compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho.

Há muito tempo a jurisprudência já pôs um fim nessa questão ao decidir que:

***“o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a 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 esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstra – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos”*** (STF – 1ª Turma – HC 74.608-0/SP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU de 11.04.97, pág. 12.189).

Assim sendo, à luz do acima expendido, pela quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas, a forma como estavam acondicionadas, o local em que ocorreram os fatos, bem como a forma como ocorreu a prisão em flagrante, tudo demonstra que as drogas apreendidas pertenciam ao réu e se destinavam ao fornecimento para o consumo de terceiros.

Logo, ainda que os réu alegue ser usuário, tal fato em nada



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

interfere na caracterização do delito em comento, não sendo cabível a desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, pois como é cediço muitos usuários praticam o tráfico para sustentar o próprio vício. Ademais, a quantidade de drogas apreendidas em poder do apelante em muito se afasta daquela comumente encontrada com meros usuários.

Finalmente, é importante lembrar que o usuário de drogas sempre procura esconder seu vício, utilizando-se do entorpecente em lugares escondidos e não em via pública. Assim, somente o traficante é que porta substância entorpecente em ruas, vielas e avenidas à espera dos viciados para comercializá-los.

Observo que o crime de tráfico ilícito de drogas é infração que se integra de várias fases sucessivas, articuladas uma na outra desde a sua produção até a sua entrega a consumo, ainda que de forma gratuita.

O artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 é um tipo misto alternativo, razão pela qual a prática de qualquer uma das condutas nele descritas configura o crime de tráfico ilícito de entorpecente. Desta feita, trazer consigo entorpecentes e mantê-los em depósito, para distribuição ao consumo de terceiras pessoas, por si só, configura o tipo penal.

Assim sendo, provadas a autoria e a materialidade, a condenação do apelante era mesmo de rigor.

As penas comportam reparo, tão-somente para reduzir a pena-base ao mínimo legal.

A pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo legal em 5 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa, no valor



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

unitário mínimo, tendo em vista a quantidade e a natureza de parte das drogas apreendidas.

Assiste razão à defesa em pleitear a redução da pena ao mínimo legal, razão pela qual estabeleço a pena em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, para cada um dos réus.

Isto porque, a quantidade de drogas apreendidas, servirá de fundamento para a não aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não podendo majorar a reprimenda nesta fase, o que acarretaria *bis in idem*.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

O réu não faz jus ao benefício previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 e não procede o pedido defensivo de aplicação do redutor, tendo em vista a expressiva quantidade e natureza das drogas apreendidas, dentre elas, cocaína e crack, de alto potencial lesivo. Ademais, o réu não comprovou o exercício de atividade lícita, a denotar que vinha se dedicando ao tráfico de modo permanente.

Nesse sentido:

***“Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas” (STF, RHC 94.806/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJE 16/04/2010).***

***“É justificável a não aplicação da causa de diminuição***



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

***da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 quando há apreensão de grande quantidade de droga” (STJ HC 185.319).***

Importante ressaltar que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não é direito subjetivo do acusado. O legislador, ao adotar a expressão “poderão”, quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra “deverão”, oriunda do verbo “dever”, que significa obrigação, necessidade, etc.

Assim, como o texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que *“as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”*, não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz.

Desta feita, agiu com acerto o magistrado singular.

Foi fixado o regime inicial fechado, com fulcro no art. 33, § 3º, do Código Penal, o qual deve ser mantido.

Com efeito, o Código Penal dispõe:

*“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

(...)



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (g/n).*"

Como se vê, o legislador penal permite, independentemente da quantidade da pena privativa de liberdade, aplicada ao réu, que o Juiz analisando os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e as consequências do crime, aplique regime superior ao constante do art. 33, § 2º, alínea "b", ou seja, mesmo que a pena, como na espécie sob exame, seja inferior a 08 anos, seja aplicado o regime fechado.

Aliás, a própria Lei de Drogas reza:

*"Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (g/n)."*

Como se vê, pelo dispositivo legal acima transcrito, o legislador determina que, para a fixação da reprimenda, o juiz leve em consideração, além da quantidade do entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim sendo, na espécie ora em exame, além da quantidade de entorpecentes apreendidos, tem que se considerar a personalidade distorcida do apelante que, nem sequer se preocupava com o mal que iria causar aos seus semelhantes, vendendo cocaína e crack.

Esse desgraçado vício da cocaína chegou em nosso país e, principalmente, nessa cidade de São Paulo, onde todo mundo sabe que existem logradouros públicos, que foram praticamente tomados por viciados.

É bom lembrar que o usuário de cocaína quando não tem



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

dinheiro para adquirir a cocaína pura, que é em forma de pó, passa a se utilizar de uma forma inventada nos Estados Unidos, mais, precisamente na cidade de Nova York, no início dos anos 1970, denominada crack, aliás muito mais potente no sentido de fazer com que apenas com uma aspiração da fumaça tóxica (coloca-se a pedra em um pequeno cachimbo, conhecido como “marica”, geralmente de vidro, esquentando-se embaixo com uma chama de isqueiro ou fósforo, e a pessoa suga a fumaça que desprende da pedra de “crack”) já se torna dependente desta desgraça que foi inventada por indivíduos alheios a qualquer sentimento de piedade e que tinham somente interesse em ganhar dinheiro.

Ora, uma pessoa que transforma seu semelhante num morto vivo, ou seja, um verdadeiro zumbi, como os que se vê na mídia, principalmente televisiva, indivíduos convivendo juntos na maior sujeira e promiscuidade, sendo que os locais onde essas pobres almas habitam, tem que ser constantemente lavado, com jatos de água e detergentes, pela Prefeitura Municipal, a fim de remover o fedor que exala do chão devido às secreções e excrementos que essas pessoas deixam naqueles locais.

Tudo o que disse acima, e que é do conhecimento de todos, acontece por apenas uma razão, devido à ação de pessoas destituídas de qualquer sentimento de amor ao próximo, como é o caso do traficante e, nesses autos, do acusado.

Com relação à conduta social do recorrente, não há qualquer dúvida que, com sua atividade de traficante, ele causou um mal irreparável à sociedade, uma vez que muitos adolescentes, provavelmente, foram por ele jogados no inferno de uma vida de usuário de drogas.

O direito, como é cediço, é uma ciência mutável, ou seja, ele tem que acompanhar a evolução humana, e se adaptar às suas necessidades que mudam a cada época do desenvolvimento da sociedade.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Assim sendo, como uma das finalidades da pena é intimidar um possível criminoso, é mais do que óbvio que um crime como o tráfico de drogas, que, sem falar nos males causados à pessoa humana, abre as portas para inúmeros outros delitos, como furtos, roubos, homicídios, prostituição etc.; não pode receber um tratamento menos gravoso do que um delito de menor potencial ofensivo.

Assim, ante o terrível mal que o réu causava à sociedade antes de ser preso não há outro regime, senão o inicial fechado, como forma de contraprestação do Estado à sua conduta.

Fixar-se um regime mais benéfico do que o inicial fechado, seria conceder-se uma benesse ao réu, a qual ele não é merecedor.

Em que pese o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, verifico que, a detração a ser realizada ante o tempo de prisão cautelar cumprido, a meu ver, não autorizaria, por si só, a imposição de regime prisional mais brando.

Ora, nestes autos do processo de conhecimento não há elementos suficientes para se aferir se o réu preenche os requisitos de ordem subjetiva para a progressão de regime prisional, o que cabe ao Juízo das Execuções.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o *quantum* da pena aplicada.

No mais, não é o caso de exclusão ou diminuição da pena de multa estabelecida, visto que ela decorre de previsão legal, no preceito secundário do tipo penal do art. 33, da Lei nº 11.343/06, tendo seguido os mesmos parâmetros da pena privativa de liberdade.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao recurso, para fixar a pena-base no mínimo estabelecido em lei, resultando a reprimenda final de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, restando mantida no mais a r. sentença recorrida.

Des. Antonio Carlos **Machado de Andrade**

Relator