



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000471816

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002237-70.2017.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que são apelantes [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar, deram provimento aos recursos, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente sem voto), RICARDO SALE JÚNIOR E CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

Poças Leitão
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 38.105

APELAÇÃO Nº 0002237-70.2017 – Assis

APELANTES: [REDACTED]

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

Pela r. sentença de fls. 301/307, cujo relatório se adota, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis, por infrações aos artigos 33, “caput”, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, [REDACTED] e [REDACTED], foram condenados, individualmente, às penas de nove (09) anos e três (03) meses de reclusão, no regime prisional inicial fechado, e um mil, quatrocentos e vinte e cinco (1.425) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformados, recorreram os réus. [REDACTED] argui, preliminarmente, a nulidade do processo sob o argumento de cerceamento de defesa devido a não instauração de incidente de verificação de dependência toxicológica. No mérito, os acusados buscam, em comum, a absolvição por falta de provas. Subsidiariamente, pretendem a desclassificação dos fatos para a figura do artigo 28 da Lei de Drogas ou, ainda, a redução das penas impostas e a fixação do regime inicial diverso do fechado e que a pena privativa de liberdade seja convertida em restritiva de direitos

(fls. 329/341 e 372/409).

As contrarrazões foram apresentadas.

O ilustre Dr. Promotor de Justiça designado em Segunda Instância, em seu Parecer de fls. 436/444, opinou pelo improvimento dos apelos.

É O RELATÓRIO.

Os apelos comportam parcial provimento, pese embora a sempre respeitável posição do nobre representante do “Parquet” de Segunda Instância, consoante a seguir se verá.

Preliminar:

Por primeiro, não há de se falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa, vez que a instauração de incidente de dependência toxicológica não era mesmo necessária.

O apelante [REDACTED], muito embora tenha afirmado ser dependente químico, não fez qualquer menção de que tal circunstância prejudicava sua capacidade de entender o caráter ilícito da conduta que praticava ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Expressou-se, de forma clara, por ocasião de seu interrogatório em Juízo, tudo a significar que tinha plena consciência do que estava acontecendo e da acusação que lhe era

imputada.

Com efeito, o réu, durante o processo, não demonstrou sinais de perturbação decorrente de eventual dependência química, de molde a justificar o alegado exame.

Ademais, em matéria probatória, vige o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o julgador é livre na apreciação do acervo probante, cabendo-lhe, no entanto, fundamentar suas decisões sob pena de nulidade. Como desdobramento desse princípio surge a faculdade de o juiz indeferir os requerimentos inúteis ou meramente protelatórios, visando a alcançar a verdade real.

Sendo assim, não se vislumbra o alegado cerceamento de defesa.

Rejeita-se, portanto, a matéria preliminar.

Quanto ao mais, a r. sentença recorrida ao condenar os réus por tráfico de drogas bem analisou todo o conjunto probatório produzido que, realmente, os compromete.

Materialidade do fato:

A materialidade do fato restou bem comprovada pelos autos de prisão em flagrante, de exibição e apreensão, boletim de

ocorrência, bem como pelos laudos de constatação e de exame químico-toxicológico. Assim é que a substância encontrada e apreendida foi devidamente submetida à perícia, quando o “expert”, subscritor do laudo, identificou-a como sendo “cannabis sativa L”, vulgarmente conhecida por “maconha”, entorpecente que causa dependência física ou psíquica.

Autoria:

A autoria é indubitosa.

Os réus, é bem verdade, em Juízo, negaram a prática dos fatos, dizendo, tão-somente, que são usuários de drogas. De se observar que ■■■■ admitiu a propriedade da substância entorpecente apreendida em sua residência (mídia digital).

Contudo, os policiais militares Pedro Nicolau e Fernando Ribeiro, no contraditório, em depoimentos harmônicos e uníssonos, asseveraram que, no dia dos fatos, em cumprimento de mandado de busca e apreensão, dirigiram-se para a residência dos réus e, então, encontraram o entorpecente – um tijolo de “maconha”, além de um pedaço a granel e uma porção pequena da mesma substância, com aproximadamente um quilo – apreendido.

Esclareceram, ainda, que havia notícias no sentido de que ambos

os acusados praticavam o comércio espúrio naquele local. Afirmaram, por fim, que foram encontrados rolos de papel filme, usualmente utilizados para embalar drogas, além de um rádio tipo “HT”, que estava no guarda roupas (mídia digital).

E não há que se negar validade às palavras dos agentes públicos, especialmente quando no exercício de suas relevantes funções.

Nesse sentido a jurisprudência é pacífica:

“Os testemunhos de policiais destacados para a realização de repressão criminal devem ser aceitos quando se prestam a dar conta da tarefa realizada, inexistindo motivo para que sejam considerados tendenciosos, sendo certo que somente podem ser rechaçados se comprovado que houve falseamento da verdade ou que estão em desconformidade com o restante da prova” (Apelação nº 1.364.617/5 – Itapeverica da Serra – 12ª Câmara – Relator: Luis Ganzerla – 1º.3.2004 – V.U.).

“A simples condição de policial não impede ou torna suspeito o seu testemunho como meio de prova para crime de tráfico de entorpecente, pois sua palavra deverá ser avaliada no contexto de um exame global no quadro probatório” (TJSP – AP – 4ª C. – Rel. Emeric Levai – j. 01.04.97 – RT 742/615).

A testemunha de defesa Rosemary, por sua vez, não presenciou os fatos e nada de relevante acrescentou ao conjunto probatório (fls. 255 e mídia digital).

Traficância:

Não há dúvida de que os réus mantinham em depósito a substância entorpecente – “cannabis sativa L”, vulgarmente conhecida por “maconha” – apreendida para o fim de vendê-la ou para servir ao consumo de terceiros, conforme já foi confirmado pelos depoimentos dos policiais. O comportamento dos réus, a quantidade da droga apreendida e os diversos petrechos encontrados no local são mesmo seguros indicativos de tráfico.

Sem dúvida, são eles traficantes.

Por tudo isso, não há que se falar em desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06. As circunstâncias evidenciam o tráfico e, mesmo sendo usuário, o acusado pode, igualmente, como é sabido, ser traficante.

“TÓXICOS – (...) o fato de ser usuário de droga não exclui a sua também condição de traficante.”

(Processo: 1468317/9 – Apelação – TACRIM – Relator: Cardoso Perpétuo – 13ª Câmara – Julg.: 31/03/2005 –

Votação Unânime – Rolo/ Flash: 3004/475J.)

Associação para o tráfico:

Por outro lado, no que tange ao crime do artigo 35 da Lei 11.343/06, verifica-se não haver prova segura de que os acusados agiam em associação.

Não há provas suficientes para justificar a condenação dos réus. O que se sabe, é certo, é que eles, [REDACTED] e [REDACTED], estavam juntos na mesma hora e no mesmo local, até porque moravam juntos, não se podendo, só por isso, presumir que houvesse entre eles associação estável para a prática do nefasto comércio.

Assim, não há provas suficientes que possam levar à conclusão de que entre os acusados havia propriamente uma união organizada, que teria de ser estável e permanente para o cometimento constante do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Tanto é que nem mesmo a exordial fala em estabilidade e permanência. Não há confundir associação com concurso de agentes.

De rigor, portanto, a absolvição dos apelantes do crime de associação para o tráfico, subsistindo a condenação quanto ao outro delito.

Pena e

Regime Prisional:

Quanto às penas, insta alguma ponderação.

O acréscimo, na primeira fase da dosimetria, para ambos os réus, fica reduzido para um sexto (1/6), atingindo a pena, nesta fase, cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, considerando a relativamente grande quantidade de droga apreendida.

Por fim, na derradeira, realmente não fazem eles jus à aplicação do benefício previsto no §4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, vez que, consoante bem ponderou o douto Magistrado sentenciante, *“denúncias feitas à Polícia que apontavam os dois réus como comerciantes de entorpecentes”*, ou seja, não são eles pequenos traficantes, tanto é que na residência do casal foi apreendido um rádio tipo “HT”, além de petrechos para embalar drogas. De se observar, ainda, a elevada quantidade de droga – um tijolo, além de porções a granel de “maconha” – apreendida, o que demonstra que eles viviam, por óbvio, do nefasto comércio. Faziam do tráfico seu “meio de vida”, ou seja, dedicavam-se às atividades criminosas.

Assim, suas penas finalizam em cinco (05) anos e dez (10)

meses de reclusão e multa de quinhentos e oitenta e três (583) diárias.

O regime prisional inicial fechado foi fixado com absoluto acerto, não só por previsão legal – artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07 – como, também, pela gravidade do crime, de catastróficas consequências à saúde pública, e responsável, também, pela desagregação familiar e social.

O crime de tráfico de entorpecentes é equiparado aos delitos hediondos, portanto os mais graves dentre os elencados no Código Penal e em Leis Especiais.

Logo, soa, no mínimo, incongruente a fixação de regime diverso do fechado para o crime de tráfico de drogas.

Há, como é de sabença, crimes graves, mas que não são tidos como hediondos, como, por exemplo, o de roubo agravado, o de homicídio simples, dentre outros. Mesmo o tráfico de drogas, considerado o § 4º, do artigo 33 da respectiva Lei Especial, é, sem dúvida, crime grave.

Mas há os considerados hediondos.

Hediondo quer significar horrendo, gravíssimo, repulsivo, absolutamente intolerável.

Ora, sendo assim, como aplicar-se para um crime hediondo, como o tráfico de entorpecentes, regime que não o inicial fechado?

O traficante, perante a lei penal tal como está em vigor, é tido como um pária da sociedade, que destrói, não só a saúde das pessoas, especialmente a dos jovens, deixando muitos deles incapacitados para estudar ou mesmo trabalhar, pois é sabido que a cocaína e o “crack”, por exemplo, além de causarem dependência, destroem os neurônios, como ainda arrasam os patrimônios das famílias, com gastos desmesurados com tratamentos e internações, e o que é pior: com mínimas chances de recuperação.

Bem porisso que se trata de crime hediondo.

A sociedade não tolera o traficante, não podendo o Poder Judiciário fazer ouvidos moucos ao clamor social.

O legislador, com a edição da Lei nº 11.343/06, passou a punir o tráfico de forma mais severa exatamente porque o Poder Legislativo percebeu, sentiu que o tecido social estava se esgarçando cada vez mais e que os valores deveriam ser preservados.

Uma sociedade repleta de viciados e dependentes é uma

sociedade que caminha a passos largos para sua própria destruição com o prejuízo de todos, menos dos traficantes que, com o dinheiro e patrimônio amealhados de forma criminosa, poderão deixar o País e mudarem-se para outros lugares, onde, com certeza, passarão a destroçar outras sociedades, outras inúmeras famílias.

Em suma, a sociedade e o Brasil como um todo é o que menos os preocupa.

O Poder Judiciário tem que, igualmente, dar o exemplo, tal como procedeu o Legislativo.

Bem porisso que a substituição por restritivas de direito é absolutamente inadmissível.

Como aplicar ao traficante, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade se ele, exatamente, não presta serviço social algum. Ao contrário, só destrói a sociedade em que ele vive!

O tráfico de entorpecentes, por se tratar de crime equiparado aos hediondos, não admite a pretendida substituição. Tanto é que a lei penal até previa o regime inicial fechado, numa demonstração de que se trata de crime gravíssimo.

Mas, mesmo que, em alguns casos, possa não ser mais considerado hediondo, ainda assim o crime de tráfico é sempre muito grave, comportando, dessarte, o regime inicial fechado, não

sendo admitida a substituição de pena, mesmo nos casos de aplicação do § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas. Em liberdade, ou mesmo em regime prisional mais ameno, especialmente o aberto, óbvio que o agente irá continuar exercendo o nefando comércio. Nem a mais ingênua das pessoas iria acreditar no contrário!

Com o pedido de alteração do regime prisional, de inicial fechado para o intermediário, pretende a defesa, na verdade, a detração penal. Todavia, as questões atinentes à progressão de regime e à detração penal, neste momento, competem ao Juízo das Execuções Penais, sob pena de haver supressão de um Grau de Jurisdição, sem contar que se desconhece a situação dos réus na prisão.

Dessarte, afastada a matéria preliminar, dá-se provimento aos apelos para, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, absolver [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] da infração ao artigo 35 da Lei 11.343/06, e reduzir a pena de cada réu, individualmente, para cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, restando mantida, no mais, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, aqui também adotados, e, ainda, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Justiça de São Paulo.

Expeçam-se, desde logo, mandados de prisão para o cumprimento das penas privativas de liberdade aplicadas, face ao atual entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal (STF, Plenário, Habeas Corpus nº 126.292, 17.02.2016; também definitivamente ratificado na apreciação das medidas cautelares pleiteadas nas ADC 43 e 44, 05.10.2016).

POÇAS LEITÃO
Relator