



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000454462

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0072020-09.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante [REDACTED].

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**NEGARAM PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo apelante [REDACTED] e **DERAM PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público, para afastar a causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, fixando a reprimenda cominada ao apelado [REDACTED] em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, calculados no mínimo legal, bem como para determinar que a pena imposta ao apelado em relação ao delito de resistência seja cumprida inicialmente em regime inicial semiaberto, mantendo, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO E CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

Toloza Neto
Relator
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0072020-09.2018.8.26.0050

Apelante e Apelado: [REDACTED]

Apelado e Apelante: **MINISTÉRIO PÚBLICO**

Décima Nona Vara Criminal Central da Comarca da Capital – SP

Voto nº 32.354

Vistos.

Trata-se de apelações criminais interpostas contra sentença prolatada pelo Meritíssimo Juiz Antônio Carlos de Campos Machado Júnior, que condenou [REDACTED] à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e à pena de 02 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, como incurso no artigo 329, § 2º, do Código Penal, por trazer consigo e ter em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, 52 porções de cocaína, 86 de maconha, 73 de *crack* e 03 três tijolos de maconha, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, bem como por ter se oposto à execução de ato legal, mediante violência a funcionário público competente para executá-lo.

O apelante [REDACTED] em razões de recurso, requer, preliminarmente, seja reconhecida a nulidade do feito por cerceamento de defesa. No mérito, pleiteia apenas a absolvição dos delitos que lhe forma imputados.

O Ministério Público, em razões de recurso, requer a fixação da pena-base do apelado acima do mínimo legal, em razão da quantidade e variedade de drogas com ele apreendidas e o afastamento da aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Por fim, pleiteia a fixação do regime semiaberto para o delito de resistência.

Em contrarrazões, as partes requerem o desprovimento dos recursos opostos.

O Promotor de Justiça designado opinou pelo não provimento do apelo defensivo, mas pelo total provimento do recurso ministerial.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Passo a fundamentar meu voto.

Inicialmente, verifica-se dos autos que a Defesa manifestou o desejo de apresentar as razões no Tribunal *ad quem*, conforme permitido pelo artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Embora tivessem as razões sido apresentadas somente em 28 de fevereiro de 2019, tal ocorrência não tem o condão de prejudicar o apelante, uma vez que a manifestação quanto ao desejo de recorrer, já havia, inclusive, sido acatada por despacho de fls. 296.

Por outro lado, a preliminar de nulidade arguida é de ser rejeitada.

A r. decisão que indeferiu a realização de perícia técnica no automóvel Hyundai Azera, onde o apelante mantinha parte dos entorpecentes em depósito, ou até mesmo no estacionamento, no qual o carro foi localizado, foi devidamente fundamentada (fls. 255), não havendo que se falar em cerceamento de defesa, conforme se vê abaixo:

“Não procede o requerido pela defesa nos debates, com respeito a expedição de ofício para perícia no veículo e no local onde achado, uma vez que as providências em questão não são suscetíveis de trazer maior esclarecimento ao caso, sendo suficientes as provas produzidas.” (sic).

Portanto, não houve qualquer nulidade no indeferimento da referida perícia, tampouco decorreu de tal decisão prejuízo à

acusação ou à defesa, sendo tal prova desnecessária para o deslinde do feito. Dessa forma, tendo em vista que vigora no ordenamento brasileiro o princípio do “*pas de nullité sans grief*”, em consonância com o artigo 563 do Código de Processo Penal, resta ainda mais patente a inadmissibilidade de reconhecimento da referida nulidade.

“Em tema de nulidade no processo penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (RSTJ 140/576).

Registre-se que é cediço que o magistrado não é obrigado a deferir toda e qualquer perícia requerida pela parte, conforme disposto no artigo 184 do Código de Processo Penal.

Neste prisma, já decidiu este Colendo Tribunal de Justiça, bem como o C. Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

“Habeas Corpus - Decisão que indeferiu de forma fundamentada pedido de prova pericial complementar - Manutenção do indeferimento. O juiz, destinatário da prova, pode indeferir a realização de prova pericial não necessária ao esclarecimento da verdade (artigo 184, do Código de Processo Penal) - Desnecessidade de perícia complementar Ordem denegada.” (TJSP - HC nº: 2008247-09.2018.8.26.0000, Relator: Cláudio Marques, 15ª Câmara de Direito Criminal; DJ: 22/03/2018; DJe: 27/03/2018).

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PERÍCIA TÉCNICA. COMPLEMENTAÇÃO. GRAU DE PUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. CONSTATAÇÃO. DESNECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade, podendo indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (arts. 184 e 400, § 1º, ambos do CPP).

2. É assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que 'o indeferimento fundamentado de pedido de produção de prova não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente a realização das diligências que

considerar desnecessárias ou protelatórias.' HC 198.386/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 2/2/2015) [...]” (RHC 53.433/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017).

Assim, sopesado o conjunto probatório colhido nos autos e considerando o que disposto no artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal, conclui-se pela impertinência da produção da prova pleiteada, pois precisamente caracterizado o crime, com a comprovação da materialidade e apuração da autoria.

Não há que se falar, assim, em cerceamento de defesa, tal como alegado pelo apelante. Dessa forma, afastada a preliminar de nulidade arguida, passa-se à análise do mérito.

A materialidade dos crimes está provada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 02, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 24/25, pelo laudo de constatação de fls. 26/29, pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 207/209 e pelo restante de prova produzido.

Quando da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, o apelante (fls. 11/12) confirmou que a automóvel Hyundai/Azera lhe pertencia, tendo-o comprado de uma pessoa chamada “Alceu”. Guardava-o em um estacionamento. No dia dos fatos, emprestou a moto de um amigo para buscar o carro Azera, pois iria levar sua mulher ao trabalho. Após, retornou ao estacionamento para guardar o veículo e pegar a moto. Todavia, nesse exato momento, foi abordado por policiais. Negou ter dado “pinote” de moto, alegando que, assim que os agentes solicitaram que o interrogando encostasse, parou de imediato. Em revista pessoal, eles localizaram a chave do veículo, sendo que, em seu interior, apreenderam um quilo de maconha. Possuía apenas uma “bucha” de maconha para seu próprio consumo. Trazia consigo uma sacola marrom da marca “Cacau Show”, na qual havia apenas um par de chinelos. Iria devolver o carro para o vendedor, pois adquiriu o bem “na emoção” e não estava conseguindo pagar as prestações.

Em seu interrogatório judicial (fls. 253-mídia), negou a traficância, mas admitiu que, quando dos fatos, possuía uma porção de maconha para seu próprio consumo. Alegou ser vendedor de churros, mas naquela época estava desempregado. Confirmou ter comprado o veículo Hyundai/Azera, mas, como não estava conseguindo quitá-lo, deixou-o no estacionamento.

Os policiais militares Alexandre Paz Oliveira (fls. 03/04 e 253-mídia), Diego Luiz Trigo (fls. 05 e 253-mídia) e Edson dos Santos Castanha (fls. 06 e 253-mídia), narraram que, em patrulhamento de rotina, deram sinal de parada para o apelante, que estava saindo de um estacionamento no contra fluxo, mas ele o ignorou e só parou em frente a uma comunidade, a qual era ponto de venda de drogas, conseguindo, então, abordá-lo. Em revista pessoal, com o apelante foi encontrada uma sacola plástica preta, contendo 73 pedras de *crack*, 86 porções de maconha e 52 *eppendorfs* de cocaína e, em seu bolso, uma chave do veículo Hyundai/Azera, um celular Iphone 7, e R\$80,00 (oitenta reais) em notas trocadas. Questionado acerca das chaves, afirmaram que o apelante tentou novamente fugir e, visando opor-se à execução de sua prisão em flagrante, passou a se debater, utilizando-se de violência, de modo que o policial militar Edson veio a sofrer lesões corporais nas mãos e no cotovelo, bem como teve sua farda rasgada. Salientaram também que os moradores da comunidade tentaram atrapalhar a abordagem. Após tê-lo contido, o apelante foi colocado na viatura e se dirigiram até o estacionamento onde ele havia sido visto anteriormente à abordagem. Lá, localizaram o veículo Hyundai/Azera e, em seu interior, 03 (três) tijolos de maconha, pesando 2.952g (dois mil novecentos e cinquenta e dois gramas). Indagado novamente, o apelante, dessa vez, admitiu informalmente ser o gerente do tráfico daquela comunidade.

A testemunha Raimundo Sousa Ferreira Filho (fls. 07 e 253-mídia) declarou trabalhar no estacionamento particular “Tio Darci”, narrando que havia celebrado com o apelante um contrato de mensalista para ele guardar o veículo Hyundai/Azera. Relatou que o apelante [REDACTED] sempre pega o carro, sai e volta lá para guardá-lo. No dia dos fatos, chegou pilotando uma moto BMW, de cor azul, pela manhã. Em seguida, deixou a motocicleta, pegou seu carro, saiu com ele, e, depois de uns vinte minutos, retornou com o veículo e deixou o local de moto. Após, policiais lá apareceram com o apelante e deslocaram até o automóvel Azera.

A análise do conjunto probatório leva à conclusão de que o apelante, de fato, praticou os delitos que lhe foram imputados, não sendo procedente a alegação de fragilidade dos elementos de prova produzidos nos autos.

Com efeito, os policiais descreveram, com pormenores, o modo como ocorreu a diligência, ressaltando que,

inicialmente, viram o apelante sair de um estacionamento no contra fluxo e, ao notar que ele apresentou certo nervosismo ao perceber a presença da viatura, deram sinal sonoro e luminoso de parada, mas a ordem não foi atendida. Aduziram que o apelante continuou acelerando a motocicleta, parando apenas em frente a uma comunidade. Em busca pessoal, localizaram as porções de entorpecentes apreendidas, o montante de R\$80,00 em notas miúdas, um Iphone e as chaves do veículo Hyundai/Azera. Ao ser questionado acerca das chaves, [REDACTED] reagiu e, tentando-se evadir, utilizou-se de violência física contra o policial militar Edson. Quando conseguiram contê-lo, foram até o estacionamento onde encontraram o referido automóvel lá estacionado, bem como, em seu interior, mais três tijolos de maconha dentro de uma bolsa preta sob o assoalho do carro.

Indubitável, conseqüentemente, a ocorrência da resistência à prisão, não havendo que se falar em insuficiência de provas.

Ademais, não se justifica a insurgência defensiva contra os depoimentos prestados pelos policiais, uma vez que não se vislumbra motivos para o descrédito de suas narrativas, pois não demonstrada animosidade precedente ou motivos para que, de forma leviana, incriminassem o apelante. Oportuno ressaltar que a função exercida pelos funcionários de segurança pressupõe idoneidade de caráter. Deveria o apelante ter trazido aos autos prova concreta da intenção dos agentes de segurança em incriminá-lo injustamente, o que não ocorreu no caso dos autos.

“O depoimento de policial obedece aos mesmos princípios aplicados ao restante das pessoas, não havendo que se falar em suspeição ou inidoneidade considerando-se somente a sua condição funcional” (RT 752/589).

“Prova – Testemunha – Depoimentos de policiais que realizaram o flagrante, colhidos no auto de prisão e reafirmados em juízo com plena observância do contraditório – Idoneidade. (...) É idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em juízo, com plena observância do contraditório, mesmo constituída apenas por depoimentos de policiais que realizaram o flagrante” (RT 771/566).

Ao contrário do alegado em razões de recurso, a decisão condenatória não se baseou exclusivamente em provas pontuais, mas da análise de todo o conjunto probatório produzido nos autos.

Ademais, o modo como foi realizada a apreensão das drogas demonstrou que o apelante realmente praticava o comércio ilícito, não havendo a necessidade de que viesse a ser surpreendido no exato momento da mercancia.

“O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas descritas tipifica o delito. Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes” (TJRS, Ap. 697.020.717, Câm., j. 30-4-1997, rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633).

No mais, observa-se que o apelante possuía, em estacionamento contratado por mensalidade, o veículo Hyundai/Azera de motorização 3.3 V6, o qual consome bastante combustível e tem elevado valor de manutenção, totalmente incompatível com o salário diário inicialmente declarado e, por óbvio, não comprovado de R\$70,00 (setenta reais) como vendedor de churros, ressaltando, ainda, que, quando dos fatos, [REDACTED] admitiu estar desempregado e, informalmente, confidenciou aos policiais militares que era o responsável pela gerência e abastecimento do tráfico na região.

Por sua vez, a testemunha de defesa José Carlos Batista da Costa (fls. 08 e 253-mídia) disse conhecer o apelante há anos. Em relação aos acontecimentos dos autos, aduziu ter visto a prisão de [REDACTED], alegando que ele estava apenas sentado na motocicleta, quando os policiais chegaram à comunidade. Afirmou que, no momento da abordagem, o apelante não possuía nada consigo, e os agentes de segurança começaram a “fazer barbaridades” com ele. No entanto, em seu depoimento na fase extrajudicial, o depoente afirmou ter mostrado um vídeo que tinha em seu celular, no qual apareciam três policiais tentando dominar o apelante que resistia à prisão. Assim, mesmo com a ausência de chutes, socos ou choques elétricos no apelante, o depoente alegou não achar correto o uso de força policial para contê-lo. Frise-se, ainda, que, em seu termo de depoimento de fls. 08, a testemunha confirmou que populares da comunidade xingavam e ameaçavam os policiais durante toda a ação, portanto, tais pontos corroboram o depoimento dos agentes.

Nesse sentido, é inconteste o intuito da testemunha de defesa em tentar ajudar [REDACTED] a qualquer custo. Ademais, seu depoimento deve ser analisado com ressalvas, diante da nítida intenção em

tentar inocentar o apelante, já que o conhecia antes dos fatos.

No mais, diante desse quadro, vale destacar que, ao contrário do que a Defesa alega, observam-se dos autos apenas contradições acerca das alegações do apelante e da testemunha de defesa.

Conclui-se, portanto, que o depoimento da testemunha de Defesa não possui o potencial de enfraquecer os relatos dos policiais militares, que realizaram a abordagem e a apreensão das drogas. Assim, a materialidade e autoria do delito estão mais do que comprovadas nos autos do processo, não sendo unicamente baseados nos relatos policiais, de modo que suposições acerca da postura dos agentes públicos apenas servem para eximir o apelante das responsabilidades criminais.

De rigor, portanto, a manutenção da condenação do apelante pelos crimes que lhe foram irrogados.

Passo à análise das penas impostas.

Inicialmente, a pena referente ao delito de resistência foi fixada com equilíbrio e justiça, no mínimo legal, não merecendo reparo algum.

Todavia, em relação ao delito de tráfico de entorpecente, o pleito ministerial é de ser acolhido, visto que perfeitamente possível utilizar os fundamentos do artigo 42 da Lei de Drogas, juntamente com as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, para fins de fixação da pena-base, em razão da elevada diversidade e quantidade de drogas apreendidas. Desse modo, majoro em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal a pena-base do apelado, totalizando 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, e o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Na segunda etapa, ausentes atenuantes e agravantes, a pena permanece inalterada.

Na derradeira fase, assiste novamente razão ao representante ministerial, devendo ser afastada a benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Isto porque o apelado, de fato, não faz jus à concessão do tráfico privilegiado.

Para a sua aplicação, é indispensável que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Não resta dúvida, assim, de que tal causa de diminuição de pena é de ser aplicada apenas àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, como um pequeno deslize em sua vida, ainda que penalmente punível.

Aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida, mesmo que não tragam em sua folha de antecedentes condenações por outros crimes, não fazem jus ao benefício.

A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

No caso dos autos, ficou demonstrado que o apelado não pode, de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, pois, não apenas diante da quantidade, variedade e natureza nociva dos entorpecentes traficados, mas também pela forma de acondicionamento dos ilícitos, pelas circunstâncias da prisão e pela quantia em dinheiro apreendida (R\$80,00, em notas miúdas), bem como pelo telefone *Iphone 7* e pelas chaves do veículo Azera, comprovam que [REDACTED] vinha se dedicando a atividades criminosas. Não se pode, ainda, olvidar o fato de que, conforme informações sobre sua vida pregressa (fls. 11) era estudante, portanto, situação totalmente incompatível com seu padrão de vida.

Após, nada a se alterar com relação à imposição do regime prisional inicial fechado pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, por se tratar de crime assemelhado aos hediondos.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, determina um tratamento mais rigoroso a determinados delitos, dentre os quais os considerados hediondos e o de tráfico ilícito de entorpecentes.

Coube, pois, ao legislador ordinário, dentro das diretrizes fixadas pela Constituição Federal, estabelecer que, nestes casos, o

regime inicial de cumprimento da reprimenda deveria, obrigatoriamente, ser o fechado.

Mantém-se, assim, o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, por tratar-se de crime assemelhado a hediondo.

Justifico, ainda, com inteligência do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei 11.343/06, conforme determinação do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Registre-se, com isso, que não houve violação alguma às Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça, já que a gravidade do crime foi analisada no caso em concreto, notadamente ao se considerar a natureza, quantidade e diversidade das drogas, isto é, 52 porções de cocaína, 86 de maconha e 73 de *crack* o que justifica, por si só, a fixação de regime mais severo para início do cumprimento da pena, pelo excessivo mal que pode causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários da droga traficada até a morte, o que bem revela a frieza, indiferença e, conseqüentemente, periculosidade do apelante, de modo a justificar a manutenção do regime fechado imposto na r. sentença de primeiro grau, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas.

“A alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, a aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefanda mercancia acarreta à saúde pública” (TJRS – AC 687055624 – Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda – RJTJRS 130/154).

O tráfico, se não combatido com destemor, incute sentimento de insegurança e descrédito. De que vale o trabalho honesto e, não raro, remunerado de maneira indigna, se o traficante condenado recebe punição branda? Isso repugna, sem dúvida, o senso médio do cidadão.

Por fim, diante do montante da pena, inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No tocante ao crime de resistência, a fixação do regime semiaberto é medida que se impõe, de acordo com os artigos 33, §§ 2º e 3º e 59, III do Código Penal, pois o apelado, após receber sinal de parada,

acelerou sua motocicleta e, após ser brevemente perseguido pelos agentes, parou somente em frente a uma comunidade. Na sequência, [REDACTED] fugiu, e se atracou com o policial militar Edson dos Santos Castanha, lesionando-o e até rasgando sua farda, visando, portanto, evitar sua detenção e sua responsabilização pelo delito cometido, reforçando o convencimento acerca de sua periculosidade, tudo a determinar maior rigor quanto à aplicação da lei penal.

Desta forma, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo apelante [REDACTED] e **DOU PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público, para afastar a causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, fixando a reprimenda cominada ao apelado [REDACTED] em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, calculados no mínimo legal, bem como para determinar que a pena imposta ao apelado em relação ao delito de resistência seja cumprida inicialmente em regime inicial semiaberto, mantendo, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau.

TOLOZA NETO
relator
assinatura eletrônica