



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2017.0000937036**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000444-26.2015.8.26.0578, da Comarca de Ourinhos, em que são apelantes LUCAS JUNIOR CARNEIRO, VALDECI GONCALVES DO NASCIMENTO e VINICIUS APARECIDO ARAUJO OLIVEIRA, 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: "Por maioria, DERAM PARCIAL PROVIMENTO aos recursos nos termos da declaração de voto do Revisor, des. Francisco Orlando, vencido o Relator, que permanece com o acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

**Silmar Fernandes**

**RELATOR**

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

I. Apelação II. 0000444-26.2015.8.26.0578

nº

Voto nº 7.075

Apelantes: Lucas Júnior Carneiro, Valdeci Gonçalves do Nascimento e Vinicius Aparecido Araújo Oliveira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

APELAÇÕES CRIMINAIS – 1. Tráfico ilícito de drogas – Artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 – (i) Todos os sentenciados: Absolvição ou, ainda, em relação aos acusados Lucas e Vinicius, desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas – Descabimento – Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Palavra dos policiais militares em consonância aos demais substratos probatórios – Credibilidade – Precedentes – Destinação dos narcóticos apreendidos devidamente comprovada pelos elementos de convicção trazidos ao caderno processual – Condenação mantida – Dosimetria penal – (ii) Corréu Valdecir: Concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas – Impossibilidade – Informes seguros sobre a dedicação deste acusado às atividades criminosas, como coordenador do narcotráfico na região – Demais disso, ainda não tenham sido utilizados os antecedentes desabonadores para aquilatamento das básicas, duas condenações pretéritas indicam à dedicação às práticas criminosas – (iii) Acusados Lucas e Vinicius: Modificação da fração concedida *ex vi* do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas – Impossibilidade – Natureza e diversidade das substâncias apreendidas que justificam a fração intermediária da causa de diminuição de pena – (iv) Todos os sentenciados: Regime prisional inicial fechado adequado à espécie – 2. Associação à narcotraficância – Artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 – Absolvição – Necessidade – Estabilidade e habitualidade da comparsaria não caracterizadas com segurança – “*Non liquet*” evidenciado – 3. Devolução do erário apreendido – Descabimento – Circunstâncias objetivas da conduta (mormente o encontro do erário em notas diversificadas) que evidenciaram, com segurança, ser o *quantum* apreendido proveniente da narcotraficância – APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 353/361, que julgou procedente a acusação e

condenou Valdeci Gonçalves do Nascimento, Lucas Júnior Carneiro e Vinicius Aparecido Araújo Oliveira a cumprirem, em regime prisional inicial fechado, o primeiro, a pena de 08 (oito) anos de reclusão, além do pagamento de 1.250 (uma mil, duzentas e cinquenta) diárias mínimas e, os demais, a sanção de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso, por incursos nos delitos tipificados no artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Inconformados, recorrem os réus.

O acusado Valdecir pugna por sua absolvição por fragilidade probatória. Em sede subsidiária, pleiteia a concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, com corolária fixação do regime prisional aberto e, ainda, a reversão do decreto de perdimento dos valores arrestados. Vinícius requer a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Subsidiariamente, pede seja a fração da redutora concedida no patamar máximo de  $\frac{2}{3}$  (dois terços) e, ainda, o abrandamento do regime prisional imposto. Ambos os sentenciados pugnam pela absolvição, por ausência de provas, em relação ao crime de associação ao narcotráfico (fls. 416/425).

De sua parte, o acusado Lucas pleiteia sua exculpação, de todos os crimes a que condenado, por fragilidade probatória. Em sede subsidiária, pugna pela desclassificação da

conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas (fls. 428/429).

Ofertadas contrarrazões (fls. 441/448), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (fls. 465/469).

É o relatório.

2. Consta dos autos que nas condições de tempo e lugar mencionadas na exordial acusatória (fls. 151/154), Lucas Júnior Carneiro, Valdeci Gonçalves do Nascimento – alcunhado *Highlander* – e Vinicius Aparecido Araújo Oliveira – apelidado *Gambá* – se associaram para praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas. Consta, ademais, que nas mesmas circunstâncias locais e temporais descritas na denúncia, Lucas Júnior Carneiro, Valdeci Gonçalves do Nascimento – alcunhado *Highlander* – e Vinicius Aparecido Araújo Oliveira – apelidado *Gambá* –, previamente ajustados e com unidade de desígnios, guardavam, objetivando a entrega ao consumo de terceiros, 1,2g (um grama e dois decigramas), divididos em 02 (duas) porções, de cocaína na forma de *crack*; 0,2g (dois decigramas), acondicionados em único *ependorf*, de cocaína; bem como 41,25g (quarenta e um gramas e vinte e cinco centigramas), fracionados em porções de tamanhos diferenciados, de *Cannabis Sativa* L, vulgarmente conhecida como maconha; substâncias estas que causam dependência física e psíquica, o que faziam sem autorização e

em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

É da dinâmica fático-probatória, decorrente da instrução: em patrulhamento nas proximidades da ponte do Córrego Orlando Quagliato – local registrando várias delações da ocorrência do narcotráfico exercido por pessoa conhecida como *Highlander* –, policiais militares divisaram duas pessoas – réus Vinícius e Lucas, sendo que em tentativa de abordagem, o primeiro conseguiu fugir. Com Lucas, foram encontrados R\$ 3,45 (três reais e quarenta e cinco centavos), bem como um aparelho de telefonia celular. Indagado, este corréu asseverou que estava na companhia de indivíduo conhecido como *Gambá*, fornecendo seu suposto endereço. Os militares diligenciaram ao local – o qual, em realidade, tratava-se da moradia da namorada de Vinícius –, sendo que a genitora da jovem informou que este corréu havia chegado havia pouco na residência, correndo, e estava no quarto da menina; neste cômodo, sob um berço, foram localizados R\$ 130,00 (cento e trinta reais) e um aparelho de telefonia celular. Indagado, Vinícius forneceu seu suposto endereço de residência – sendo realizada diligência até o sítio indicado. No local, foram informados que ali residia o corréu Lucas, sendo que sua genitora confirmou aos milicianos o envolvimento deste com o narcotráfico, explicando que somente *dormia* no local. Indicado o quarto de Lucas, em revistas, foi localizado, no maleiro do guarda-roupas, um tablete, de tamanho mediano, de *Cannabis Sativa L.* Foram informados que *Highlander* – acusado Valdeci – era padrasto do sentenciado Vinícius, sendo fornecido seu endereço; nesta

oportunidade, o advogado Flávio Henrique da Silva compareceu ao local, solicitando acompanhar as buscas – o que foi deferido pelos policiais. Ao aportarem na moradia do réu Valdecir, no momento em que adentravam no imóvel, os policiais divisaram a Sra. Manuela, esposa do advogado Flávio, correr até os fundos, dispensando algo; em revista, constatou-se que se tratava de R\$ 500,00 (quinhentos reais) – sendo justificado por Manuela que se tratava do erário recebido para o advogado acompanhar as buscas na residência. Ato contínuo, Valdecir foi abordado, sendo que entregou, voluntariamente, duas unidades de cocaína solidificada – explicando que seriam elas do sentenciado Vinícius, o qual residia na casa dos fundos, sendo indicado este local como esconderijo de demais entorpecentes. Em revistas nesta localidade, foram encontrados um *ependorf* de cocaína, uma porção pequena de *Cannabis Sativa L* e, no interior de um vaso de flores, um tablete maior desta última substância. Durante a diligência, chamou a atenção dos militares a circunstância de a genitora de Vinícius sentar-se em uma cama – alegando dores nas pernas –, sendo que buscas revelaram que neste móvel estavam ocultados R\$ 1.000,00 (mil reais); no interior de gavetas do guarda-roupas, neste mesmo cômodo, foram localizados R\$ 700,00 (setecentos reais), distribuídos em bolsinhas, bem como a cédula de identidade do sentenciado Lucas.

A materialidade restou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 70/71), boletim de ocorrência (fls. 85/90), auto de exibição e apreensão (fls. 91/93), laudo de constatação prévia (fls. 97/98), comprovantes de depósito do erário apreendido (fls.

245/246) e, sobretudo, pelo laudo químico-toxicológico definitivo (fls. 67/69).

A autoria em relação ao narcotráfico, de todos os acusados, é igualmente indubitosa.

Senão vejamos.

*Ab initio*, anoto que a prova oral judicializada foi registrada pelo sistema de audiovisual.

Silente em solo inquisitorial (fls. 79), o acusado Lucas, em Juízo, explicou que na data dos fatos estava na *pontinha* usando *crack*, sendo que um amigo se aproximou e juntos consumiram o entorpecente. Esclareceu que a polícia chegou, sendo que *Gambá* – enfatizando não se tratar do corréu Vinícius – saiu correndo. Relatou que foi agredido pelos militares e, em face da severidade dos ataques, indicou moradias aleatórias, sendo que, por coincidência, uma delas era a residência da namorada de Vinícius – o qual somente conhecia *de vista*, ignorando se este corréu possuía alcunha. Disse que na casa que indicou – da namorada de Vinícius – foi localizado somente erário. Narrou que foi realizada nova diligência, agora à sua (deste réu) moradia, sendo localizada maconha – a qual era destinada ao uso pessoal. Esclareceu que sua genitora forneceu o endereço da moradia de Vinícius – o qual habitava nos fundos do imóvel de Valdeci (padrasto de Vinícius), confirmando o encontro de

pequena quantidade de drogas. Aduziu ser usuário de *crack*, maconha e cocaína, acreditando que os outros corréus utilizam somente maconha. Declarou ser pintor autônomo, sendo que adquiria as drogas com o erário auferido de seu trabalho. Por fim, confirmou que trabalhou, em oportunidade pretérita, com o acusado Vinícius.

De sua parte, o corréu Vinícius declarou, durante o auto de prisão em flagrante (fls. 82/83), que na data dos fatos estava na moradia de sua namorada Caroline, sendo que conhecia Lucas apenas de vista — e não estava com ele em local algum antes de sua prisão. Confirmou a apreensão de erário na casa de Caroline — o qual estava sob o berço, não sabendo especificar exatamente o *quantum* (entre duzentos e trezentos reais), sendo ele oriundo de seu labor informal como ajudante de pedreiro; foi apreendido, ainda, seu aparelho de telefonia celular. Enfatizou que em momento algum indicou moradia errônea aos policiais, fornecendo o endereço correto de sua residência; Lucas, igualmente, informou seu (dele) endereço verdadeiro. Relatou ignorar os objetos localizados em sua moradia ou na de Lucas (porquanto estava no interior da viatura), confirmando a presença do advogado Flávio e sua esposa. Admitiu que em sua residência (é enteado de Valdeci) foram localizadas porções de drogas, as quais eram destinadas exclusivamente ao consumo pessoal. No que concerne ao erário encontrado, explicou que uma parte era de sua propriedade, decorrente de seu trabalho, *“...e a outra de sua mãe, imaginando que seria fruto do trabalho dela...”* (fls. 83). Por fim, declarou que *“...sua família costuma chamar o Dr. Flávio, ele é conhecido*



*da família...*”(fls. 83).

Sob o crivo do contraditório, o réu Vinícius esclareceu que estava na moradia de sua namorada no momento em que policiais militares ali chegaram; algemaram-no, levaram-no para a moradia de Lucas – ignorando se narcóticos foram ali arrestados – e, ato contínuo, para sua própria casa. Confirmou a existência de maconha, *crack* e cocaína em seu quarto, sendo elas destinadas ao consumo pessoal. Enfatizou que não possuía laços de amizade com o corréu Lucas – sendo que sequer havia conversado com ele em oportunidades pretéritas. Ao ser indagado sobre os informes prestados pelo corréu Valdeci – no sentido de ter visto ele e Lucas juntos – e pelo acusado Lucas – no sentido de que trabalharam juntos –, manteve a negativa, enfatizando que nunca *andou* mesmo trabalhou com o corréu.

Por derradeiro, o acusado Valdeci declarou, em sede administrativa (fls. 80/81), que era conhecido como *Highlander* e trabalhava como letreiro autônomo. Rechaçou possuir envolvimento com o narcotráfico – enfatizando que nada de ilícito foi encontrado em sua residência, sendo que as drogas foram arrestadas no imóvel dos fundos, no qual reside seu enteado Vinícius. Relatou que desconfiava que Vinícius tinha *algo* no quintal, ignorando o que seria. Rechaçou ter entregue narcóticos aos militares ou, ainda, ter indicado o local onde estariam homiziados, explicando que divisou um papel no solo e indagou aos policiais o que seria; recolheram eles o objeto e

disseram ser drogas — não informando o tipo ou quantidade dos supostos entorpecentes arrestados. Informou que Vinícius, por vezes, saía de casa justificando que iria trabalhar, mas nunca diviso tal circunstância. Informou que erário foi localizado em sua residência, ignorando a quantia exata. Esclareceu que R\$ 2.000,00 (dois mil reais) eram oriundos de seu labor como letreiro, ignorando o *quantum* pertencentes a esposa e ao enteado Vinícius — eis que este último pedia que a genitora guardasse seu dinheiro. Informou nada saber sobre o erário localizado na cama, justificando que talvez sua esposa ali o guardasse para esconder das crianças. Declarou não ter presenciado o enteado Vinícius usar drogas. Por derradeiro, confirmou a presença de um advogado e sua esposa no local, ignorando seu nome; rechaçou ter fornecido qualquer pagamento a estas pessoas, desconhecendo os motivos pelos quais a mulher dispensou R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao solo.

Durante o interrogatório judicial, o réu Valdeci, ainda que em versão parcialmente modificada, manteve a negativa de autoria. Disse que na data dos fatos, ao retornar do trabalho, encontrou as *pedras* no chão — as quais pertenciam ao acusado Vinícius, seu enteado, porquanto usuário de drogas. Disse que os policiais chegaram durante a noite, sendo que ao se identificarem, indagaram-lhe se seria ele o *Highlander* — apelido que confirmou possuir. Confirmou que entregou as drogas localizadas no solo espontaneamente aos policiais. Disse que outra pequena porção de droga foi localizada no quarto de seu enteado (o qual se localizava em

edícula nos fundos de seu imóvel), enfatizando que acompanhou a diligência, encontrou o *ependorf* de cocaína em uma mureta e o entregou aos militares; não divisou a maconha ser descoberta. Relatou que Vinícius chegou com os policiais à moradia, no interior da viatura — e neste local permaneceu durante a diligência. Declarou que conhecia o corréu Lucas — eis que estava ele, ocasionalmente, *junto* de Vinícius. Declarou não ser usuário de drogas. Afirmou ter sido processado, anteriormente, por homicídio. Novamente indagado, confirmou possuir demais antecedentes desabonadores, todavia *pagou tudo*. Enfatizou que não sabia que a cédula de identidade de Lucas estava no interior de sua moradia. Declarou ser *letreiro* e pintor. Disse que Vinícius possuía apelido — sendo que ignorava a alcunha, enfatizando, contudo, não ser *Gambá*. Explicou que sua esposa tinha por hábito guardar erário debaixo do colchão, separando-o em *bolsinhas* — sendo que o dinheiro localizado era oriundo de seu (dela) trabalho como faxineira e costureira. Confirmou que a esposa do advogado dispensou erário ao solo, ignorando os motivos pelos quais assim agiu. Soube, posteriormente à prisão, que o advogado compareceu ao local ao ser informado, por sua esposa (genitora de Vinícius), que este havia sido preso.

A versão apresentada pelos apelantes, contudo, não encontrou eco nos demais substratos probatórios, restando ilhada nos autos.

Explico.

Em depoimentos absolutamente harmônicos entre si e àqueles prestados durante o auto de prisão em flagrante (fls. 72/74 e 76/78), os policiais militares Luiz Henrique de Oliveira e Robson Fabrício Quintana de Faria confirmaram, com minúcias, a dinâmica dos fatos; o policial Robson acrescentou que a cédula de identidade de Lucas foi encontrada na moradia de Valdecir, explicando ser prática comum dos traficantes maiores fornecerem drogas somente mediante *seguro*. Disse, ainda, que o acusado Vinícius era conhecido como *Gambá*. Por fim, enfatizou que prestava serviços na Comarca desde o ano de 2001, sendo *Highlander* conhecido nos meios policiais, havia muitos anos, como o mandante do tráfico no local da prisão.

Neste ponto destaco que inexistente qualquer fato que ponha em suspeição os depoimentos prestados pelos policiais, os quais prestam serviço de extrema relevância à sociedade e não possuem, *a priori*, motivo algum para sordidamente incriminarem os sentenciados.

Não se deve olvidar que os depoimentos dos agentes públicos valem como prova pois, no exercício de suas funções, gozam de presunção *juris tantum* de que agem escorreitamente, sobretudo quando suas afirmações são compatíveis com o conjunto probatório. Além disso "*A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*" (STF, RTJ 68/54).

A propósito, vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça que: (...) *É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte* (STJ, AgRg no Ag 1158921/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 17.05.11, DJ 01.06.11).

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais já se posicionou a jurisprudência, *in verbis*:

*"PROVA CRIMINAL - Depoimento de policial responsável pela prisão - Admissibilidade - Ânimo inexistente de incriminar o réu - Credibilidade do relato - Ausência de razão concreta para suspeição - Recurso não provido. Os funcionários da Polícia merecem nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição."* (Apelação Criminal n. 168.650-3 - Matão - Relator: Jarbas Mazzoni - CCRIM 1 - V.U. - 06.03.95).

*"Ressalto que não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, inclusive os policiais civis, empossados que são após compromisso de fielmente cumprirem seus deveres iriam apresentar testemunhos ou provas ideologicamente falsas, com o simples intuito de inculpar inocentes. Ao contrário, tem os funcionários públicos a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente"*. (TJSP, 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº. 0355425-27.2009.8.26.0000, Rel. Desembargador Marco Antonio Marques da Silva).

Enfatizo, também, que não se produziu qualquer prova da suspeição ou impedimento dos agentes públicos, apesar de tida a oportunidade para tanto, nos termos do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal.

Destarte, não havendo *motivos plausíveis* para desqualificar os depoimentos dos policiais militares, dotados de fé pública – e não meras conjecturas e ilações de parcialidade, fundadas unicamente em razão do exercício de suas profissões –, seria um absoluto contrassenso desmerecer seus relatos – até porque o prestaram sob compromisso, estando, pois, sujeitos às penas previstas no artigo 342 do Código Penal.

No que concerne à prova oral produzida pela defesa, Francisco Simões Júnior declarou conhecer *Highlander*, sendo que este pintou seu estabelecimento comercial, bem como foi responsável pelo letreiro. Disse que os vícios deste corréu eram a bebida e o jogo, sendo que não ouviu comentários de seu envolvimento com o narcotráfico.

Em nada contribuiu, pois, ao desfecho meritório, porquanto não presenciou os fatos.

Desse modo, como se depreende dos autos, em razão dos reiterados informes registrando o exercício do

narcotráfico pelo réu Valdecir; pela visualização de atos típicos de mercancia realizados pelos corréus Lucas e Vinícius (vide oitiva do policial Robson na mídia digital nº 02); de sua diversidade; de sua forma de acondicionamento; do arresto de erário em notas menores; da ausência de petrecho destinado ao consumo de cocaína solidificada – *v.g. cachimbo* –, circunstâncias conjugadas, ainda, ao relato coeso dos milicianos durante a persecução criminal, restaram nitidamente evidenciadas a apreensão, propriedade, finalidade mercantilista das drogas e, ainda, a comparsaria entre os corréu tais como descritas na exordial acusatória, sendo os elementos probatórios existentes nos autos aptos a sustentar, com percuciência, o édito condenatório por tráfico ilícito de drogas prolatado em desfavor dos acusados.

Saliento que, pelas especificidades do caso em concreto –várias diligências; encontro de erário e drogas; presença de advogado etc. –e, ainda, em razão da oitiva dos policiais militares ocorrerem em audiências diversas (vide termos de audiência de fls. 339/340 – 05/07/2016 – e fls. 351 – 12/09/2016), a coesão dos relatos dos policiais militares é o quanto basta para conferir total credibilidade aos informes por eles apresentados em Juízo.

No mais, em relação aos acusados Vinícius e Lucas, de desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas não se cogita.

Como é cediço, a drogadição não afasta, necessariamente, a condição de traficante, pois, na maioria das vezes, os usuários se valem do comércio ilícito de entorpecentes para sustentar o próprio vício, de modo que um comportamento não exclui o outro.

Sobre o tema, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

*“A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga. Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu”* (STF 1ª T. HC n. 74.420-6/RJ Rel. Min. Celso de Mello DJU de 19.12.96, p. 51.768).

Por oportuno, *“O tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (Precedentes). II - O tipo previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, este sim, comodelictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio. (Precedentes)”* (STJ – REsp nº 1133943/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 17/05/2010).



E, no caso dos autos, conforme supra motivado, as circunstâncias objetivas da conduta evidenciaram, com segurança, a destinação mercantilista dos entorpecentes arrestados.

Dessarte, o amplo conjunto indiciário – o qual, nos termos do artigo 239 do Código de Processo Penal, *é meio de prova* – convolou-se em substratos seguros e aptos a embasar o decreto condenatório prolatado em desfavor dos denunciados em relação ao cometimento do crime de tráfico de drogas, eis que corroborado pela segura prova oral produzida pela acusação e não infirmado pela prova oral defensiva.

Não se olvide que *“É válido, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o juiz forme sua convicção através de prova indireta, ou seja, a partir de indícios veementes que induzam àquele convencimento de maneira induvidosa. 2. Somente quando existem contra-indícios, trazendo eles profundas e fundadas dúvidas quanto à incriminação é que não se pode condenar. Porém, no caso dos autos, não há contra-indícios e tudo leva a crer, sem sombra de dúvidas que o apelante praticou o crime de roubo duplamente majorado...”* (TJ/PR - ACR: 5411309 PR 0541130-9, Relator: Lauro Augusto Fabrício de Melo, Data de Julgamento: 16/04/2009, 5ª Câmara Criminal, DJ: 128).

No mesmo sentido, segundo Júlio Fabbini

Mirabete, *“Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado...”* (in *Código de Processo Penal Interpretado*—11<sup>a</sup>. ed. —Atlas: São Paulo, 2003, p.315).

Registro, pela pertinência:

*“Em face da doutrina, da jurisprudência e do sistema adotado no Código Processual Penal, pode o magistrado proferir decisão condenatória baseada única e exclusivamente em prova indiciária”* (RT 395/309-10).

*“Os indícios, quando veementes, convergidos e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou alibi comprovados autorizam a condenação”* (JTACRESP 51/342-3).

Desse modo, a versão apresentada pelos acusados em interrogatório judicial realmente não se coaduna com os demais elementos encartados aos autos, mostrando-se pouco convincente.

Não se olvide que o parágrafo único do artigo

186 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, adotando o princípio do *nemo tenetur se detegere*, previsto na Constituição Federal<sup>2</sup>, determina que o silêncio do acusado não poderá ser considerado em seu desfavor em processo criminal; todavia, as inverdades por ele proferidas em interrogatório judicial constituem-se em mais um elemento a ser considerado pelo Magistrado no momento da formação de sua convicção.

Nesse sentido, ponderou o Eminentíssimo Desembargador José Raul Gavião de Almeida que *“...se o réu optar por falar, no interrogatório, deverá medir suas palavras, porque elas poderão ser utilizadas também em seu desfavor. É o que ocorre na hipótese do acusado apresentar versão contrária ao convincente conjunto probatório. Identificado que faltou com a verdade, esse comportamento e o teor da inexatidão podem ser considerados pelo julgador, pois não existe direito à mentira, como não há a correspondente obrigação de ignorar a inverdade..”* (TJSP, 6ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 990.10.390742-6, Voto nº 10.943).

Contudo, em que pese as considerações da

---

<sup>1</sup> Artigo 186, CPP: *“Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.*

*“Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”*

<sup>2</sup> *In verbis*: Artigo 5º, inciso LXIII: *“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”*

Sentenciante, a absolvição dos apelantes, no que concerne ao delito de associação à narcotraficância, é medida que se impõe, eis que o conjunto probatório não leva a crer, *com segurança*, que de fato havia uma associação para o comércio de entorpecentes.

O delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas, está tipificado nos seguintes moldes: "*associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos no art. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei*".

Portanto, o crime em questão não se evidencia com a ocorrência de concurso eventual de pessoas em atuação transitória e ocasional. Para a caracterização desse tipo penal é necessário o vínculo *estável* entre os agentes para a prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 34 da Lei nº 11.343/06.

Exige-se, pois, a demonstração inequívoca de estabilidade e permanência.

Nesse sentido observou Vicente Greco Filho que "*...haverá necessidade de um animus associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira 'societas sceleris', em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído,*

*pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria..."* (Lei de Drogas Anotada: Lei nº. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2006).

Outro não é o posicionamento de Renato Marcão, no sentido de que, para a configuração do crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06, "*...é necessário que a associação seja estável; é preciso identificar certa permanência na 'societas criminis', que não se confunde com mera co-autoria*" (*in* "Tóxicos", Saraiva, 4ª edição, pág.281).

No caso em análise, não há prova de que os acusados estivessem associados, pois não ficou evidenciado *cabalmente* o liame subjetivo de caráter *estável e permanente* entre eles. Em verdade, tem-se que o recorrente Valdecir estava gerenciando o comércio ilícito na região – e restou por envolver seu enteado Vinícius e o amigo deste, Lucas – mas não houve prova concreta que assegure a existência do *animus* associativo ou de duradoura atuação em comum, no sentido de que trabalhavam juntos para esse fim.

Nesse diapasão, decidiu o Colendo Superior  
Tribunal de Justiça:

*" 1. Diante da expressão "reiteradamente ou não", contida no caput do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há*

*que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável. 2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes. 3. As instâncias de origem, tendo reconhecido que a reunião dos pacientes teria sido eventual, a admitiram como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que contraria a interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas. 4. Não havendo qualquer registro, quer na denúncia, na sentença condenatória, ou no aresto que a confirmou, de que a associação dos pacientes teria alguma estabilidade ou caráter permanente, não há que se falar no delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas. 5. Ordem concedida apenas para absolver os pacientes do delito de associação para o tráfico, mantendo-se, quanto ao mais, a sentença condenatória prolatada na origem” (HC 137471/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, Julgamento realizado em 02.09.2010).*

Da mesma forma, esta Colenda Corte já

deliberou:

*"...Associação para o tráfico – Insuficiência probatória – Autoria e Materialidade não comprovadas – Delito que exige demonstração inequívoca de estabilidade e permanência – Absolvição mantida – Recurso não provido"* (6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Criminal com Revisão nº. 990.10.070814-7, Rel. Desembargador Marco Antônio Marques da Silva).

*"Apelação Criminal – Tráfico de entorpecente e associação para o tráfico. (...) Ausência de elementos seguros a indicar que os acusados estivessem associados para traficar – Liame subjetivo de caráter estável não caracterizado – Absolvição."*

*"Recursos parcialmente providos para absolver-se os réus da imputação de haverem infringido o artigo 35 da Lei nº. 11.343/06 e reduzir as penas de Fabiano a 5 anos de reclusão e 500 dias-multa e de Giolandro a 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa, mantida no mais a sentença"* (6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Criminal com Revisão nº. 993.08.015154-7, Rel. Desembargador José Raul Gavião de Almeida).

Na dúvida, de rigor o *non liquet* quanto a essa imputação, ainda que, com isso, esteja-se correndo risco de brindar com imerecida absolvição aqueles que faziam por merecer

condenação, devendo-se privilegiar o princípio do *in dubio pro reo*.

Acerca dessa matéria: "*O Direito Penal não opera em conjecturas. Sem a certeza total da autoria e da culpabilidade não pode o juiz criminal proferir condenação*" (Apelação 170.407, TACRIM-SP). No mesmo sentido: "*Simple indícios por mais veementes que sejam, não bastam, por si só para justificar conclusão de culpabilidade*" (Apelação 153.211, TACRIM-SP).

Destarte, a condenação dos acusados pelo delito de tráfico de drogas, bem como suas absolvições pela prática do crime de associação à narcotraficância é, pois, medida que se impõe ante os substratos probatórios amealhados aos autos.

3. Feitas as considerações necessárias, passo à análise da dosagem das penas exclusivamente no que concerne ao narcotráfico.

*(1) ACUSADO VALDECIR.*

As penas foram concretizadas no patamar mínimo legal, à míngua da existência de causas modificadoras.



Não era mesmo o caso de conceder-se a benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas por impeditivo legal.

Explico.

Ainda que as certidões judiciais de fls. 326 e 327 não tenham aquilatado as básicas em face do lapso temporal — circunstância que, realço, vai de encontro ao meu entendimento, pois o lapso depurador de cinco anos é somente aplicável à recidiva, sendo que não se cogita, nesta oportunidade, em agravamento das penas *ex vi* do artigo 617 do Código de Processo Penal —, demonstraram estes documentos, com segurança, o envolvimento do acusado com a criminalidade.

Nesse sentido, como bem ponderou a sentenciante, *“...embora as condenações comprovadas pelas certidões de fls. 326 e 327 não tenham sido utilizadas para aumento da pena-base, em razão do lapso temporal decorrido desde então, devem ser levadas em conta para impedimento da incidência da causa de diminuição, porque comprovam que o réu, ainda que depois de bastante tempo, continua a se dedicar a atividades criminosas...”* (fls. 359).

Acrescente-se, ainda, que segundo o relato

do policial Robson, *"Highlander"* era conhecido nos meios policiais pelo exercício reiterado – e antigo – do tráfico de drogas na região – exercendo, inclusive, sua gerência no local.

Dedicava-se, pois, às atividades criminosas – hipótese expressamente prevista no bojo do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas como empecilho à concessão da redutora:

*"Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".*  
(Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 – grifei).

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial e a ela pertine a aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sujeita ao exame das condições individuais do agente e da conduta em concreto praticada. Na dicção normativa, incabível sua aplicação quando o agente for reincidente, ostente maus antecedentes, se dedique a atividades criminosas ou integre grupo destinado a esse fim. 2. Se as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei*

11.343/2006 3. *A fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve ser apreciada pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos do artigo 33 do Código Penal.* 4. *Ordem de habeas corpus denegada*". (STF - HC 123042, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014).

Em decorrência do *quantum* de sanção carcerária imposto, incabível sua substituição por penas restritivas de direitos (art. artigo 44 do CP) ou, ainda, a concessão de *sursis* (art. 77 CP), por impeditivo legal.

O regime prisional fechado para início de desconto da pena privativa de liberdade era mesmo o mais adequado no caso concreto.

Afinal, trata-se de condenação pelo cometimento do delito de tráfico ilícito de drogas, crime que denota conduta absolutamente perniciosa à sociedade, sobretudo por contribuir com a disseminação da substância ilícita entre a população, fato que, por alcançar patamares insuportáveis, coloca em risco, inclusive, a tranquilidade social e a ordem pública, mormente por ser causa mediata de vários outros delitos, notadamente aqueles de natureza patrimonial.

De rigor realçar que o denunciado praticou delito equiparado a hediondo, cuja perniciosidade, a manifesta

reprovação social e a previsão, pelo legislador constituinte, de regime especial (Constituição da República, artigo 5º, inciso XLIII), torna imperioso o início do desconto da sanção carcerária no regime mais severo.

*Em acréscimo à gravidade abstrata do delito*, tem-se que a diversidade e natureza das drogas apreendidas – sendo despiciendo discorrer-se sobre a letalidade e alto grau viciante da cocaína, mormente na forma de *crack* – e, ainda, o fato de exercer ele função de gerência do narcotráfico local evidenciaram maior reprovabilidade na sua conduta, sendo que outra não poderia ser a resposta estatal no *caso em concreto*.

Registro, pela pertinência:

*“PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO DE ENTORPECENTES. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO QUANTUM DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, E DO REGIME PRISIONAL INICIAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE.*

*“1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto*

*quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*

*"2. Analisar a possibilidade de absolvição do paciente por insuficiência de provas e de desclassificação para o delito de uso de entorpecentes demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal, providência inviável na via estreita do habeas corpus, ação de índole constitucional, marcada por cognição sumária e rito célere, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder.*

*"3. Na aplicação da causa especial de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, compete ao juiz de primeiro grau, dentro do seu livre convencimento motivado, considerar as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do art. 42 da referida Lei.*

*"4. Não obstante o Supremo Tribunal Federal ter afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados (HC 111.840/ES), o Tribunal de origem, sem desconhecer aquela orientação jurisprudencial, manteve o regime mais gravoso em razão da quantidade, natureza e do elevado grau de nocividade da substância apreendida (crack), em consonância com orientação pretoriana (HC 124108, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, Dje 13-11-2014 e HC 121389, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, Dje 07-10-2014).*

*"5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP, tendo em vista a quantidade de pena aplicada ao paciente ser superior a 4 anos de reclusão.*

*6. Habeas corpus não conhecido". (STJ - HC 305.441/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2015, Dje 17/03/2015 –sem destaques no original).*

Incabível aplicar-se a diretriz prevista no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal porquanto o regime

prisional não foi fixado com base, exclusivamente, no *quantum* de sanção carcerária imposto.

Por derradeiro, não há se falar em devolução do erário apreendido em face das circunstâncias objetivas de sua apreensão (ocultação sob a cama, no colchão; tentativa de simulação pela esposa do acusado; estar o *quantum* em notas diversificadas — sendo pouco crível se tratar de *acerto* recebido pela esposa do réu por não possuir ela conta bancária).

Como bem ponderou a douta Procuradoria Geral de Justiça: *“O dinheiro apreendido não pode ser devolvido aos acusados, já que a forma como estava acondicionado e escondido demonstra que era dinheiro oriundo das atividades criminosas...”* (fls. 468).

## *(II) ACUSADOS VINÍCIUS E LUCAS.*

As básicas foram fixadas na minimidade, assim permanecendo, na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, *ex vi* do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, foram as sanções reduzidas da metade, totalizando 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de multa de 250 (duzentas e cinquenta) diárias mínimas.

Não prospera o inconformismo da defesa do réu Vinícius objetivando a alteração da fração para  $\frac{2}{3}$  (dois terços), no que concerne à redutora prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Isso porque — ressaltado meu posicionamento pessoal —, em face do preenchimento dos quesitos previstos no retromencionado artigo, era mesmo de rigor a concessão da minorante no *quantum* intermediário — ainda que por fundamentação diversa, eis que *“...mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a manutenção da decisão recorrida ainda que por outros fundamentos...”* (STF - HC 124250, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 17-12-2014 PUBLIC 18-12-2014).

Isso porque, ainda tenha ora se afastado a condenação pela prática do crime de associação ao narcotráfico, a diversidade e natureza das substâncias apreendidas bem justificam a fração da minorante adotada no Juízo de piso.

Não se olvide que *“...[t]endo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com*

*preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. 2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do CP, dado o volume, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos..”* (STJ - HC 368.517/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 28/04/2017).

Ante o *quantum* de sanção carcerária imposto, não há se falar em sua suspensão condicional (art. 77 do CP), por impeditivo legal.

Não era mesmo o caso de substituição da sanção carcerária por penas restritivas de direitos, eis que tal benesse é adstrita às hipóteses em que —presentes os requisitos subjetivos—, os motivos e circunstâncias da prática delitiva se mostrarem suficientes à prevenção e reprovação do crime, tornando socialmente recomendável sua aplicação.

Situação não divisada, *in casu*.

Afinal, trata-se de delito de tráfico ilícito de drogas, o qual denota uma conduta absolutamente perniciosa à sociedade, sobretudo por contribuir com a disseminação da substância ilícita entre a população, fato que, por alcançar patamares



insuportáveis, coloca em risco, inclusive, a tranquilidade social e a ordem pública, mormente por ser causa mediata de vários outros delitos, notadamente aqueles de natureza patrimonial.

Aliás, bem ressaltou o Eminente Desembargador Ricardo Tucunduva, *"...o tráfico de drogas é delito incompatível com tais benefícios, podendo o legislador, então impor maior rigor na sanção aplicada aos seus infratores, em prol dos interesses da população ordeira e trabalhadora de nosso país..."* (6ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 0000472-64.2011.8.26.0115, j. 02.02.2012).

Com efeito, o Magistrado, ao aferir os requisitos legais para a concessão de tais benesses, não deve adotar uma postura contrafática, devendo lançar mão do conhecimento técnico, da experiência e de sua sensibilidade humana, pois, como ressaltou o eminente jurista Carlos Maximiliano: *"(...) Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida (...)"* (in "Hermenêutica e Aplicação do Direito". 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.60).

Registro, pela pertinência:

*"Entendo também que não se pode manter nas ruas alguém disposto a ganhar a vida desgraçando a dos outros. Embora fosse desnecessário dizer, lembre-se que a disseminação das drogas é hoje a maior chaga social. O número de usuários cresce vertiginosamente. Por seus efeitos deletérios, muitos se degeneram e outros tantos são arrastados à delinquência para manter o vício. O Judiciário não pode de maneira alguma se alhear. Deve dar resposta pronta e enérgica, que não se coaduna com o regime que mantenha criminosos dessa linhagem no convívio social.*

*"Lembre-se que as penas alternativas, como mencionado na Exposição de Motivos do então Projeto de Lei nº 689, de 18-12-96, restringem-se aos crimes de menor reprovabilidade e repercussão social, conceito em que obviamente não se enquadra o narcotráfico..."* (Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça exarado nos autos de Apelação Criminal nº 0006639-21.2010.8.26.0281 — fls. 110-A — Procurador Dr. José Antônio Dias Leite).

Sobre o tema, já se posicionou esta Egrégia

Corte:

*"...apenas admitindo, a título de argumentação, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, ainda que alguns requisitos do artigo 44, do Código Penal fossem favoráveis ao apelante, não estaria configurado o previsto no inciso III, in fine, do mencionado dispositivo legal, ou seja, 'os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente'..."* (6ª Câmara de Direito Criminal, Apelação 0056252-77.2010.8.26.0000, Rel. Des. Marco Antonio Marques da Silva, j. 09.02.2012).

*"Inviável, por fim, a pretendida substituição da pena por restritiva de direitos, absolutamente inadequada à conduta daquele que se dedica a prática do tráfico, conduta social de consequências nefastas à sociedade"* (5ª Câmara de Direito Criminal Apelação nº

0040683-80.2010.8.26.0050, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. 30.06.11, v.u.).

No mesmo sentido, inclusive, esta Colenda Câmara, por votação unânime:

*“A gravidade do delito de tráfico, consoante razões supra expendidas, não se coaduna com a fixação do mais benéfico dos regimes prisionais, tampouco com a conversão da carcerária em restritiva de direitos, mostrando-se insuficientes para a hipótese e socialmente não recomendáveis.*

*“Ademais, não se pode impingir à Sociedade a convivência com aqueles que não só provocam sua desestruturação, como não compartilham dos valores por ela professados, estando, no mais, em íntima ligação, os delitos de prática ilícita de drogas, com delitos extremamente graves, praticados sob as mais variadas formas de violência.*

*“Benefício qualquer, em especial sob a forma de penas alternativas, pode se arvorar em sinônimo de impunidade, na contramão do que busca o cidadão de bem.*

*“De qualquer modo, vale realçar o fato de que a suspensão da execução da parte do dispositivo artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 que vedava a conversão da carcerária em restritiva de direitos, declarada inconstitucional, não está a apontar a obrigatoriedade da substituição da pena privativa de liberdade, mas, apenas e tão-somente, está a demonstrar a sua possibilidade; in casu, tem-se que as circunstâncias em que perpetrado o delito e suas consequências, negativas, inviabilizam a aplicação da regra contida no artigo 44 do Estatuto Repressivo...”* (Apelação nº 0033922-84.2014.8.26.0602, rel. Des. Maurício Valala, j. 16.01.2017, V.U. – sem destaques no original).

*Em acréscimo à gravidade abstrata do delito*, tem-se que a diversidade e a natureza das drogas apreendidas e, ainda, a comparsaria evidenciaram maior reprovabilidade na

conduta dos réus Lucas e Vinícius.

De se consignar, por oportuno, que "... [a] substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. 2. Inviável acoimar de ilegal o acórdão impetrado que indeferiu a substituição da reprimenda, pois não se encontram preenchidos os pressupostos legais subjetivos, na forma do art. 44, III, do CP, haja vista a diversidade da droga apreendida..." (HC 368.517/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 28/04/2017 –sem destaques no original).

Pelas mesmas razões que motivam a não substituição da sanção carcerária, o regime prisional inicial fechado era mesmo o cabível no caso em comento.

Registro, pela pertinência:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*“O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.*

*“O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.*

*“A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. 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 Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.*

*“No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papérolas de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.*

*“Habeas corpus não conhecido.” (STJ – HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD – (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE –, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013 –sem destaques no original).*

Por derradeiro, incabível aplicar-se a diretriz prevista no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, porquanto o



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

regime prisional não foi fixado com base, exclusivamente, no *quantum* de sanção carcerária imposto.

4. Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos para absolver os réus Lucas Júnior Carneiro, Valdeci Gonçalves do Nascimento e Vinicius Aparecido Araújo Oliveira da prática do crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, o que o faço com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; a sanção de Lucas Júnior Carneiro e Vinicius Aparecido Araújo Oliveira Diego Henrique de Andrade resta concretizada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de multa de 250 (duzentas e cinquenta) diárias mínimas e a reprimenda de Valdeci Gonçalves do Nascimento totaliza 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de multa de 500 (quinhentas) diárias mínimas, mantida, no mais, a r. sentença.

SILMAR FERNANDES

Relator

Assinatura eletrônica

Artigo 1º, § 2º, inciso III, da Lei nº 11.419/2006.



## **DECLARAÇÃO DE VOTO**

**@Apelação Criminal nº 0000444-26.2015.8.26.0578.**

**Apelantes: Lucas Júnior Carneiro**

**Valdeci Gonçalves do Nascimento**

**Vinicius Aparecido Araújo Oliveira.**

**Apelado: Ministério Público.**

**@Processo nº 0000444-26.2015.8.26.0578 – Juízo da 1ª Vara Criminal da  
Comarca de Ourinhos.**

**Voto nº 32.500 – Revisor.**

## **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR**

Estou acompanhando o voto do digno Des. Relator na manutenção do provimento condenatório, porque também no exame que faço dos elementos de convicção resulta que os Apelantes estavam se dedicando ao tráfico ilícito de substância entorpecente.

Todavia, peço vênia para divergir no capítulo da dosimetria, mantendo a absolvição pelo crime de associação para o tráfico.

É que o dolo com que se conduziram os *réus Lucas e Vinicius* ficou dentro da normalidade e a droga toda que foi apreendida não



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atinge a 50,0g, e pelo critério que vem sendo adotado majoritariamente na Câmara, tais circunstâncias recomendam a incidência do fator de redução na fração máxima, com o que as penas devem ser reduzidas a um (1) ano e oito (8) meses de reclusão e cento e sessenta e seis (166) dias/multa.

Como os dois satisfazem as exigências do artigo 44, da Lei Penal, suas penas devem ser substituídas por prestação de serviços comunitários e pagamento de outros dez (10) dias/multa.

E para a hipótese de reconversão, deve ser fixado o regime aberto, tudo em função dos julgados mais recentes sobre a matéria, emanados dos Tribunais Superiores.

Ante o exposto, o meu voto **dá provimento aos recursos de Lucas Júnior Carneiro e Vinicius Aparecido Araújo Oliveira** em maior extensão, para reduzir as penas a um (1) ano e oito (8) meses de reclusão e cento e sessenta e seis (166) dias/multa; substituir a privação de liberdade por prestação de serviços comunitários e pagamento de outros dez (10) dias/multa, cada diária no mínimo legal; estipular o regime aberto para a hipótese de reconversão; e determinar a expedição de alvarás de soltura clausulados em favor de ambos.

**FRANCISCO ORLANDO**

**Revisor**





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	38	Acórdãos Eletrônicos	SILMAR FERNANDES	497195F
39	40	Declarações de Votos	FRANCISCO ORLANDO DE SOUZA	775D650

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0000444-26.2015.8.26.0578 e o código de confirmação da tabela acima.