PROCESSO Nº [PROCESSO]

MINISTÉRIO PÚBLICO X NICOLAS D’AVILA

RELATÓRIO

Trata-se de AÇÃO PENAL PÚBLICA movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com base em inquérito policial, em desfavor de NICOLAS D’AVILA, qualificado nos autos, denunciado pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, consistente em guardar consigo, para fins de disseminação, substâncias entorpecentes.

Consta da denúncia que, no dia 02 de maio de 2023, às 10h55, na Rua [ENDEREÇO], na Comarca de [CIDADE]/SP, o acusado foi flagrado portando 27 porções de Cannabis Sativa L. (maconha), totalizando 85,08g, e 5 porções de cocaína, pesando 26,24g, acondicionadas em sacolas plásticas ocultas em sua cueca. A abordagem ocorreu durante patrulhamento policial em um local reconhecido como ponto de venda de drogas. O denunciado teria admitido a prática do tráfico.

Recebida a denúncia em 21/06/2023, determinando-se a citação do réu (fls. 83/85).

Citado pessoalmente, o réu apresentou defesa preliminar por meio da Defensoria Pública, na qual não aduziu teses específicas quanto ao mérito, reservando-se para contestar as imputações nas alegações finais (121/127).

Em audiência de instrução, foram ouvidas as testemunhas de acusação e o réu foi interrogado.

Em suas alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação do réu, sustentando que as provas nos autos corroboram a prática do crime, sem a presença de excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

A Defesa, por sua vez, alegou, preliminarmente, a ilicitude da confissão informal efetivada aos policiais; ilicitude da prova obtida pela busca pessoal diante da ausência de fundada suspeita e; no mérito, pleiteia a absolvição por falta de provas (fls. 156/180).

Eis o resumo do essencial.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Preliminares.

A preliminar de ilicitude da confissão informal realizada aos policiais não merece prosperar. Primeiro, pois a suposta ilicitude da prova efetivada em sede inquisitorial não tem o condão de anular o processo em si, conforme ressonante jurisprudência dos Tribunais Superiores. Desta forma, ainda que houvesse ilicitude, não haveria que se falar em nulidade processual, já que a nulidade procedimental não contamina o processo.

Segundo, pois ainda que houvesse nulidade ela seria relativa e caberia à acusação a prova do prejuízo experimentado pelo acusado, prova esta que não fora produzida. Em outras palavras, não houve comprovação de que caso os avisos de Miranda houvessem sido efetivado no momento da abordagem, a confissão não teria ocorrido, valendo lembrar que o réu mantém diversas outras passagens, inclusive por tráfico de drogas, do que se presume ter conhecimento adequado sobre o seu direito ao silêncio.

Neste sentido:

Por proêmio, insubsistente a alegação de nulidade da sentença porquanto lastreada em prova ilícita decorrente da confissão informal e de outras dela derivadas.

No aspecto, o caso em tela não se amolda ao conceito de interrogatório sub-reptício, obtido pela autoridade através de subterfúgios ilícitos, em violação às formalidades previstas no artigo 6º do [PARTE] Penal.

Com efeito, a alegada violação ao direito ao silêncio, no momento da prisão em flagrante, pela ausência do “aviso de Miranda”, ensejaria apenas nulidade relativa, que demanda comprovação do prejuízo, o que não se comprovou na hipótese, sobretudo porque ao apelante foi garantido o direito ao silêncio na fase extrajudicial (fl. 11), ocasião em que tornou a confessar a prática da traficância é bom registrar , e porquanto optou por não comparecer à audiência (fl. 145); deixou, assim, de ofertar em juízo sua versão íntima acerca dos fatos. (...)

Mais a mais, a confissão informal sem prévia advertência do direito ao

silêncio não se trata de circunstância suficiente para contaminar os testemunhos dos policiais partícipes da incursão em sua totalidade, tampouco as demais provas obtidas durante a instrução penal. Mais a mais, a confissão informal sem prévia advertência do direito ao silêncio não se trata de circunstância suficiente para contaminar os testemunhos dos policiais partícipes da incursão em sua totalidade, tampouco as demais provas obtidas durante a instrução penal. (Apelação Criminal nº [PROCESSO]; Desembargadores XISTO

ALBARELLI RANGEL NETO [Presidente] E MARCELO SEMER).

Quanto a preliminar de ilicitude da busca pessoal em face da ausência de fundada suspeita, melhor sorte não assiste ao réu.

A busca pessoal se trata de um procedimento de Polícia Administrativa (de preservação da ordem pública, portanto), que, por intermédio da limitação de certos direitos individuais, objetiva a preservação do interesse público concernente a segurança (dentre outros interesses públicos delineados). Sua realização deve ser efetivada por agente que mantenha parcela do [PARTE] (Poder típico do Estado), e que se encontra delineado no artigo 78 do Código Tributário Nacional, que sedimenta:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interêsse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de intêresse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Trata-se de procedimento delineado no artigo 240 do [PARTE] Penal, especialmente em seu §2º, exigindo-se, tão somente, a fundada suspeita de que o submetido ao procedimento traga consigo arma proibida ou objetos achados ou obtidos por meios criminosos, cartas abertas ou fechadas destinadas ao acusado que possam ser úteis a elucidação de fatos ou para colher qualquer elemento de convicção.

O termo ‘fundada suspeita’, trata-se de um conceito jurídico indeterminado e que deve ser complementado pelo agente público no momento de sua atuação no caso concreto. Decorre daí que: (i) sua decisão ocorre em uma fração de segundos, momentos antes da abordagem policial; (ii) diversas circunstâncias fáticas circundam o preenchimento do conceito no íntimo do agente de segurança e que o levam a realizar a busca pessoal.

As circunstâncias fáticas que são observadas no momento da abordagem e que preenchem o conceito de ‘fundada suspeita’ podem ser: (a) a reação ou comportamento do indivíduo a ser submetido à pessoal quando avista os policiais; (b) os objetos visíveis que estejam em seu poder; (c) o local em que o indivíduo se encontra; (d) o horário em que é visto na localidade; (d) movimento de pessoas próximas; (e) possíveis mudanças de rumo da trajetória do indivíduo; (f) denúncias de pessoas com descrição similar em prática de atividades ilícitas, etc.

A certeza íntima do [PARTE] Pública quanto à necessidade de se proceder à busca pessoal vai aumentando de acordo com o número de circunstâncias fáticas presentes quando o indivíduo é avistado. Não obstante, não se pode afirmar que esta necessidade não estaria presente no caso de apenas uma das circunstâncias acima delineadas. Por óbvio que algumas circunstâncias isoladas trazem evidências mais frágeis do que outras. A título de exemplo, a circunstância isolada do ‘local onde o indivíduo se encontra’ é mais frágil do que a circunstância da ‘reação ou comportamento do indivíduo a ser submetido à pessoal quando avista os policiais’.

Não obstante, a presença de duas circunstâncias mais frágeis poderá levar ao reconhecimento da necessidade de atuação. Portanto, caberá ao [PARTE] Pública, quando exercendo a função de Polícia Administrativa, verificar a presença de uma ou mais circunstâncias fáticas que lhe permitam ou não realizar a abordagem, não havendo a possibilidade de se estabelecer a priori a presença de quais geraria o dever de atuação ao agente.

No caso concreto, os policiais relataram que o réu (i) se encontrava em local conhecido como ponto de tráfico; (ii) levou a mão à cintura abruptamente ao avistar a viatura. Portanto, das 7 circunstâncias acima delineadas, foram constatadas e comprovadas de forma testemunhal nos autos ao menos 2. Desta forma, não há espaço para se indicar vício na atividade [PARTE], já que investidos do [PARTE], realizaram a limitação momentânea do direito individual do réu – pelo procedimento busca pessoal – visando a preservação de interesse público concernente à segurança, quando se encontravam presentes, no caso concreto, ao menos 2 circunstâncias fáticas que preencheram, adequadamente, o conceito de ‘fundada suspeita’.

Rejeito, pois, as preliminares.

Inexistem outras preliminares ou prejudiciais a serem enfrentadas. Observo que o processo teve seu trâmite regular, com a observância de todas as garantias inerentes ao contraditório e à ampla defesa. Presentes, assim, os requisitos e as condições da ação, passo à análise do mérito.

No mérito, o pleito condenatório é PROCEDENTE.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada pelo auto de exibição e apreensão das drogas, aparatos para a separação de entorpecentes (fls. 12) e pelo laudo de exame químico-toxicológico de constatação e definitivo (fls. 16/18 e 70/74). Os laudos apontam que as substâncias mantinham como princípio ativo a COCAÍNA, constante na Lista F1 (Lista das substâncias Entorpecentes de uso Proscrito no Brasil) da Portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores. As drogas totalizaram 59,11g de maconha divididas em porções e 26,36g de cocaína, também dividido em porções.

A autoria, diante do conjunto probatório construído em sede de instrução processual também é indene de dúvidas. As testemunhas ouvidas em juízo apontam que a droga se destinava a venda, conforme fora afirmado pelo réu durante após acharem, com ele, os entorpecentes.

Diego Felicio Novaes (Policial Militar): Relatou que, no dia dos fatos, realizava patrulhamento na Rua Bento Biancardi, região conhecida pelo tráfico de drogas. Avistou o acusado caminhando, o qual, ao perceber a presença da viatura, levou a mão à cintura, comportamento que levantou suspeitas. Durante a abordagem, constatou que o acusado escondia duas sacolas plásticas dentro da cueca, contendo 27 porções de maconha e 5 porções de cocaína. O acusado teria confessado que estava vendendo drogas no bairro, sem ponto fixo.

Carlos Roberto Matiolli (Policial Militar): Confirmou o patrulhamento realizado com o colega Diego Novaes. Relatou que, ao virar uma esquina, avistaram o acusado, que demonstrou comportamento suspeito ao levar a mão à cintura. Na abordagem, encontraram duas sacolas escondidas na cueca do acusado, contendo porções de maconha e cocaína. O acusado teria admitido a prática do tráfico de drogas, afirmando que vendia pelo bairro de forma itinerante. A testemunha destacou que não foi encontrada nenhuma quantia em espécie com o acusado, pois ele teria acabado de adquirir a droga para venda.

Portanto, devidamente comprovada a mercancia de drogas, seja pelo modo como estavam embalados os entorpecentes, seja pela própria confissão efetivada aos policiais quando da prisão.

Anoto, nesse sentido, que a palavra dos Policiais Militares não pode ser relegada a segundo plano, sendo carecedoras de toda a confiança atribuída às demais provas testemunhais. Caberia a Defesa, neste sentido, produzir provas de que os militares teriam motivos para incriminar falsamente o acusado, pois a palavra do agente Público é dotada de presunção de veracidade, conforme já decidiu o Superior [PARTE]:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS PARA A IMPUTAÇÃO INICIAL - RELEVÂNCIA DA PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL - INVIABILIDADE - MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Havendo nos autos elementos suficientes para se imputar ao acusado a autoria do crime de tráfico de drogas, a manutenção da condenação é medida que se impõe. 2. As palavras dos policiais militares são dotadas de legítima presunção de veracidade, mormente se não comprovada qualquer animosidade com o acusado ou interesse escuso na sua vazia condenação. 3. Havendo duas condenações transitadas em julgado capazes de forjar reincidência, uma delas pode e deve ser utilizada na primeira fase dosimétrica para exasperar a pena-base pela circunstância judicial dos maus antecedentes. 4. Recurso desprovido. (STJ - AREsp: 2488497, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, [PARTE]: 20/02/2024)

Ou seja, não resta dúvida que o Réu, na data, horário e local dos fatos narrados na denúncia, trazia consigo drogas, para fins de venda a terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, a caracterizar a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, Lei nº 11.343/06), havendo perfeita subsunção ao tipo.

Os policiais militares ouvidos em juízo foram firmes e coerentes, relatando todos os detalhes anteriores à efetiva abordagem do Réu asseverando que o local é conhecido por ser ponto de venda de drogas e asseverando que o réu confessou a prática delitiva.

Já a tese de autodefesa do réu no sentido de que as drogas seriam para uso e não para a mercancia restou ilhada e dissonante de todas as demais provas dos autos. Com efeito, anoto que pela adoção da teoria da indiciariedade ou ratio cognoscendi, a tipicidade do delito carrega a presunção de sua tipicidade, cabendo ao réu comprovar o não cometimento do crime in tese praticado. No mesmo sentido, ilhada a tese de autodefesa de que estaria com menos drogas do que aquelas apresentadas pelos policiais.

Desta forma, não se desincumbiu, o réu, de seu ônus probatório, ou seja, não fora capaz de afastar a presunção imposta pela adoção da teoria já mencionada, somado ao fato se que as provas contradizem sua tese de autodefesa.

O Ministério Público, por sua vez, se desincumbiu de seu ônus probatório de forma adequada, nos termos do artigo. 156 do [PARTE] Penal, motivo pelo qual, a pretensão punitiva é procedente.

O fato ainda é antijurídico, posto que verberado pela lei penal, e não foi alegada nem restou provada nenhuma causa excludente de antijuridicidade dentre aquelas elencadas no art. 23 do CP.

O Réu é maior de 18 (dezoito) anos, penalmente responsável (imputável), consciente da ilicitude dos fatos que praticou e que lhe era exigida conduta diversa da que exerceram. Presente, destarte, sua culpabilidade.

Diante disso, a condenação é medida que se impõe.

Inexistem privilégios ou qualificadoras a serem apreciados. As circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes serão apreciadas quando da dosimetria da pena.

Passo à dosimetria da pena, adotando-se o sistema trifásico em observância ao art. 68 do Código Penal.

Primeira fase - no que se refere à pena base, a natureza da droga não foge da normalidade; a quantidade é razoável, sendo essas circunstâncias específicas neutras, portanto. O Réu ostenta maus antecedentes ([PROCESSO]), cujo período depurador já fora ultrapassado, mas que devem ser utilizados para negativar essa circunstância, na medida em que, neste particular, adoto a tese concretizada pelo STF no sentido da perpetuidade, exceto em casos específicos (RE 593.818).

As demais circunstâncias consignadas no art. 59 do CP são normais à espécie. Resta, portanto, negativada 1 circunstância na primeira fase – pena base majorada em 1/6 e fixada em 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias multa.

Segunda fase - reconheço a agravante da reincidência (art. 61, I do CP) por sustentar, o réu, condenação anterior transitada em julgado e sem transcorrer o período depurador – processo nº [PROCESSO] – data da extinção pena 20/11/2018 e novo crime em 02/05/2023. Reconheço a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, ‘d’, CP) efetivada informalmente aos policiais. Compenso a reincidência e a confissão, conforme entendimento ressonante do Superior [PARTE]. Não há outras agravantes ou atenuantes aplicáveis.

Assim, mantenho a pena base de em 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias multa.

Terceira fase – inexistem causas de aumento ou redução da pena; torno definitiva a pena imposta na segunda fase. Pena – em 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias multa pelo valor do piso legal, ante a ausência de demonstração da capacidade financeira do Réu.

Para fixação do regime inicial, adoto o entendimento do STF no julgamento do HC nº 111.840/ES que, em 27/06/2012, reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, Lei nº 8.072/90. Não obstante, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, CP e 42, Lei nº 11.343/06, e diante da reincidência e circunstâncias judiciais negativadas, deverá cumprir a pena privativa de liberdade que lhe é aplicada neste processo em inicial regime fechado.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a suspensão condicional da pena, ante o quantum de pena aplicado (arts. 44, I, e 77, caput, CP).

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a pretensão acusatória, para CONDENAR o Réu NICOLAS D’AVILA, pela prática do crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, impondo-o a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado e 583 dias-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Ante a ausência de pedido de prisão processual do Ministério Público, apesar dos diversos processos pelos quais responde o réu (inclusive um de homicídio tentado), o réu poderá recorrer em liberdade.

Deixa-se de estabelecer valor mínimo para reparação civil, dada a ausência de ofendido (art. 387, IV, CPP) – crime vago.

Determino a incineração de todas as drogas e contraprovas apreendidas, caso assim ainda não se tenha procedido. Oficie-se conforme necessário.

Com o trânsito em julgado:

a. comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral (art. 15, III, CF) e ao IIRGD;

b. intime-se o Réu para o recolhimento da pena de multa, no prazo de 10 (dez) dias;

c. procedam-se às demais diligências necessárias para o início da execução penal;

d. procedam-se às demais diligências e comunicações determinadas no [PARTE] da Egrégia Corregedoria-[PARTE].

Condeno, ainda, o réu ao pagamento das despesas e custas judiciais, ficando ressalvada a concessão da gratuidade de justiça concedida e a aplicação do art. 98, §3º do [PARTE] Civil, aplicável de forma subsidiária, por força do art. 3º do [PARTE] Penal.

PUBLIQUE-SE. REGISTRE-SE. INTIMEM-SE.

RAFAEL SALVIANO SILVEIRA

JUIZ SUBSTITUTO