Vistos.

Trata-se de Ação Penal Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo no uso de suas atribuições constitucionais em desfavor NICOLAS D'AVILA, devidamente qualificado nos autos, denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Consta na denúncia que no dia 2 de maio de 2023, às 10h55min, na Rua [ENDEREÇO], nesta cidade e comarca de Marília/SP, trazia consigo, para fins de disseminação, 27 porções contendo 85,08g de Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, e 5 porções contendo 24,24g de cocaína, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica.

A denúncia foi recebida (pp. 83/85) e o acusado, devidamente citado (p. 102), apresentou defesa prévia (pp. 121/127).

Durante a instrução, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, sendo, ao final, realizado o interrogatório.

Alegações finais constantes da ata de audiência o Ministério Público do Estado de São Paulo requer a condenação do acusado nos termos da denúncia, na medida em que comprovadas a autoria e materialidade delitivas pelas provas produzidas no processo.

Já a Defensoria Pública alega que (...).

Eis a síntese do essencial.

FUNDAMENTO E DECIDO.

PRELIMINARES

Inexistem 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 pedido é PROCEDENTE.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (p. 4), auto de exibição e apreensão (p. 12), fotografias (pp. 13/14), laudo de constatação (pp. 16/18), laudo definitivo de entorpecentes (pp. 70/74), além da prova oral colhida na instrução.

A autoria, diante do conjunto probatório construído em sede de instrução processual também é indene de dúvidas, conforme será adiante demonstrado.

A testemunha Diego Felicio Novaes, policial militar, na fase policial (p. 5), disse, ipsis litteris, que no momento dos fatos, realizava patrulhamento ostensivo, com vistas ao combate ao tráfico de drogas, fato ocorrido na Rua Bento Biancardi, na zona sul da cidade, região conhecida nos meios policiais como tendo muitos fatos relacionados ao tráfico de entorpecentes. O autuado aqui presente foi avistado caminhando à pé e ao perceber a presença policial, levou a mão à cintura. Esse comportamento chamou a atenção, e em razão disto foi realizada uma abordagem. Em revista pessoal, foram encontradas duas sacolas, as quais estavam escondidas por dentro da cueca que ele trajava. Em uma das sacolas, foram encontradas 05 (cinco) porções de substância parecida com cocaína, as quais estavam embaladas em papel plástico transparente. Na outra sacola encontraram 27 (vinte e sete) porções de substância esverdeada e com odor característico de maconha. Não foi encontrado dinheiro em poder do autuado. O autuado foi indagado a respeito da droga e ele acabou admitindo que de fato estava praticando o comércio de drogas pelo bairro, mas não em algum ponto fixo, determinado. O material foi apreendido e foi dada voz de prisão ao autuado, sendo ele apresentado nesta unidade policial. Foi necessário o uso de algemas, em razão do receio de fuga.

Em juízo, confirmou o depoimento prestado na fase inquisitiva. Respondeu ao representante do Ministério Público que o local em que o acusado foi abordado é conhecido ponto de tráfico de drogas e que as substâncias estavam embaladas, em formato típico de venda, em duas sacolas. Afirmou que não havia abordado o réu em outras ocasiões.

A testemunha Carlos Roberto Matiolli, policial militar, ouvido na fase inquisitiva (p. 6), relatou, ipsis litteris, que realizava patrulhamento ostensivo, com viatura caracterizada na oa sul da cidade, mais precisamente na Rua Bento Biancardi, cruzamento com a rua dos Vicentinos, região conhecida nos meios policiais como tendo muitos fatos relacionados ao tráfico de entorpecentes. Neste cruzamento, o autuado aqui presente ao virar a esquina e deparar-se com a viatura policial, levou a mão à cintura, chamando bastante atenção aquele gesto. Em razão disto foi realizada a abordagem. Em revista pessoal, foram encontradas duas sacolas, as quais estavam escondidas por dentro da cueca que ele trajava. Em uma das sacolas, foram encontradas 05 (cinco) porções de substância parecida com cocaina, as quais estavam embaladas em papel plástico transparente. Na outra sacola encontraram 27 (vinte e sete) porções de substância esverdeada e com odor característico de maconha. Não foi encontrado dinheiro com o autuado. O autuado foi perguntado a respeito da droga e ele acabou admitindo que tinha pego a droga para vender e que de fato estava praticando o comércio de drogas pelo bairro, mas não em algum ponto fixo, determinado, ou seja, ele fica andando pelo bairro e vendendo para quem conhece. O material foi apreendido e foi dada voz de prisão ao autuado, sendo ele apresentado nesta unidade policial. Foi necessário o emprego de algemas devido ao receio de fuga. Acrescenta que o autuado também estava sendo procurado pela justiça pela prática de homicídio.

Em juízo, confirmou a versão apresentada na delegacia. Respondeu que o réu confessou aos policiais que estava traficando e que, com ele, não foi encontrado valor em dinheiro. Disse, ainda, que as drogas estavam embaladas em porções prontas para venda e que não o conhecia de outras ocorrências, apenas conhecia o local como ponto de tráfico de drogas.

O acusado Nicolas D'ávila, na delegacia (p. 7), relatou, ipsis litteris, que é verdade que estava na posse das cinco porções de cocaina e de vinte e sete porções de maconha, como foi apontado. A droga estava escondida na cueca do interrogando. Diz o interrogando que a droga lhe foi dada para uso pessoal e que as recebeu como pagamento, pois, ajuda o pessoal que faz a venda de drogas na região e acabou recebendo as mencionadas porções como forma de pagamento. Atua como "olheiro" do tráfico na região, avisando os traficantes quando a polícia chega. Como disse, recebeu a droga apreendida em seu poder como forma de pagamento pelos trabalhos prestados como "olheiro" e era para seu consumo próprio.

Em seu interrogatório judicial, disse que não confessou a prática delitiva aos policiais militares e que, ao se deparar com a viatura, jogou um cigarro de maconha no chão e tentou disfarçar, momento no qual foi abordado. Alegou que estava alucinado sob o efeito de drogas e que se apavorou ao ver a polícia porque estava foragido em razão de um processo por tentativa de homicídio. Alegou que encontraram em sua posse apenas cinco porções de cocaína para uso pessoal, com meio grama cada, e que a maconha que tinha era apenas o cigarro que estava fumando. Respondeu que, na época dos fatos - 2 de maio de 2023 -, trabalhava na construção civil e que recebia o salário no dia 20. Indagado pelo [PARTE], disse que estava com as drogas para seu uso e que não conhecia os policiais de ocorrências anteriores. Ademais, sustentou que estava na casa de sua mãe, que reside há mais de 10 anos naquele local.

Diante da prova oral colhida e das demais provas produzidas, reputo que a acusação contida na denúncia foi devidamente confirmada. Isso, pois 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)

No caso dos autos, verifica-se que os depoimentos das testemunhas policiais militares foram harmônicos, lógicos, diretos e livres de dúvidas desde a fase inquisitiva, confirmando-se na fase judicial, nada indicando intenção deliberada de prejudicar o acusado. De se frisar que os policiais, até prova em contrário, não têm interesse em falsamente incriminar pessoa inocente. Logo, não há que se pôr em dúvida a idoneidade de suas palavras. Ademais, seus depoimentos, quando se apresentam, como na hipótese analisada, seguros e coerentes, autorizam a formulação de um juízo de condenação.

Quanto a subsunção dos fatos ao tipo penal, destaca-se que o acusado praticou conduta descrita no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, ou seja, trazia consigo, para fins de disseminação, sem autorização legal e regulamentar, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica. Realmente, o laudo definitivo de entorpecentes (pp. 104/108) comprovou a presença de tetrahidrocanabinol e cocaína nos itens sobre os quais recaiu a análise do perito.

Do exame dos autos, extrai-se que, na data dos fatos, em local bastante conhecido como ponto de venda de entorpecentes desta cidade, o acusado, após notar a presença dos policiais militares, com comportamento suspeito, colocou a mão na cintura, momento no qual foi abordado e, realizada busca pessoal, foram encontrados dois sacos plásticos dentro de sua cueca. No interior dos sacos plásticos foram localizadas 27 porções de maconha, bem como 5 porções de cocaína.

Sobre o elemento subjetivo do tipo previsto no art. 33 da [PARTE], consigna Andrey [PARTE] e Paulo Roberto [PARTE], na página 101 do livro "Lei de drogas comentada artigo por artigo" (3ª ed. São Paulo: Método, 2012):

"O crime é essencialmente doloso. Não se exige qualquer elemento subjetivo específico, bastando à consciência a e a vontade de realizar alguma das condutas descritas. Embora a expressão 'tráfico de drogas' esteja associada, na linguagem comum, à ideia de mercancia e lucro, o conceito jurídico é diverso, pois não se exige qualquer elemento subjetivo, além da simples consciência e vontade de praticar qualquer dos dezoito verbos-núcleos mencionados. O tipo, portanto, não exige qualquer elemento subjetivo específico, bastando o conhecido 'dolo genérico'."

No mais, a solução legal para se concluir pela condição de traficante vem da análise dos elementos constantes do art. 28, §2º, da Lei nº 11.343/06. Neste contexto, observo que o local em que os fatos se deram (conhecido como ponto de venda de drogas), a forma de acondicionamento do entorpecente (embalados em porções, prontos para venda), o fato do réu estar com eles escondido em sua roupa íntima, tudo revela que se trata, ele, de traficante.

Quanto às causas de aumento ou diminuição de pena, de se levar em conta que não incide o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, vez que se trata, o acusado, de pessoa reincidente, o que demonstra sua ligação com o mundo do crime e afasta, assim, o benefício. (CASO SEJA ALEGADO PELA DEFESA).

Desta forma, demonstrado que o acusado agiu com evidente dolo de traficar drogas, tendo plena consciência da ilicitude da conduta, não havendo nos autos qualquer prova de que estivesse sem a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato.

Portanto, a acusação contida na denúncia, em cotejo com as provas produzidas durante a instrução, foi devidamente confirmada, não se podendo alegar insuficiência probatória.

Diante do panorama apresentado, por se enquadrar, a conduta do acusado, no conceito de fato típico e antijurídico, e não havendo excludente de culpabilidade, a condenação é medida de rigor. Assim, afastadas as teses defensivas.

Por fim, 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.

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.

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 deve ser considerada contra o Réu, por terem sido apreendidas duas diferentes espécies, entre elas a cocaína, especialmente viciante e danoso à saúde pública; já a quantidade é razoável, sendo essa circunstância neutra, portanto. O Réu não ostenta maus antecedentes, já que tecnicamente primário.

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

Segunda fase - reconheço a agravante da reincidência (art. 61, I do CP) por ostentar condenação transitada em julgado sem transcorrer o período depurador – processo nº [PROCESSO].8.226.0344.

Não reconheço a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, ‘d’, CP), na medida em que o réu confessou crime diverso daquele pelo qual é condenado, aplicando-se, pois, a Súmula 630 do Superior [PARTE].

Assim, nesta fase majoro a pena base em 1/6, já descontada a compensação parcial pelo reconhecimento da confissão. Pena – 6 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Terceira fase – inexistem causas de aumento ou redução da pena; torno definitiva a pena imposta na segunda fase. Pena definitiva – 6 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Ante a ausência de demonstração da capacidade financeira do Réu, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.

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 circunstância judicial específica negativada, deverá cumprir a pena privativa de liberdade que lhe é aplicada neste processo em regime inicial 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 e os antecedentes do réu (arts. 44, I, e 77, caput, CP).

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a pretensão acusatória, para CONDENAR o Réu NICOLAS D'AVILA, devidamente qualificado nos autos, pela prática do crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, impondo-o a pena de 7 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado e 680 dias-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Tendo em vista que o réu permaneceu solto durante a instrução penal e diante da ausência de novo pedido do Ministério Público para a prisão processual do réu, a manutenção da liberdade é medida que se impõe – considerando-se, ainda, o sistema acusatório adotado pelo Constituição Federal e concretizado pelo [PARTE] Penal em recente alteração, de forma a impedir iniciativa direta do magistrado quanto às prisões cautelares.

Tendo em vista o pedido tardio do Ministério Público do Estado de São Paulo, de forma a impedir o contraditório e ampla defesa em relação à indenização – já que pleiteada somente em razões finais – deixo de estabelecer valor mínimo para reparação civil (art. 387, IV, CPP).

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

Declaro o perdimento de eventuais valores apreendidos em espécie em benefício da União, a serem revertidos ao FUNAD.

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.