



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB N°

10

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n° 990.08.185960-2, da Comarca de Santos, em que é apelante CARLOS ALBERTO DE AGUIAR JUNIOR sendo 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: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO APELO PARA, MANTIDA A R. SENTENÇA QUANTO AO MAIS, REDUZIR AS PENAS PARA DOIS ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO E DUZENTOS E CINQUENTA DIAS-MULTA, NOS TERMOS DO ACÓRDÃO, OFICIANDO-SE À ORIGEM COM URGÊNCIA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A DEFENSORA PÚBLICA, DRA. DENISE CAETANO DE MELO E USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA DR. ANTÔNIO OZÓRIO LEME DE BARROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALMEIDA SAMPAIO (Presidente sem voto), IVAN MARQUES E TEODOMIRO MÉNDEZ.

São Paulo, 19 de abril de 2010.

ANTONIO LUIZ PIRES NETO
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO Nº 990.08.185960-2 - SANTOS
APTE. : CARLOS ALBERTO AGUIAR JÚNIOR
APDO.: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR : A. L. PIRES NETO

VOTO: 18.095

CARLOS ALBERTO AGUIAR JÚNIOR foi condenado ao cumprimento de cinco anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa de valor unitário mínimo, como incurso no art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006.

Inconformado, assistido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, apelou para pedir a desclassificação para a infração do art. 28 da Lei 11.343/2006, ou ao menos a redução das penas, seja pelo afastamento da reincidência e aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4.º, daquela lei, seja por força da atenuante da menoridade ou pelo reconhecimento da semi-imputabilidade.

O recurso foi bem processado e a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, representada pela Drª. Mônica de Barros Marcondes Desinano, opinou pelo desproyimento (fls. 173/178).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É o relatório, também adotado o da r. sentença.

A absolvição, que aliás nem foi objeto específico do apelo, é impossível, mesmo porque as provas trazidas para os autos demonstraram o acerto da condenação.

Não há dúvida alguma a respeito da materialidade da infração, de resto jamais posta em dúvida pela defesa e devidamente provada pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 58 e vº, com resultado positivo para “*cocaína*”.

Consta dos autos que policial militar acompanhando por sistema de monitoramento por câmeras a movimentação durante a madrugada no local referido na denúncia, junto a quiosques perto da praia, captou imagem do apelante em atitude suspeita em contato com outras pessoas que o abordavam e lhe entregavam dinheiro, em seguida ao que ele caminhava até uma mureta nas proximidades, onde retirava alguma coisa do interior de um coco, voltando para perto daquelas pessoas a quem entregava o que havia retirado daquele coco.

Essas informações foram repassadas ao COPOM e os policiais militares acionados localizaram o apelante com base nas características pessoais que haviam sido fornecidas, sendo ele detido depois de haver colocado na boca as porções de cocaína que foram apreendidas (o que explica o fato de um dos papelotes ter sido encontrado rompido, com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

perda de parte do seu conteúdo), tudo registrado no auto de prisão em flagrante, com inteira confirmação em Juízo (fls. 02/09, 71/72 e 74/75).

No que se refere à autoria, o apelante é confesso. Na fase policial e depois em Juízo, no curso do devido processo legal, e, pois, sob o crivo do contraditório e assegurada a ampla defesa, sempre confessou que trazia consigo aquelas porções de cocaína que foram apreendidas (o que atesta, portanto, a regularidade da ação policial), alegando, porém, que se destinavam ao seu próprio consumo (v. fls. 8 e 71vº/72).

Discute-se, a partir daí, apenas a destinação da droga apreendida.

Mauro José Novaes e Paulo Rogério Pereira reafirmaram em audiência, com segurança e sem hesitação, tudo quanto haviam dito perante a autoridade policial, ou seja, que o apelante foi surpreendido nas circunstâncias registradas no auto de prisão em flagrante e mencionadas acima, depois de haver sido flagrado por câmeras de vigilância instaladas em local público quando agia na distribuição da droga a outras pessoas (v. fls. 74/75vº).

Nota-se, aliás, que esses policiais se limitaram à descrição das diligências de que haviam participado, sem alguma preocupação de “carregar nas tintas” para incriminar o apelante, o que reforça a credibilidade dos depoimentos que prestaram no curso da ação penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como explicitado acima, esses depoimentos foram firmes, seguros e convincentes na incriminação do apelante, indicando, sem alguma dúvida ou hesitação, a prática do comércio clandestino de droga, sendo improcedentes as dúvidas levantadas pela defesa. Ao contrário, os policiais militares confirmaram que as imagens captadas durante a madrugada flagraram o apelante em aparente distribuição de droga a outras pessoas; e um desses policiais, Mauro José Novaes, disse em Juízo, de forma expressa, que, trabalhando no monitoramento acima referido, observou que a conduta do apelante era suspeita pelo seguinte: *“...pude ver que três diferentes pessoas foram até o local onde estava o acusado e conversaram com ele. Cada uma dessas pessoas o procurou separadamente, manteve com ele contato ‘de mão’ suspeito e essa pessoa o aguardava enquanto ele se dirigia a um coco que permanecia próximo ao quiosque. Estimo que essa distância fosse mais ou menos de vinte metros e observei que a pessoa que o aguardava só se retirava depois que ele voltava ‘do coco’. A impressão que tive é que ele pegava alguma coisa no coco e entregava para quem o procurava. Esta cena se repetiu com três diferentes pessoas e nenhuma delas se juntou ao grupo onde estava o réu. Em determinado momento ele foi ao coco e virou no chão três pequenos objetos de cor branca. Foi então que desconfiei que se tratasse mesmo de entorpecente e avisei o COPOM a respeito do que estava sendo observado”* (cf. fl. 75, **‘sic’**).

Inequivocamente, por tudo quanto foi exposto acima, ao contrário do que foi sustentado nas razões de apelação, a substância apreendida era mesmo destinada à distribuição clandestina, tanto que os policiais agiram a partir de informações a respeito de tráfico de drogas naquele local onde o apelante foi visto agindo daquela forma.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não se desconhece que, nos dias atuais, traficantes costumam trazer consigo pequenas quantidades de droga para venda, assim buscando livrar-se da acusação mais grave mediante alegação de sua destinação ao próprio consumo, o que também ocorreu no caso destes autos, tanto que as porções de cocaína eram portadas pelo apelante fora de casa, em praça pública, nas imediações de quiosque de praia durante a madrugada, lugar costumeiramente frequentado por jovens, sabidamente o público de maior interesse visado pelos traficantes, o que também reforça o convencimento quanto à destinação da droga para o tráfico ilícito e não para o consumo pessoal do apelante.

Ademais, não se pode perder de vista que, para escusar-se, o apelante alegou que consumia a droga em companhia de pelo menos outras duas pessoas, cujos nomes mencionou (v. fl. 71vº); entretanto, sintomaticamente, nenhuma delas foi arrolada pela defesa para abonar essa versão exculpatória...

De resto, está pacificado na jurisprudência que não há necessidade de o agente ser flagrado no ato de vender a substância entorpecente a outrem para que a infração mais grave fique bem tipificada, bastando, para o aperfeiçoamento do tipo, a realização de quaisquer das ações elencadas no artigo 33 da nova lei de entorpecentes, uma delas a que está descrita na denúncia e que se comprovou nestes autos, ou seja, "trazer consigo" sem autorização legal. Além disso, no caso específico destes autos, o comportamento típico da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

traficância foi flagrado por meio de monitoramento eletrônico, o que possibilitou a identificação do traficante.

Também não se pode perder de vista que a circunstância de o apelante ser dependente de drogas não afasta a certeza do exercício da traficância, mesmo porque, como é ressabido, são frequentes os casos em que o traficante faz uso da mesma substância que costuma comercializar.

Ainda é digno de nota que o apelante confessou a realização de outra conduta típica do tráfico ilícito de drogas, tanto que declarou em Juízo, de forma expressa: *“comprei cinco papелotes de cocaína (...) além desses cinco comprei um sexto papелote para um conhecido que estava no quiosque. Ele pediu para trazer um para ele e eu guardei as porções de cocaína dentro de um coco”* (v. fl. 71vº). O fato de haver guardado a droga para outra pessoa já tipificaria a infração mais grave, afastando a posse para mero consumo pessoal.

Nesses termos e à vista desse quadro probatório assim expressivo e convincente, tem-se que a condenação foi acertada, pelo que fica mantida nos termos em que foi bem decretada, sendo incabível a pretendida desclassificação para a infração do art. 28 da Lei 11.343/2006.

Assim mantida a condenação, as penas, todavia, comportam redução. As bases, fixadas nos mínimos legais, foram agravadas, no segundo degrau do critério trifásico, em razão da reincidência; mas, a r. sentença, por evidente equívoco, desconsiderou a atenuante da menoridade e por isso deixou de aplicar a respectiva redução (v. fl. 126). Como a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

menoridade se constitui em circunstância que sempre reduz a pena, esse defeito da sentença fica corrigido com a redução das penas-base aos mínimos legais de cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa no menor piso.

A despeito do louvável esforço da defesa para sustentar o contrário, o apelante é mesmo reincidente, porque já sofreu condenação anterior, definitiva, por infração do art. 28 da Lei 11.343/2006 (aliás, inserido nessa lei no capítulo “*Dos Crimes e das Penas*”). Ou seja, cometeu novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o havia condenado por crime anterior, na forma do art. 63 do Código Penal (v. fl. 145).

O afastamento da reincidência com base em condenação dessa natureza dependeria de descriminalização do porte de droga para consumo pessoal, o que, todavia, não foi feito pelo legislador, uma vez que na lei nova houve somente a despenalização, assim entendida como a não cominação de pena privativa de liberdade.

A respeito desse tema, o Supremo Tribunal Federal já decidiu (www.stf.jus.br):

“EMENTA I Posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11 343/06 - nova lei de drogas) natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11 343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII) 2 Não se pode, na interpretação da Lei 11 343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Penas", só a ele referentes (L. 11 343/06. Título III, Capítulo III, arts 27/30)

3 Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L 11 343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C Penal, art 12)

4 Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art 76 da L. 9 099/95 (art 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art 107 e seguintes do C Penal (L 11 343, art 30)

6 Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7 Questão de ordem resolvida no sentido de que a L 11.343/06 não implicou 'abolitio criminis' (C Penal, art 107)"

(RE 430105 QO / RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17/02/2007, 1ª Turma, VU – com grifos deste relator).

Da mesma forma e na esteira desse entendimento segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br):

"O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, rejeitou as teses de 'abolitio criminis' e infração penal 'sui generis' para o crime previsto no art. 28 da Lei 11 343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização" (HC nº 116.531/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/05/2009, 5ª Turma, VU).

Entretanto, é inegável que, submetido a exame de dependência, o apelante foi dado como dependente de maconha e cocaína e considerado, pelos peritos, como semi-imputável com relação ao uso de drogas, porque, em razão do vício, apesar de ser inteiramente capaz para entender o caráter ilícito do porte de drogas, "era parcialmente capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento". Ao mesmo tempo, essa mesma perícia firmou conclusão contrária no que se refere ao tráfico



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ilícito de drogas, dando o apelante, no particular, como inteiramente capaz (v. fls. 15/18 dos autos apensados).

Dessas conclusões periciais resulta, no mínimo, séria dúvida que só pode ser resolvida em benefício da defesa: seria possível alguém apresentar-se, ao tempo do fato, como inteiramente capaz de determinar-se de acordo com o entendimento do caráter ilícito do tráfico de drogas e, ao mesmo tempo, apenas como parcialmente capaz de determinar-se de acordo com o entendimento do caráter ilícito do porte de drogas? Como o juiz não está adstrito ao laudo, essa aparente contradição não pode ser tomada de forma absoluta e em prejuízo da defesa, principalmente quando esse laudo, de forma expressa, também salientou quanto à pessoa do apelante: “*O examinando necessita fazer tratamento psiquiátrico e psicoterápico, ambulatorial, para drogadição, por cerca de dois anos, com comprovação em Juízo*” (*sic* – fl. 18 dos autos apensados).

Assim sendo, justifica-se, por força da semi-imputabilidade atestada pericialmente, a redução das penas na forma do art. 46 da Lei 11.343/2006. Determina-se, portanto, a redução de metade, adotada essa fração por tudo quanto foi exposto acima, especialmente porque essa conclusão favorável à defesa decorreu, antes de tudo, da perplexidade trazida pelas conclusões periciais.

Por causa da reincidência (e, não fosse assim, ao menos por causa dos maus antecedentes representados por condenação anterior com trânsito em julgado), descabe a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesses termos, as penas-base de cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, reduzidas de metade, resultam em dois anos e seis meses de reclusão e duzentos e cinquenta dias-multa de valor unitário mínimo.

De resto, o regime inicial fechado é o único compatível com o tráfico ilícito de drogas, crime grave, hediondo por equiparação legal, sabidamente gerador de grande intranquilidade social e que realmente fomenta a violência, acentua o avanço da criminalidade e desestabiliza a vida familiar. Tudo isso, por certo, exige maior rigor na aplicação da lei penal e não é por outra razão que o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, obriga a fixação desse regime mais severo em condenações dessa natureza.

Anota-se, de passagem, que a r. sentença nada decidiu a respeito da perda do dinheiro apreendido em poder do apelante, donde se presume, tanto que não houve inconformismo do Ministério Público, que o dinheiro apreendido teria origem legítima para poder ser restituído ao dono.

Pelo exposto e em suma, dá-se provimento parcial ao apelo para, mantida a r. sentença quanto ao mais, reduzir as penas para dois anos e seis meses de reclusão e duzentos e cinquenta dias-multa, nos termos do Acórdão, oficiando-se à origem com urgência.


Antônio Luiz PIRES NETO
RELATOR