



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000230573

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019072-94.2015.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes THIAGO CANDIDO FERRAZ e MARCOS VINICIUS CANDIDO FERRAZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM AS PRELIMINARES, e, no mérito, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para aplicar o redutor previsto no art. 33, §4º da lei 11343/06, com repercussão na pena, a qual passa a ser de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e mais 166 (cento e sessenta e seis) diárias, no piso, para cada um dos acusados.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 5 de abril de 2017

JAIME FERREIRA MENINO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Nº 0019072-94.2015.8.26.0309

VOTO Nº. 958

Apelante : THIAGO CANDIDO FERRAZ
Apelante : Marcos Vinicius Candido Ferraz

Apelado : Ministério Público do Estado de São Paulo

COMARCA: Jundiaí

MAGISTRADO(A): Clovis Elias Thomê

EMENTA- Tráfico – Preliminares – Violação de sigilo do aplicativo whatsapp – Inocorrência – Violação do domicílio – Incabimento – Pleitos afastados - Caracterização - Pleito de absolvição por insuficiência de provas em relação ao acusado Thiago - Impossibilidade - Materialidade delitiva e autoria demonstradas nos autos - Condenação mantida - Pena remanejada ante o reconhecimento do “tráfico privilegiado” - Regime inicial fechado - Legalidade e compatibilidade evidenciadas – Penas alternativas incabíveis - Recurso parcialmente provido.

THIAGO CÂNDIDO FERRAZ E MARCOS

VINÍCIUS CÂNDIDO FERRAZ não se conformando com a r. sentença de (fls.254/267), que os condenou como incurso nas sanções do artigo **33, "caput" da Lei nº.11.343/06**, para cumprimento da pena total, cada um deles de **CINCO (05) ANOS DE RECLUSÃO e 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA**, com o valor unitário no mínimo legal, com regime prisional **inicial fechado**, **apelam** (fls.306/307), buscando, em preliminar, o reconhecimento da nulidade da prova colhida, já que obtida com quebra de sigilo dos celulares do acusado, e ainda por ausência de autorização de entrada aos milicianos, violando o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, e, no mérito, a absolvição do acusado Thiago por ausência de provas, e a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º da lei 11.343/06.

Regularmente processado o recurso, com contrarrazões às (fls.344/347).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Procuradoria de Justiça no seu parecer de (fls.351/355), ofertou manifestação pelo afastamento da preliminar e provimento parcial do recurso, na questão de fundo.

Importante relatar que as razões de apelação de fls. 278/296 (protocoladas em 02/06/2016) e as respectivas contrarrazões (fls. 324/327), devem ser reputadas como atos inválidos, já que o mandato, do qual a procuração é mero instrumento, foi revogado em 30/05/2016 por ambos os réus, conforme petição e documentos de fls. 297/305.

Aliás, através da publicação de fls. 275, a pretérita impugnação seria intempestiva, já que deveria ter sido ofertada até o dia 30/05/2016 e o foi, como dito, apenas em 02/06/2016.

Porém, em homenagem à ampla defesa, tendo em vista que a afronta foi razoável – apenas dois dias – e que os novos causídicos foram intimados já com o recurso recebido (fls. 308), de rigor o processamento recursal.

É O RELATÓRIO.

O apelo defensivo comporta parcial provimento.

Os apelantes **THIAGO CÂNDIDO FERRAZ E MARCOS VINÍCIUS CÂNDIDO FERRAZ** foi condenado pela r. sentença de (fls.254/267), porque, segundo a inicial acusatória de (fls.120/122), "No dia 21 de outubro de 2015, por volta das 19h30min, na Avenida Quatorze de Novembro, nº 11, Vila Rami, na cidade de Jundiaí/SP, os acusados, agindo em concurso de agentes, caracterizado pela unidade de desígnios entre si, traziam com eles, guardavam e mantinham em depósito, para fins de entrega a consumo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

terceiros, **duas porções de maconha, pesando aproximadamente 70 gramas e cinco tijolos , também de maconha, pesando aproximadamente 5.067 gramas**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Com os acusados foram apreendidos R\$ 213,85 em espécie, dois rolos de fita adesiva, duas balanças, sacos plásticos para embalar a droga, carbonato de cálcio e 02 aparelhos celulares.

Segundo restou delineado, policiais militares realizavam patrulha quando visualizaram **Thiago** pilotando uma motocicleta, tendo **Marcos** como garupa.

Ante a atitude suspeita, foram abordados, sendo que com **Thiago** foi encontrada **uma porção de maconha, de aproximadamente 50 gramas** e ainda R\$ 213,85 e com, **Marcos outra porção de maconha, pensando 20 gramas**.

Os milicianos foram até a casa de **Thiago**, onde encontraram sobre o guardarroupas do quarto do casal, **cinco tijolos de maconha e várias outras porções da mesma droga, pesando aproximadamente 5 (cinco) quilos**, além de duas balanças, fitas adesivas, sacos plásticos para embalar a droga e um pote de carbonato de cálcio.

As preliminares alegadas pela defesa devem ser ultrapassadas.

Quanto à primeira, acerca da impossibilidade de quebra do sigilo dos dados constantes no aparelho, mais precisamente no aplicativo whatsapp, a tese defensiva não convence.

O fundamento encontra respaldo na decisão exarada pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator ministro Nefi Cordeiro, julgamento em 19/04/2016, nos autos do RHC nº 51.531.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim diz a ementa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp , obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

Os principais argumentos da decisão foram o art. 5º, XII da Constituição Federal e o art. 7º, III da lei 12.965/14, legislação que regula o marco civil da internet.

De início importante mencionar que o caso aqui tratado é diverso do vislumbrado no Tribunal da Cidadania, por que lá a prova foi considerada inválida por que não houve autorização do delegado de polícia para a regular perícia e aqui, ao menos em um primeiro momento a impugnação tratou da polícia militar.

Mesmo que assim não o fosse, e também por que em um segundo momento a defesa cita a invalidade praticada pela autoridade policial, não houve qualquer mácula.

Com efeito, importante mencionar que a referida decisão não possui caráter vinculante.

Ademais, nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, e no caso concreto, há um choque de interesses com a necessidade de resguardo da ordem pública, tarefa atribuída às autoridades de polícia judiciária e à polícia militar, nos termos do art. 144, §§4º e 5º da Constituição Federal:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”.

Tendo em vista que a atividade dos milicianos é repressiva e a ordem pública é conceito indeterminado, a possibilidade de checagem ao aparelho decorre da própria previsão constitucional, precipuamente quando um delito está em andamento (relembre-se que o tráfico é de natureza permanente).

Em reforço, o art. 7º, III da 12.965/14, em que pese a contundente e brilhante decisão do Superior Tribunal de Justiça, com a devida vênia, dirige-se à inviolabilidade e sigilo dos dados no ambiente virtual, é dizer, quando os indivíduos estão conectados, até por que o citado artigo menciona no início “o acesso à internet”.

“Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos” (grifo meu):

Não é por outra razão que ao tratar da requisição dos registros (Seção IV da referida lei), há a menção à parte, ocasião em que será necessária a chancela judicial, e não à autoridade, seja ela qual for.

Pela importância, transcrevem-se os dispositivos:

“Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro”.

Aliás, o próprio objetivo da lei é regular o uso da internet, ou seja, demanda conexão, atualidade, o que se denota da ementa da legislação que assim dispõe:

“Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”.

Pensar de outro modo esvaziaria as atribuições da autoridade policial, especialmente o art. 6º, III do Código de Processo Penal, que assim preconiza:

“Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”;

Perceba-se que a lei impõe a colheita (expressão “deverá”), descumprimento que pode implicar em falta funcional.

Não é outra a ideia do art. 159 do CPP, o qual, foi



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

objeto da recente reforma da legislação processual, que reza:

“Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”.

Ou seja, além da perícia ser prova técnica, deve ser realizada obrigatoriamente, o que se denota, também, do artigo 160 do Código de Processo Penal:

“Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados (grifo meu)”.

Aliás, ante a necessidade, a lei impõe inclusive um prazo para a elaboração do laudo, previsto no § único do art. 160, CPP.

“Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos”.

É de se mencionar, também, que em recente decisão acerca da lei complementar nº 101/00, o Supremo Tribunal Federal, nos autos das **ADIN 2.386, 2.397 e 2.859**, permitiu aos órgãos da administração tributária quebrar o sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial.

Parece que é a mesma ideologia consagrada na Constituição, que **somente exige sempre decisão judicial nos casos de interceptação telefônica (art. 5º, XII, parte final da Constituição Federal c.c. lei nº 9.296/96)**

De outro lado, é notório que o aplicativo whatsapp, tem apresentado obstáculo ao cumprimento das decisões judiciais.

Ademais, as garantias constitucionais não podem servir de guarida para o cometimento de crimes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Soma-se a tudo que a decisão do Superior Tribunal de Justiça citada pela defesa pende de recurso ao Supremo (<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402323677&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>).

Por fim, o Pretório Excelso, em decisão proferida já sob a égide da atual Constituição decidiu caso análogo, no qual decidiu que dados de computador equivalem a documentos de escritório (STF, 1ª Turma, REExt nº 418.416-SC, relator ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 19/12/2006).

Da decisão citam-se os trechos que interessam ao caso concreto:

Ficou assentado que os dados armazenados na memória do computador não têm direito ao sigilo que a Constituição reserva à correspondência. O voto vencedor foi o do relator, ministro Sepúlveda Pertence, que sustentou que a Constituição protege a troca de dados, e não os dados em si. Para Pertence, os dados contidos no computador não estão protegidos pela lei. A inviolabilidade refere-se à interferência de um terceiro na troca destas informações. Se os dados fossem invioláveis também, o ministro acredita que qualquer investigação administrativa seria impossível.

Em seu voto, Sepúlveda Pertence citou entendimento de Tércio Ferraz, publicado em seu livro Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. “A troca de informações privativas é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. De outro modo, se alguém, por razões não profissionais, legitimamente tomasse conhecimento de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-lo”, comparara Tércio Ferraz.

A segunda preliminar diz respeito à ausência para os milicianos adentrarem à casa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ora, o tráfico é delito permanente e multinuclear que admite flagrante a qualquer tempo.

Ademais, a mais alta corte do país recentemente assentou a constitucionalidade da mesma hipótese, tendo proferido a seguinte tese:

“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticado” (STF, Plenário, RE 603616/RO, relator min. Gilmar Mendes, julgado em 04 e 05/11/2015, em repercussão geral)”.

As fundadas razões no caso concreto estão delineadas pela autorização do acusado **Thiago** mencionada pelos policiais, suspeita confirmada pela grande quantidade de droga apreendida, além de petrechos para o tráfico de drogas.

A materialidade restou demonstrada pelo laudo pericial de fls. 105/107 (droga) e de 108/112 (celular).

As autorias também são incontroversas.

Na fase policial o acusado **MARCOS VINÍCIUS CÂNDIDO FERRAZ** (fl.66), permaneceu calado. No interrogatório judicial (fls. 192/193), o acusado **MARCOS** confessou parcialmente o delito. Disse que passava por dificuldades financeiras, tanto que começou a cuidar dos filhos de seu irmão, o corréu **Thiago**, durante o seu trabalho. Afirmou que por essa razão, acabou por aceitar um “trabalho”, no qual receberia R\$ 400,00 por semana, para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

guardar entorpecentes. Informou que quando seu irmão o levou para sua casa, houve a abordagem policial e foram localizados com ele 70 gramas de maconha. Esclareceu que também mantinha guardados na casa do corréu **Thiago**, sem o conhecimento dele, 5 tijolos da mesma droga. Mencionou que os 70 gramas de maconha destinavam-se ao consumo próprio. Citou que estava há 3 dias armazenado o entorpecente. Asseverou que recebeu uma bolsa e a guardou tal como a recebeu, não sabendo se havia petrechos para o tráfico em seu interior.

Durante o inquérito policial (fls. 65), o acusado **THIAGO CÂNDIDO FERRAZ**, disse que sua esposa não sabia das drogas, já que elas estavam guardadas em cima dos guardarroupas. Sob o crivo do contraditório (fls. 190/191), **THIAGO** disse que não faz uso de entorpecente. Negou as acusações da denúncia. Afirmou que é irmão do corréu **Marcos**. Informou que seu irmão permanece em sua casa o dia todo, para cuidar dos seus filhos. Esclareceu que no final da tarde, leva seu irmão até a casa de sua mãe, onde ele reside. Mencionou que na data em que os fatos se deram, chegou do trabalho e levou seu irmão de motocicleta até a casa da mãe. Citou que no trajeto, houve a abordagem policial quando foram localizados entorpecentes com seu irmão. Asseverou que desconhecia esse fato e com ele foram localizados aproximadamente R\$ 200,00, que utilizaria para pagar uma conta. Disse que seu irmão admitiu possuir mais entorpecentes na sua cada, o que desconhecia. Afirmou que os policiais lá estiveram e localizaram tijolos de maconha. Negou quer a propriedade dos entorpecentes, quer seu comércio, ou ainda, ter conhecimento de que seu irmão possuía drogas.

Os policiais militares Lidio Navarro Garcia Neto e Keidiel Nascimento dos Santos, participantes da diligência policial que culminou com a apreensão da droga, na fase policial (fls.04 e 06), bem como em Juízo (fls. 194/195), de forma clara e precisa relataram que efetuavam patrulhamento de rotina pela Avenida 14 de Dezembro, quando avistaram os acusados em uma motocicleta no fluxo contrário. Disseram que a atitude dos réus, que se comunicaram por gestos, chamou a atenção e resolveram efetuar sua



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

abordagem. Afirmaram que com a abordagem constataram que o corréu **Thiago** conduzia a motocicleta e levava o corréu **Marcos** na garupa. Informaram que após revista pessoal, foram localizados com o corréu **Thiago** 1 pequeno tijolo com 50 gramas de maconha e com o corréu **Marcos** 2 porções individuais da mesma droga. Esclareceram que os acusados alegaram que as drogas eram para consumo próprio. Mencionaram que as versões eram discrepantes e de havia algumas mensagens nos aparelhos celulares indicando a venda de entorpecentes. Citaram que **Thiago** informou que mantinha entorpecentes em sua casa e que não pertenciam aos familiares que nela se encontrassem. Asseveraram que tinha 5 tijolos de maconha na casa, escondidos em uma bolsa verde sobre o guarda do quarto. Disseram que no local indicado também havia petrechos para o tráfico. Afirmaram que foram atendidos por Madara, mulher do corréu **Thiago**, que franqueou a entrada no imóvel e mostrou-se surpresa com o encontro das drogas.

Assim, pela prova colhida, forçoso convir que a condenação era medida de rigor.

Nem se fale que a prova é problemática seja pela ausência de outros depoimentos estranhos aos órgãos repressores ou ainda pela falta de imparcialidade dos testemunhos dos policiais.

Atualmente é notório que nos crimes de tráfico os testemunhos de civis são cada vez mais raros, ante o medo que norteia a população no tocante ao citado delito equiparado ao hediondo, sentimento compreensível pela a estruturação advinda dele, fomentada pelo grande lucro envolvido e pelo conhecido Código de Ética, principalmente nos locais mais humildes, o que culmina, conseqüentemente, com a perda da própria vida dos colaboradores.

O próprio Código de Processo Penal preconiza no capítulo de que trata das informantes, de que toda a pessoa pode ser



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

informante:

Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

Ademais, não incide no caso concreto a proibição prevista no art. 207 do mesmo digesto processual, que assim dispõe:

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Outrossim, a validade de tais testemunhos é amplamente aceita pela jurisprudência.

Nesta senda:

Roubo qualificado por concurso de pessoas.. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão. Validade do depoimento do policial militar que efetuou a prisão. Apreensão da res em poder dos réus. Dosimetria mantida. Recursos improvidos.

(TJ-SP - APL: 990092251830 SP , Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 25/03/2010, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 15/04/2010)

Na mesma esteira:

RECURSO CRIME. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06. CONDUTA TÍPICA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1- Comprovada a ocorrência e a autoria do fato, que se reveste de tipicidade penal, correta a condenação. 2-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Validade do depoimento de policial militar para embasar a condenação porque, até prova em contrário, é pessoa idônea e que merece credibilidade, não se verificando, ainda, que tivesse qualquer motivo para realizar uma falsa imputação contra o réu. 3 - Tipicidade da conduta de portar substância entorpecente, mesmo que em pequena...

(TJ-RS - RC: 71003981495 RS , Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 22/10/2012, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/10/2012)

Ainda:

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADAS - VALIDADE DO DEPOIMENTO DE POLICIAL MILITAR - DOSIMETRIA - PENA-BASE - NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO - DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE - INVIABILIDADE, NO CASO - JUSTIÇA GRATUITA - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. A prisão em flagrante seguida de consistente conjunto probatório, claramente evidencia a autoria e a materialidade delitiva do crime de tráfico ilícito de drogas, capitulado no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, imputado ao agente. O depoimento prestado por policial pode configurar prova contra o acusado, sobretudo se colhido sob o crivo do contraditório e em consonância com o restante das evidências obtidas durante a persecução penal. Os motivos do crime não admitem contabilização em desfavor do agente, se amparados em fundamentos que se confundem com o próprio tipo perpetrado. Não obstante o critério subjetivo que permeia a atuação do juiz na fixação da pena-base, o quantum estabelecido há de registrar proporcionalidade entre as circunstâncias judiciais e o intervalo de pena previsto em abstrato para o delito. É inviável ao condenado recorrer em liberdade, se mantida a situação fática que sugeriu a custódia cautelar, nos termos do art. 312, do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Código de Processo Penal. Não é de ser conhecido o apelo, na parte que reclama de matéria cuja competência é do Juízo da execução. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido.

(TJ-PR - ACR: 6275227 PR 0627522-7, Relator: Jorge Wagih Massad, Data de Julgamento: 04/02/2010, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 335)

A droga foi encontrada em pequenas porções com os acusados.

Depois, na casa foram encontrados petrechos para o tráfico, **sem contar das mensagens incriminadoras nos celulares.**

De outro lado, **Marcos** admitiu que guardava droga na casa, por necessidades financeiras.

Já **Thiago**, na abordagem estava com R\$ 200,00 sem precisar a destinação da quantia.

Porém, é de se ressaltar que a grande quantidade de maconha (cerca de 5 quilos), somente foi atestada por laudo pericial de constatação (fls. 77/78), sem que o exame pericial definitivo tenha sido acostado aos autos.

Tal fato é, inclusive, retratado na r. sentença (fls. 256), sendo que o laudo de fls. 105/107, retrata a quantidade de 1,9g de maconha, provavelmente a apreendida na abordagem dos acusados e o de fls. 108/112 diz respeito aos celulares apreendidos, de modo que a hercúlea quantidade de droga (5 tijolos) deve ser desconsiderada para fins de condenação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e imposição de pena.

Demonstrado o delito e a responsabilização, passo à análise da pena imposta.

Na primeira fase, ante as circunstâncias inteiramente favoráveis, a pena permaneceu no mínimo legal, ou seja, **em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, no piso**, para cada um dos acusados.

Na intermediária, ausentes agravantes e atenuantes, de modo que a reprimenda encontrada na primeira fase de imposição permanece incólume.

Na derradeira, deve incidir o redutor previsto no art. 33, § 4º da lei 11343/06, em toda a sua extensão, tendo em vista que os requisitos cumulativos restaram comprovados, de modo que a pena atingiu o patamar definitivo de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e mais 166 (cento e sessenta e seis) diárias, no piso**, para cada um dos acusados.

Isto por que, como dito nada há nos autos que comprove, definitivamente que a grande quantidade de entorpecente trata-se de droga, e, deste modo, considerando-se apenas a quantidade de 1,9 g de maconha e os petrechos do tráfico, forçoso convir que a redução deve ser a máxima.

O regime inicial deve ser o fechado.

Isto por que o bem tutelado é difuso, o que atrai a gravidade em concreto do delito, escapando do teor das Súmulas nº 718 e 719 do STF.

Sob outro prisma, a decisão do Supremo exarada no HC nº 118.553 (relatora ministra Carmen Lúcia, julgado em 23/06/2016), em que pese proferida pelo Plenário, e tendo dado, inclusive, ensejo à revogação da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Súmula nº 512 STJ não pode ser acatada.

Por primeiro, o remédio heroico deve produzir efeitos entre as partes, e não possui força vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Ademais, a causa prevista no art. 33, §4º da lei 11.343/06 possui natureza de causa especial de redução de pena.

Com efeito, ela deve incidir na terceira fase de imposição da reprimenda.

É consabido, que o delito de tráfico é equiparado aos hediondos.

Nessa esteira, a disposição prevista no art. 5º, XLIII da Carta Magna:

“XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”;

Já a lei nº 8.072/90, a qual dispõe acerca dos crimes hediondos, preconiza em seu 1º “caput”, que para além dos equiparados (tortura, tráfico e terrorismo), apenas os crimes ali previstos são hediondos:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados](#)”;

Assim, adotou critério legal e taxativo.

Tendo assim se manifestado o legislador, em que pese as notórias incidências da *common law* no ordenamento jurídico pátrio, de cunho eminentemente *civil law*, não parece razoável o afastamento do caráter



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

hediondo de um crime, ante a incidência de uma causa de diminuição, a qual deve ser analisada apenas para efeitos de eventual diminuição de pena.

Com efeito, o citado preceito (art. 1º “caput” da lei 8.072/90) preconiza que são hediondos inclusive os delitos tentados.

A tentativa –causa geral de diminuição de pena – também incide na última fase de aplicação.

A conclusão seria a seguinte: Crimes definidos no Código Penal, ainda que tentados são hediondos. Já a grave infração penal de tráfico poderia por critério de proporcionalidade levar ao afastamento da hediondez, ante a incidência do redutor?

Tal ideia não demonstra proporcionalidade, até por que a norma prevista no art. 33, §4º da lei 11.343/06 serviu, para fins de isonomia material, apenas para diferenciar o traficante já corrompido do de “primeira viagem”.

Importante rememorar que o tráfico possui tratamento mais gravoso pela Constituição Federal, em claro mandado de criminalização, podendo-se citar os seguintes preceitos:

“Art. 5º, LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

(...)

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014\)](#)

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014\)](#)(grifos meus)”

Não é outro o caminho trilhado pela própria lei de entorpecentes (nº 11.343/06):

“Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes (grifo meu)”.

(...)

Aliás, a causa de diminuição especial só foi editada por que o tráfico, em geral, teve suas penas em abstrato recrudescidas, ante o anseio popular, legitimamente exteriorizado pelo Poder Legislativo.

Raciocínio em sentido contrário macularia a separação dos Poderes, prevista no art. 2º da Constituição Federal.

Ademais, nunca é demais rememorar que na aplicação da lei, aqui vista em sentido amplo, deve o juiz atentar-se para os fins sociais da norma e ainda para o bem comum.

Assim preconiza o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Deste modo, por critério de proporcionalidade, em interpretação sistemática e ainda por que o único regime capaz de ressocializar um traficante – seja ele de qual envergadura for – é o cumprimento da pena em Penitenciária, de rigor a imposição do regime mais gravoso.

Aliás, como bem demonstrado pelo Juízo de piso, não é caso de substituição da privativa por restritiva ou a suspensão condicional da execução da pena imposta (*sursis*), em razão da insuficiência (arts. 44, III e 77, II, todos do Código Penal).

É que, a decisão do Pretório Excelso, serve apenas para retirar qualquer vedação em abstrato à concessão.

Pois bem.

No caso concreto, a natureza da droga, aliada aos petrechos e aos celulares apreendidos, demonstra que a substituição seria insuficiente.

Aliás, nenhuma das restritivas de direitos seria resposta proporcional e coerente, até por que, se o fosse, o tráfico estaria equiparado, ao menos quanto às reprimendas ao delito de consumo, quando o primeiro é realmente mais grave, e, em verdadeira afronta à própria individualização da pena e à isonomia em sua acepção material.

Não merece melhor sorte a suspensão condicional da pena imposta.

Ocorre que o *sursis* em que pese também prever a prestação de serviços à comunidade, em muitas das vezes apenas se resume, na prática, a assinar um termo, no qual o acusado apenas afirma as suas atividades à entidade fiscalizadora (art. 158, §4º da LEP), providência patentemente desprovida de qualquer ressocialização, um dos escopos da pena.

Pelo exposto, por meu voto, **REJEITO AS**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PRELIMINARES, e, no mérito, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, para aplicar o redutor previsto no art. 33, §4º da lei 11343/06, com repercussão na pena, a qual passa a ser de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e mais 166 (cento e sessenta e seis) diárias, no piso**, para cada um dos acusados.

JAIME FERREIRA MENINO
RELATOR