



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Registro: 2014.0000561368

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0034889-15.2011.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes ARLAN PEREIRA DOS SANTOS, JORGE PEREIRA DOS SANTOS, LUANA CRISTINA CASSEMIRO, RAFAEL DO NASCIMENTO, GRACIELLE DO NASCIMENTO e EDMILSON DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a matéria preliminar e negaram provimento aos apelos defensivos, mantendo, na íntegra, a r. sentença monocrática. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE E SOUZA NERY.

São Paulo, 4 de setembro de 2014.

SÉRGIO COELHO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

VOTO Nº 22718

APELAÇÃO Nº 0034889-15.2011.8.26.0577

COMARCA: SÃO JOSÉ DOS CAMPOS – 1ª VARA CRIMINAL

APELANTES: RAFAEL DO NASCIMENTO, GRACIELLE DO NASCIMENTO, EDMILSON DOS SANTOS, LUANA CRISTINA CASSEMIRO, ARLAN PEREIRA DOS SANTOS E JORGE PEREIRA DOS SANTOS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelação. Tráfico e associação para o tráfico de drogas. Preliminar de nulidade afastada. Ausência de vício na realização do interrogatório dos réus por meio de videoconferência. Prejuízo não demonstrado. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação dos réus nos termos em que proferida a r. sentença. Associação para o tráfico de drogas. “Animus” associativo devidamente comprovado. Desclassificação do delito de tráfico de drogas para o descrito no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Afastada alegação de reconhecimento do benefício da delação premiada em relação ao corréu Rafael. Acusado que não colaborou com as investigações ou com o processo. Inadmissibilidade de aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Réus que integram organização criminosa. Manutenção do aumento decorrente do artigo 40, III, da Lei nº 11.343/2006. Organização criminosa que era chefiada e administrada de dentro do presídio. Erro no cálculo das penas relativas ao delito de tráfico que não pode ser corrigido, ante a ausência de recurso ministerial. Penas, regime prisional e vedação à substituição da pena corporal por restritivas de direitos que não comportam reparo. Recursos defensivos não providos.

Pela r. sentença de fls. 465/485 e 486, cujo relatório fica adotado, Jorge Pereira dos Santos foi condenado às penas de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 2398 (dois mil trezentos e noventa e oito) dias-multa, no piso legal, por incurso nos artigos 33 e 35, ambos c.c. artigo 40, III, todos da Lei nº 11.343/2006; Luana Cristina Cassemiro e Clóvis Márcio Pereira dos Santos foram condenados às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

inicial fechado, e pagamento de 1050 (hum mil e cinquenta) dias-multa, no piso legal, como incursos no artigo 35, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006; Rafael do Nascimento foi condenado às penas de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1800 (hum mil e oitocentos) dias-multa, no piso legal, como incurso nos artigos 33 e 35, ambos c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006; Arlan Pereira dos Santos foi condenado às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1399 (hum mil, trezentos e noventa e nove) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 35, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006; Gracielle do Nascimento foi condenada às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 33, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006; Edmilson dos Santos foi condenado às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006; e Márcio Glauco Pereira Ramos foi condenado às penas de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1550 (hum mil, quinhentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal, por incurso nos artigos 33 e 35, este c.c. artigo 40, III, todos da Lei nº 11.343/2006.

A r. sentença condenatória transitou em julgado para os sentenciados Clóvis Márcio Pereira Ramos e Márcio Glauco Pereira Ramos em 30 de novembro de 2012 (fl. 538).

Inconformados, apelaram os demais sentenciados .



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Rafael, Gracielle e Edmilson buscam, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do interrogatório por meio de videoconferência, ao argumento de que foi realizado fora das hipóteses legais e sem observância das garantias do contraditório e da ampla defesa. No mérito, pugnam pela absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, pretendem a desclassificação da conduta para o artigo 28, da Lei nº 11.343/2006; redução da pena imposta, com a aplicação do artigo 6º, da Lei nº 9.034/95 (delação premiada) - em relação ao apelante Rafael -, e do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, ambos no grau máximo de 2/3 (dois terços); afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, III, da Lei nº 11.343/2006; substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixação do regime aberto. Por fim, requerem a declaração incidental de inconstitucionalidade do quantum da pena de multa prevista na Lei nº 11.343/2006 (fls. 547/576).

Luana, Arlan e Jorge buscam a absolvição por insuficiência do conjunto probatório e, subsidiariamente, a redução das penas impostas e fixação do regime inicial aberto (fls. 583/588).

Os recursos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 590/597), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento dos apelos defensivos (fls. 603/616).

Este é o relatório.

A matéria preliminar deve ser rejeitada.

Ora, ao que se depreende dos autos, foi determinada a realização de audiência pelo sistema de videoconferência *“para prevenir risco à segurança pública, tendo em vista a fundada suspeita de que os réus integram organização criminosa, podendo os réus fugir durante o deslocamento”*. Assim, ao contrário do alegado pela ilustre Defesa dos apelantes, a realização do interrogatório por meio de videoconferência foi, devidamente, justificada nos termos do artigo 185, § 2º, I, do Código de Processo Penal (fls. 334/334vº).

Também não ocorreu prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, em razão da ausência de defensor ao lado dos réus nos presídios, quando do interrogatório realizado pelo sistema de videoconferência. Ao contrário do alegado, foi assegurada aos réus a garantia à defesa técnica concretizada pela presença de seus defensores em audiência, bem como foi posto à disposição dos advogados e dos presos canais telefônicos reservados para a comunicação entre ambos, não havendo, assim, qualquer nulidade, à luz do que preceitua o art. 185, § 5º, do Código de Processo Penal.

E ainda que assim não se entenda, trata-se de nulidade relativa, que depende da comprovação de prejuízo, o que não se verificou no caso em tela.

A propósito, em caso análogo, julgado no recurso de Apelação nº 0013164-67-2011.8.26.0577, assim decidiu esta Colenda Câmara, em sessão realizada em 1º de março de 2012, por votação unânime, em v. acórdão de Relatoria do eminente

Desembargador Souza Nery:

"A defesa alega nulidade dos autos, em razão do interrogatório ter sido realizado por meio de videoconferência, bem como pela ausência de defensor no presídio em que o acusado se encontrava.

Muito bem. A meu ver, as preliminares não merecem acolhida.

Em primeiro lugar, observo ser o procedimento da videoconferência previsto em Lei.

O MM. Juiz de primeiro grau justificou sua realização, em razão da dificuldade de deslocamento do acusado, bem como no temor da vítima em ser ouvida na sua presença. Portanto, regular a audiência de interrogatório.

Quanto à ausência de defensor no presídio, entendo ser mesmo causa de nulidade, vez que de acordo com o artigo 185, § 5º do CPP, sendo o interrogatório realizado por videoconferência, fica garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este o preso. Ou seja, há a necessidade de dois defensores: um no presídio e outro na sala de audiência.

E, da leitura do termo de audiência, observo que o réu não estava acompanhado de defensor.

No entanto, a nulidade é relativa. O

réu não estava indefeso. Seu defensor estava na sala de audiência, acompanhando todo o ato. Não bastasse, a defesa não demonstrou que a inobservância do procedimento causou prejuízo ao réu (...).

Nesse sentido:

'PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. O interrogatório realizado por videoconferência, em tempo real, não viola o princípio do devido processo legal e seus consectários. Para que seja declarada a nulidade do ato, mister a demonstração do prejuízo nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal. Ordem Denegada' (HC 340020/SP, 6ª Turma, rel. Ministro Paulo Medina, DJ 03.10.2005, p. 334.

No mesmo sentido a Súmula 523 do STF:

'No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.'

Fica rejeitada, portanto, a preliminar levantada pela defesa dos acusados Rafael, Gracielle e Edmilson.

No mérito, os recursos não comportam provimento.

Com efeito, ficou seguramente demonstrado que, em período incerto, mas pelo menos de maio até junho de 2011, na Penitenciária I de Potim/SP, na região do Vale do Paraíba, e na cidade de São José dos Campos, os acusados Jorge Pereira dos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Santos, Luana Cristina Cassemiro, Rafael do Nascimento, Clóvis Márcio Pereira Ramos, Márcio Glauco Pereira Ramos e Arlan Pereira dos Santos, previamente ajustados e com unidade de desígnios entre si, associaram-se para o fim de praticarem, reiteradamente ou não, o crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Consta que no dia 16 de junho de 2011, por volta das 8 horas, na Rua Genilda Maria Almeida de Oliveira nº 97, Jardim Santa Inês I, na cidade e comarca de São José dos Campos, Gracielle do Nascimento, Rafael do Nascimento e Jorge Pereira dos Santos guardavam para fins de tráfico de drogas 318g (trezentos e dezoito gramas) de Cannabis sativa L, droga vulgarmente conhecida como maconha, acondicionada em 11 (onze) sacos plásticos de cores diversas e em papel alumínio e 74,1g (setenta e quatro gramas e um decigrama) de cocaína, na forma de uma pedra, envolta em um saco plástico de cor branca, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. A droga apreendida pertencia ao réu Jorge Pereira dos Santos e era guardada por Gracielle sob o comando de seu irmão, o corréu Rafael do Nascimento.

Consta, ainda, que no dia 11 de junho de 2011, por volta das 11 horas, na Avenida Milton Santos nº 1000, Jardim Santa Inês II, na cidade e comarca de São José dos Campos, Márcio Glauco Pereira Ramos vendeu e Edmilson dos Santos trazia consigo para fins de tráfico 48,8g (quarenta e oito gramas e oito decigramas) de cocaína, na forma de uma pedra de "crack", acondicionada em um saco plástico transparente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Segundo restou apurado, principalmente por meio da interceptação telefônica judicialmente autorizada no processo cautelar nº 445/2011, que tramitou pela mesma Vara, realizada no período entre os meses de abril e junho de 2011, além de outras diligências investigativas, foi identificado um grupo organizado que praticava intenso tráfico de drogas nos bairros Jardim Santa Inês I e Frei Galvão, na cidade de São José dos Campos, e que esse grupo, em associação criminosa, era chefiado pelo acusado Jorge Pereira dos Santos, vulgo "Jorjão", "Véio" ou "Véio Compad", que, de dentro da Penitenciária I de Potim/SP comandava a atividade ilícita, utilizando-se de celulares irregularmente inseridos no sistema penitenciário, determinando a aquisição, preparo e venda de entorpecentes, contando com o auxílio dos demais acusados.

Apurou-se que a ré Luana, vulgo "Dona Maria", era amásia e "braço direito" de Jorge, a ela competindo a administração das finanças do tráfico, intermediação da compra e venda de drogas, bem como direção e supervisão das atividades dos demais integrantes da organização criminosa, especialmente Rafael, vulgo "Cicatriz" e "Neguinho" e, ainda, aliciava pessoas a participar da atividade, coordenava as atividades de Rafael no preparo, armazenamento e revenda de drogas, abastecendo "biqueiras".

Era do acusado Rafael a competência para comandar os "vapores" que contratava para a revenda do entorpecente, com a função de "gerente" dos negócios.

Os acusados Clóvis Márcio Pereira Ramos, vulgo

“Alemão”, e Marcio Glauco Pereira Ramos, vulgo “MA” ou “Zoio Verde”, eram os fornecedores de drogas que abasteciam a associação e, ainda, distribuíaam drogas para outras pessoas.

O réu Arlan Pereira dos Santos, vulgo “Lã” ou “Lan”, filho de Jorge, realizava a venda de drogas sob o comando do pai e adquiria as drogas dos acusados Clóvis e Márcio (fornecedores).

A quantidade das substâncias apreendidas, a forma de acondicionamento da droga, a quantia em dinheiro encontrada no local, bem como as circunstâncias em que se deram as diligências, além do teor das conversas interceptadas, indicam com segurança que as substâncias entorpecentes destinavam-se ao comércio ilícito de drogas, evidenciando os crimes de tráfico de drogas imputados aos acusados Gracielle, Rafael, Jorge, Márcio Glauco e Edmilson.

Assim resumidos os fatos, verifica-se que, tanto na fase extrajudicial (fls. 92/96, 99/102, 104/105, 117/118, 128/130), como na judicial (mídia de fl. 351), os acusados negaram os fatos. Jorge admitiu que mantinha contato telefônico com Luana e Arlan, mesmo estando preso, mas disse que as conversas se limitavam a assuntos familiares (fls. 104/105 e mídia de fl. 351), o que também foi dito por Luana, que acrescentou que Jorge a chamava de “Dona Maria” (fls. 85/86 do sexto apenso do primeiro volume e mídia de fl. 351). Gracielle informou que o apelido de seu irmão Rafael é “Cicatriz” e que apenas guardou a droga a pedido dele (fls. 117/118 e mídia de fl. 351). Rafael admitiu que a droga lhe pertencia, tanto para consumo próprio, como para venda (fls. 94/96 e mídia de fl. 351). Edmilson admitiu que comprou a droga

que trazia consigo para uso próprio e disse que apenas apontou Márcio como o traficante, porque a polícia o pressionou (fl. 128 e média de fl. 351).

As versões apresentadas pelos réus, todavia, são frágeis e contrariam frontalmente o conjunto probatório existente nos autos.

De fato, os informes prestados pelos policiais militares que procederam ao cumprimento dos mandados de prisão expedidos em desfavor dos acusados (fls. 112/115, 123/126 e média de fl. 351), acrescidos dos boletins de ocorrência (fls. 108/110 e 131/135), autos de exibição e apreensão (fls. 119/120 e 136/149), laudos de exames químicos toxicológicos (fls. 247, dos autos principais, e 37 do 2º apenso do 1º vol.), bem como do teor das conversas obtidas por meio das interceptações telefônicas (fls. 96/117, 128/141, 152/196, 215/233, 243/267 e 300/334 dos apensos), servem como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Registre-se que os policiais militares Robson, Marcelo, José Celso e Ronaldo deram plena conta do ocorrido, confirmando os fatos acima reproduzidos e, conseqüentemente, o quadro de associação e de tráfico de drogas envolvendo os réus (fls. 112/115, 123/126 e média de fl. 351).

Os policiais militares Robson e Marcelo (fls. 112/115 e média de fl. 351) disseram que se deslocaram ao endereço constante do mandado de prisão expedido em desfavor da acusada

Gracielle, onde foram informados por ela sobre o local onde havia escondido drogas para o irmão Rafael, sendo que, na oportunidade, Gracielle, prontamente, confessou seu envolvimento com o tráfico de drogas na região. Já os policiais militares José Celso e Ronaldo (fls. 123/126 e mídia de fl. 351) disseram que foram acionados pelo comando, para averiguação de uma possível transação envolvendo drogas e rumaram para o local indicado, onde se depararam com o acusado Edmilson, que trazia consigo, na cintura, uma pedra de "crack", pesando, aproximadamente, 50g (cinquenta gramas). O averiguado Edmilson informou aos milicianos que havia encomendado a droga e pago por ela a quantia de R\$500,00 (quinhentos reais), de um indivíduo, cujo apelido era "Zoio Verde", referindo-se ao acusado Márcio Glauco, o qual, por sua vez, admitiu ter vendido o entorpecente para Edmilson.

Não há razão para se duvidar da veracidade dos relatos dos agentes policiais, que merecem fé até prova em contrário, assim como o de qualquer pessoa idônea. A presunção *juris tantum* de que agiram escorreitamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada. Vale observar, ainda, por relevante, que a jurisprudência dominante tem se inclinado para admitir que os testemunhos de policiais, quanto aos atos de diligência, prisão e apreensão, devem merecer credibilidade desde que não evidenciada má-fé ou abuso de poder, o que não se verifica na hipótese dos autos, tanto assim que nada se comprovou a respeito.

Ademais, como bem salientado pelo MM. Magistrado sentenciante: *"De acordo com os relatórios de inteligências de fls., bem como o conteúdo dos áudios, consoante pode ser observado no apenso próprio onde se desenvolveu a interceptação telefônica, das conversas se*

extrai que os acusados atuavam em verdadeira associação para fins de tráfico, em intenso comércio ilícito, visando à compra e venda de droga, com verdadeira divisão de tarefas, típicas de atividade empresarial, utilizando-se em alguns momentos de palavras tipicamente relacionadas ao tráfico ilícito, como por exemplo, 'pedra', 'farinha', 'mato' e 'pó'. Entretanto, tal era a ousadia dos criminosos que em outros momentos não faziam questão de esconder o que faziam, com menção expressa às drogas, cocaína, 'crack' e maconha, talvez na ilusão de que certos estavam de suas impunidades" (fl. 472).

E, pela análise das conversas mantidas entre os acusados ficou, suficientemente, evidenciado que a organização criminosa era chefiada pelo acusado Jorge Pereira dos Santos, de dentro da Penitenciária I de Potim, contando ele com o auxílio dos demais acusados, especialmente de Luana, que administrava as finanças provenientes do tráfico e supervisionava as atividades dos demais integrantes da associação, assumindo papel importante na organização como o "braço direito" de Jorge.

Não é demasiado enfatizar, também, em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, não havendo que se falar na prática de atos de mercancia para a sua configuração. Neste sentido: "*Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido.*" (RT 729/542). "*Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida.*

Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização". (RT 714/357). "O crime de tráfico de entorpecentes é configurado ainda que não haja venda de tóxico, mas evidenciada somente a posse do produto destinado a consumo de outrem. Configurando crime de perigo abstrato, o tráfico não exige efetiva oferta da droga a terceiro, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. É condenável a simples possibilidade de distribuição (gratuita ou onerosa) do entorpecente". (RT 776/663).

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório era mesmo de rigor. De fato, a quantidade e diversidade das substâncias apreendidas (cocaína, "crack" e maconha), a forma de acondicionamento, a quantia em dinheiro encontrada em poder de alguns acusados, bem como os informes prestados pelos policiais, as circunstâncias em que se deram as diligências, e, especialmente, o teor das conversas interceptadas, bem comprovam o tráfico de drogas realizado pelos réus, deixando evidente, também, o *animus associativo*, não pairando dúvida de que os acusados estavam irmanados com o fim de comercializar entorpecentes, restando fartamente demonstrado que se tratava de associação estável e permanente e não de mera coautoria eventual. De fato, os elementos amealhados nos autos denotam, efetivamente, ajuste prévio e duradouro e divisão de tarefas para a nefasta mercancia, verdadeira "*societas sceleris*", não havendo que se falar, portanto, em absolvição por insuficiência de provas, tampouco em desclassificação da conduta para a prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

Consigne-se, ainda, por relevante, que o fato dos

acusados, ou alguns deles, serem usuários de drogas não afasta a condição de traficantes, na medida em que os usuários, frequentemente, também passam a comercializar entorpecentes, justamente para obter dinheiro e garantir o vício e o próprio sustento, acrescentando-se, por oportuno, que uma conduta não exclui a outra.

As reprimendas foram criteriosamente justificadas, com a observação de que os réus Jorge, Rafael, Gracielle e Edmilson foram enormemente beneficiados quanto ao delito do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 – sem recurso ministerial, estranhamente -, porquanto o cálculo a que chegou o d. Juiz “a quo” é inferior ao resultado real da operação por ele realizada.

As básicas, tanto em relação ao delito do artigo 33, como em relação ao do artigo 35, da Lei nº 11.343/2006, foram fixadas nos pisos legais, com exceção dos corréus Jorge Pereira dos Santos e Arlan Pereira dos Santos que tiveram as penas-base fixadas 1/3 (um terço) acima dos mínimos legais, em razão dos péssimos antecedentes de Jorge (fls. 31/33 do 3º apenso do 2º vol.) e da reincidência de Arlan, inclusive por crime de tráfico de drogas (fl. 18 do 3º apenso do 2º vol.).

Nenhum reparo há que ser feito em relação às penas aplicadas pelos delitos de associação para o tráfico imputados aos correus Jorge, Rafael, Luana e Arlan. As básicas foram fixadas nos mínimos legais, com majoração de 1/3 (um terço) nas penas dos réus Jorge e Arlan, na primeira fase, conforme acima explanado. Na derradeira fase do cálculo, as penas foram majoradas de 1/2 (metade), pela incidência do artigo 40, inciso III, da Lei nº

11.343/2006, que, aliás, foi bem reconhecida nos autos, já que os acusados tinham plena ciência de que o réu Jorge, mesmo estando preso, chefiava a organização, dando ordens e administrando o tráfico de drogas.

Contudo, no tocante ao delito do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, pelos quais foram condenados os apelantes Jorge, Gracielle, Rafael e Edmilson verifica-se que houve erro no cálculo das penas, que consistiu, ao que parece, em partir-se de uma pena privativa de liberdade mínima de 3 (três) anos de reclusão, quando o correto seria de 5 (cinco) anos de reclusão. Assim, os acusados Jorge, Gracielle, Rafael e Edmilson foram grandemente beneficiados com pena corporal mínima de 3 (três) anos de reclusão e o corréu Jorge com pena-base de 4 (quatro) anos de reclusão – ante a majoração na primeira fase, em razão dos péssimos antecedentes -, por incursos no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. As penas de multa partiram, corretamente, de 500 (quinhentos) dias-multa.

Entretanto, como o Ministério Público não recorreu da decisão, a situação dos apelantes não pode ser agravada, não sendo possível a correção do equívoco nesta Instância, sob pena de se incorrer em vedado *reformatio in pejus*.

Para que não fique sem registro, observo que andou bem o d. Magistrado sentenciante ao não aplicar a benesse prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, no que se refere aos réus condenados somente pelo crime de tráfico de drogas (Gracielle e Edmilson), tendo em vista a quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas – maconha, cocaína e *crack* – as duas

últimas drogas de maior incidência, atualmente, causadoras de dependência química rápida e danos irreversíveis, que podem levar o usuário a óbito em pouco tempo de uso - notadamente o "crack". De fato, não se pode rotular os réus como meros traficantes eventuais, "de primeira viagem", evidenciando a prova amealhada, ao contrário, que são indivíduos que se dedicam à atividade criminosa e que fazem do tráfico o meio de vida, o que permite concluir que não havia mesmo espaço para a aplicação da benesse. Não se pode olvidar, ainda, que, na aplicação do preceito, o Magistrado deve verificar, também, a culpabilidade do agente, bem como as circunstâncias do crime, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena. Além disso, é oportuno ressaltar que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, "caput", sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos autos.

Valendo lembrar, ainda, que não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 na hipótese em que o réu tenha sido condenado, na mesma ocasião, por tráfico e pela associação de que trata o art. 35 do mesmo diploma legal.

Com relação ao acusado Rafael do Nascimento, anoto, ainda, que não há falar, na hipótese dos autos, em aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 6º, da Lei nº 9.034/95 (delação premiada). Ora, o acusado em nada colaborou com a investigação ou com o processo, apenas admitiu que a droga era sua e se destinava para uso próprio e para venda a terceiros. Assim, seu depoimento não preenche os requisitos estabelecidos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

pelo artigo 6º, da Lei nº 9.034/95, para a pretendida redução da pena. Nesse diapasão, tem decidido o C. Superior Tribunal de Justiça, *"Para a configuração da delação premiada, não basta a admissão, por parte do réu, da prática do crime a ele imputado, sendo necessário o fornecimento de informações eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas e da trama delituosa"* (STJ – HC 92.922/SP – Rel. Min. Jane Silva – 6ª Turma – j. 25.02.2008.).

É oportuno consignar, ainda, que não há qualquer inconstitucionalidade na pena de multa. Ora, como já decidiu esta C. Câmara, quando do julgamento da Apelação nº 990.10.003484-7, de relatoria do eminente Desembargador Francisco Bruno (voto nº 4368): *"Não há a alegada inconstitucionalidade da pena de multa cominada pelo artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, considerando que, ao contrário do alegado pela defesa, o preceito secundário da norma em questão não fere qualquer princípio constitucional, especialmente aqueles ventilados no recurso, quais sejam, da isonomia e da individualização da pena. A quantidade da pena de multa cominada ao crime guarda relação com sua gravidade, assim a pena mínima de multa prevista para o crime de tráfico de entorpecente é elevada em virtude da extrema gravidade do delito, não havendo, portanto, inconstitucionalidade. Os princípios da isonomia e da individualização da pena não sofreram qualquer mácula em razão da quantidade de pena cominada, em abstrato, ao crime, isto porque, no momento do cálculo da pena, deve o julgador observar as especialidades do caso concreto, bem assim a personalidade do agente, procedendo da forma determinada pelo art. 68, do Código Penal, como forma de garantir que a pena aplicada seja adequada às hipóteses verificadas, em*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DE SÃO PAULO
9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

estrita observância aos princípios constitucionais invocados”.

Por fim, as circunstâncias do caso concreto não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso, que, efetivamente, não seria suficiente para a reprovação e prevenção dos delitos, o mesmo se aplicando em relação à substituição das penas corporais por restritivas de direitos.

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e nego provimento aos apelos defensivos, mantendo, na íntegra, a r. sentença monocrática.

SÉRGIO COELHO
Relator
(Assinatura Eletrônica)