**Registro: 2015.0000907019**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 3004623-86.2013.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes FELIPE APARECIDO MARTINS e JEISNER MAYKO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM,** em 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITADAS as preliminares, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso de JEISNER MAYKO DOS SANTOS e DERAM PARCIAL ACOLHIMENTO ao de FELIPE APARECIDO MARTINS, com aplicação do CPP, art. 383 nos limites do seu art. 617, a fim de atribuir definição jurídica diversa ao fato descrito na denúncia (Lei nº 10.826/03, art. 16, parágrafo único, IV), expurgando-se a referida sanção, DESCLASSIFICANDO-O ao da Lei nº 11.343/06, art. 33, caput, c.c. o art. 40, IV, REDUZINDO-SE as suas penas a 6 anos (seis) e 8 (oito) meses de reclusão, mantida a pecuniária fixada em 1º Grau, de 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa e, no mais, a sentença. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TRISTÃO RIBEIRO (Presidente) e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

**EDUARDO ABDALLA**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**

**APELAÇÃO CRIMINAL nº 3004623-86.2013.8.26.0071**

**Comarca: BAURU**

**Juízo de Origem: 1ª VARA CRIMINAL**

**Apelantes: FELIPE APARECIDO MARTINS**

**JEISNER MAYKO DOS SANTOS**

**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Magistrado Sentenciante: Dr. Benedito Antonio Okuno**

**VOTO nº 03840**

**TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recursos defensivos. Preliminar de nulidade da prova ilícita repelida. Eiva da sentença inexistente. Absolvição. Autoria e materialidade bem delineadas, o que arreda a pretendida desclassificação para o delito do art. 28 (Jeisner). Inaplicabilidade da delação premiada da Lei de Drogas, art. 41, bem como do redutor do art. 33, § 4º. Regime mantido. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. Fatos que melhor se amoldam à Lei nº 11.343/06, art. 33, caput, c.c. o art. 40, IV. *'Emendatio libelli'* aplicada nos limites do CPP, art. 617. Sanções reduzidas. Improvimento ao recurso de Jeisner e parcial acolhimento ao de Felipe.**

Trata-se de **APELAÇÕES CRIMINAIS** interpostas contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Bauru, por **FELIPE APARECIDO MARTINS**, **condenado** às penas de 8 anos, 10 meses e 593 dias-multa - *5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, como incurso na Lei nº 11.343/06, art. 33, **caput**, c.c. art. 40, VI e 3 anos de reclusão e 10 dias-multa, por infração a Lei nº 10.826/06, art. 16, parágrafo único, IV, na forma do CP, art. 69, **caput*** - e por **JEISNER MAYKO DOS SANTOS**, **condenado** às penas de 6 anos, 9 meses, 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, como incurso na Lei de Drogas, art. 33, ***caput***, c.c. art. 40, VI, ambos em regime fechado, com pecuniárias nos mínimos e sem recurso em liberdade. Foram também **absolvidos** da imputação da Lei nº 11.343/06, art. 35, por falta de provas, sem irresignações.

**FELIPE**, argui, em preliminar, nulidade do feito, por afronta à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, ou nulidade da sentença, porque o Magistrado não apreciou o disposto na Lei de Drogas, art. 33, § 4º. No mérito, ambos postulam absolvição, por insuficiência probatória ou

desclassificação para porte para consumo próprio (**JEISNER**), subsidiariamente, aplicação do disposto no art. 41 da Lei Especial, bem como do redutor do art. 33, §4º, mesmo se considerada a recidiva, sob pena de ***bis in idem***. No tocante ao delito do Estatuto do Desarmamento, **FELIPE** requer desclassificação para a figura prevista na Lei nº 10.826/03, art. 12.

Com as contrarrazões, os autos foram distribuídos e encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo improvimento.

**É O RELATÓRIO.**

**Repele-se a preliminar de nulidade do feito.**

O crime de tráfico tem natureza permanente, de modo que a sua consumação se propaga no tempo. Por isso, aquele que infringe o tipo se encontra em situação de flagrância até cessar essa condição, nos termos do CPP, art. 303, inexistindo violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio por se tratar de exceção insculpida na própria CF/88, art. 5º, XI.

Neste diapasão, confira-se o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO DECIDIDA NA ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO. DEFESA. AUSÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. OCORRÊNCIA. TRÁFICO. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE. PRISÃO PREVENTIVA. ELEMENTOS CONCRETOS. INEXISTÊNCIA. (...) 4 - A situação de flagrância, no crime de tráfico, que é permanente, se prolonga no tempo, razão pela qual não há nulidade na invasão da casa do paciente em tal contexto"* (STJ – Sexta Turma - HC 146839 / SP – Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA** – Dje 05.03.2013).

A alegada eiva da sentença, por ausência de fundamentação, se confunde com o mérito, e com ele será analisada.

No mais, **FELIPE** e **JEISNER** foram processados porque, agindo em concurso e unidade de desígnios com o inimputável *Ailton Aparecido Gouveia*, tinham em depósito, na Rua Lourenço Capprioli nº 264, Bauru, para fins de tráfico, 105 porções de ***cocaína*** (533,5 g) e 03 de ***maconha*** (455,9 g); este, ainda, porque, na Rua Benedito Ribeiro dos Santos, nº 11-79, teria, da mesma forma, para entrega de consumo a terceiros, 15 porções de ***maconha*** (18,66 g) e uma de ***cocaína*** (20 g), substâncias causadoras de dependência física e psíquica. **FELIPE** também foi processado por possuir uma pistola, calibre 380, com numeração suprimida, com dois carregadores municiados, contendo 5 cartuchos cada, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

**<u>Tráfico</u>**

A materialidade está lastreada no laudo definitivo de fls. 138/142; a autoria também é certa.

Em Juízo, **FELIPE** admitiu sua responsabilidade, porém eximiu **JEISNER** e o inimputável, aduzindo que eles não sabiam da existência dos entorpecentes. Quanto às drogas apreendidas no lava-rápido, disse acreditar que os policiais a forjaram, levando-as de sua residência até o local. **JEISNER**, a seu turno, afirmou ter ido à casa de **FELIPE** pedir emprestado um videogame. No local, passou a jogar com o menor *Ailton* – *que ali já se encontrava* -, quando policiais ingressaram na residência, imputando-lhe falsamente a propriedade das drogas ali encontradas. Negou a existência das ilícitas substâncias no lava-rápido em que trabalhava.

Todavia, o acervo probatório desenhou, sem rasuras, a inculpação dos Apelantes.

Segundo o apurado, os Policiais Militares *Jener* e *Mário* recebiam costumeiramente diversas informações de vizinhos de **FELIPE**, relatando seu envolvimento com o tráfico de drogas. No dia dos fatos, realizavam patrulhamento de rotina, quando foram abordados por um popular, dando conta de que três indivíduos haviam ingressado na residência de **FELIPE**, portando uma mochila.

Tendo em vista as notícias anteriores, adentraram ao imóvel e logo visualizaram os Apelantes e um menor sentados no chão embalando drogas. Além dos entorpecentes, também apreenderam várias embalagens, balanças de precisão, dinheiro e uma arma de fogo. **FELIPE** admitiu a propriedade dos bens ilícitos, aduzindo que pagava para **JEISNER** e o inimputável "cortarem" e embalarem os estupefacientes. Indagado, **JEISNER** afirmou ter ido ao local apenas para usar drogas. Porém, em diligência no estabelecimento onde trabalhava, os milicianos apreenderam mais entorpecentes.

A despeito das contundentes críticas da Defesa, os depoimentos dos agentes da lei foram lineares e isentos de qualquer animosidade anterior específica que justificasse falsa incriminação, mormente diante do contido no CPP, art. 202, de que toda pessoa pode ser testemunha.

Seria um contrassenso o Estado credenciar pessoas para a

função repressiva e depois lhes negar crédito quando dão conta de suas diligências (RT 417/94, 486/351, 771/565 e 772/682).

Por isso, irrelevante não terem sido arroladas outras testemunhas ditas "civis".

Conforme já restou decidido: *"não se pode condenar a prova apenas porque os policiais deixaram de arrolar os circunstantes da diligência. Ninguém se envolve suasoriamente como testemunha processual, tais os encargos e incômodos que assume, quando não fosse o desprazer de contribuir para a responsabilização de outrem. Há uma resistência invencível que leva o homem a esquivar-se e até negar ou calar a verdade. A consciência ética que induz ao dever de colaborar para o cumprimento da Justiça está muito longe de ser atingida"* (RJTJSP 13/478).

Destarte, a certeza do tráfico, além de aferível pelas próprias circunstâncias fáticas - *os Apelantes foram surpreendidos em plena atividade* − também é evidente pela quantidade, natureza e forma de acondicionamento dos entorpecentes, fracionados e armazenados em porções individuais, somadas à apreensão de balanças de precisão, embalagens plásticas, dinheiro (R$ 246,30 − fls. 39), de origem não esclarecida, uma arma de fogo, além dos inexoráveis dizeres dos agentes públicos, o que arreda a desclassificação para porte para consumo pretendida por **JEISNER**, até porque eventual condição de usuário não seria impeditiva da realização concomitante do comércio clandestino.

Ressalte-se, ainda, que a venda não constitui o único elemento integrante do delito previsto no art. 33, de caráter permanente e já consumado com o "ter em depósito" para finalidade mercantil.

Não vinga o pretendido reconhecimento do instituto da "delação premiada", positivada na Lei nº 11.343/06, art. 41.

Conforme ensinamento do Professor **VICENTE GRECO FILHO**: *"a colaboração deve ser com a investigação policial ou o processo criminal clara e diretamente dirigida às autoridades do inquérito ou do processo criminal"* (Tóxicos − Comentários à Lei nº 11.343/2006, 13 ª Edição, 2009, Ed. Saraiva, p. 215).

Na hipótese, não houve qualquer colaboração. Ora, na fase inquisitiva, os Apelantes permanecem silentes, e sob o crivo do contraditório, **JEISNER** negou a autoria, enquanto, **FELIPE**, procurou inocentá-lo.

Ao contrário do que sustentam as Defesas, as informações prestadas aos Policias Militares no momento da prisão em flagrante - *que apenas facilitaram a apreensão de parte das drogas* - não são suficientes para a configuração do instituto.

**Crime do Estatuto do Desarmamento**.

Ainda que inequívoca a apreensão da arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida - *cuja potencialidade lesiva foi comprovada por meio de perícia (fls. 93/99)* -, não há que se falar em crime autônomo – *prejudicado, pois, o pleito de desclassificação para a figura da Lei nº 10.826/03, art. 12* -, porque há previsão específica na Lei nº 11.343/06, art. 40, IV, como causa de aumento de pena do tráfico, quando o *"crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, **emprego de arma de fogo**, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva"*, observando-se que a praxe indica que os narcotraficantes mantenham este tipo de aparato tanto para segurança de seu comércio quanto para intimidação de usuários inadimplentes. Trata-se, pois, de delito-meio, ou de passagem.

Aplica-se a regra especial, segundo o princípio da ***lex specialis derogat generali.***

Por isso, necessário se dar nova definição jurídica aos fatos da Lei nº 10.826/03, art. 16, parágrafo único, IV, nos termos do CPP, art. 383 (***emendatio libelli***) e nos limites do seu art. 617, para capitulá-los na Lei nº 11.343/06, art. 33, ***caput***, c.c. o art. 40, IV, porquanto inquestionável, pela prova amealhada, que **FELIPE** utilizava a arma no mesmo contexto em que mantinha em depósito os estupefacientes, para finalidade mercantil.

Analisa-se a dosimetria.

As iniciais de ambos partiram dos mínimos, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa e, na segunda fase, **FELIPE** teve a reincidência (certidão de fls. 159) compensada com a confissão, enquanto as penas de **JEISNER** sofreram acréscimo de 1/6, pela recidiva (certidão de fls. 156/157), obtendo-se 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na derradeira, aplica-se, doravante, majoração de 1/3 para **FELIPE**, pela incidência das causas de aumento da Lei Especial, art. 40, IV e VI, porque o tráfico envolveu adolescente, pessoa em formação e emprego de arma de fogo, perfazendo-se, agora, de forma definitiva, **6 anos, 8 meses de reclusão, mantendo-se os 593 dias-multa já impostos** - *obtido com a soma da pecuniária dos delitos de tráfico e posse ilegal de arma de fogo estabelecido em 1º Grau, quando o correto seria 666 dias-multa, o que não pode ser alterado, sob pena de **reformatio in pejus** e nos limites do*

*CPP, art. 617*. Já para **JEISNER**, mantém-se o correto aumento de 1/6, em razão da única majorante (art. 40, VI), obtendo-se, as penas finais de **6 anos, 9 meses de reclusão e 680 dias-multa**.

Realmente era inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista na Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, daí porque não há que se falar de defeito na sentença que, expressamente, não a rechaçou, **afastando-se o quanto alegado a título de preliminar**. O Órgão Julgador não está obrigado a rebater, pormenorizadamente, as questões trazidas pelas partes, uma vez que a decisão, por mais abrangente, as engloba, e, implicitamente, as exclui.

Desse modo, em caso de desfecho diametralmente oposto às teses suscitadas, como na hipótese, implica concluir que não foram acolhidas. Justamente por isso, tal circunstância não deve ser confundida com qualquer nulidade

Confira-se: *"É de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, basta que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil"* (STJ, Resp 1.054.442/MG, Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**, j. 01.03.2011).

*"Não há imposição legal acerca de dever pronunciar-se sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes, principalmente quando a controvérsia já tenha sido decidida sobre outros precedentes (STJ, REsp. nº 601.876/RS, Rel. Min. Paulo Medina). Daí por que, se tal ou qual afirmação do acórdão já implica recusa de eventuais afirmações da parte, por se mostrar incompatível com elas, não haverá necessidade de expressa referência ou alusão à argumentação que se disse ignorada"* (TJSP − ED nº 999.10.148642-3 − Câmara Especial − Desembargador Decano − j. em 29/11/2010).

Ademais, como já assentou o Superior Tribunal de Justiça, a razão de ser da minorante da Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal (REsp 1341280/MG, Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**, DJe 29/09/2014).

Nesse sentido: *"a **mens legis** da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06"* (STJ, HC 202.617/AC, Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU**, DJe 20/6/2011).

Por isso, para a aplicação da benesse em comento são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do agente, que não integre

organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas, o que flagrantemente não ocorre na hipótese, pois ambos ostentam condenação definitiva, inclusive, pela prática do mesmo crime, o que, ***ex vi legis***, já impedia a aplicação do redutor.

E nem se alegue eventual dupla punição pelo mesmo fato − ***bis in idem*** **-** relativo à utilização da respectiva agravante na segunda etapa e como empecilho à aplicação de causa de diminuição, uma vez que esta deixou de incidir também em virtude da dedicação às práticas delitivas, tudo em fases distintas da dosimetria (CP, art. 68).

Confira-se: *"A valoração da reincidência na segunda etapa da dosimetria, como circunstância agravante, não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto o referido instituto jurídico é sopesado com finalidades distintas em cada fase de fixação da pena, justamente para se alcançar a justa e correta reprimenda necessária para a reprovação e prevenção do delito perpetrado. Precedentes"* (HC 214069/SP - Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ** - Sexta Turma - DJe 29/11/2013).

Por último, a recidiva comum, além de impedir a concessão da benesse do CP, art. 44 (ainda pelo montante da pena), quando aliada à hediondez equiparada do crime e à gravidade concreta da conduta perpetrada, aferível pela natureza do entorpecente comercializado (***cocaína*** e ***maconha***), recomenda a imposição e manutenção do regime fechado.

Diante do exposto, **REJEITADAS as preliminares, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso de JEISNER MAYKO DOS SANTOS e DÁ-SE PARCIAL ACOLHIMENTO ao de FELIPE APARECIDO MARTINS, com aplicação do CPP, art. 383 nos limites do seu art. 617, a fim de atribuir definição jurídica diversa ao fato descrito na denúncia (Lei nº 10.826/03, art. 16, parágrafo único, IV), expurgando-se a referida sanção, DESCLASSIFICANDO-O ao da Lei nº 11.343/06, art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, IV, REDUZINDO-SE as suas penas a 6 anos (seis) e 8 (oito) meses de reclusão, mantida a pecuniária fixada em 1º Grau, de 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa e, no mais, a sentença.**

**EDUARDO ABDALLA**
**RELATOR**
**Assinatura Eletrônica**