



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2014.0000575942

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0004661-14.2011.8.26.0268, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é apelante BRUNO FREIRE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento para reduzir a pena do tráfico para 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e o pagamento de 583 dias multa, no patamar mínimo, mantida a pena em relação ao delito do artigo 349-A do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente) e CESAR MECCHI MORALES.

São Paulo, 16 de setembro de 2014.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
3ª Câmara de Direito Criminal

VOTO No. 22402

AP. No. 0004661-14.2011.8.26.0268

COMARCA: ITAPACERICA DA SERRA – 3ª Vara Judicial

APTE.: BRUNO FREIRE

APDO.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

MAGISTRADO DE 1º GRAU: DR. PAULO BERNARDI BACCARAT

TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE APARELHO TELEFÔNICO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. Inconteste a apreensão de drogas e celulares em posse do recorrente, no interior do Centro de Detenção Provisória. Não comprovada a alegada coação irresistível. Conduta que se adequa à imputação de tráfico, inviável a desclassificação. Não configurada a delação premiada, até porque não houve a colaboração voluntária do réu, mas foi surpreendido em posse dos celulares e das drogas. Inalterada a pena do artigo 349-A do Código Penal. Quanto ao crime de tráfico, atenuada a pena pela menoridade. Incabível a redução do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, bem como a substituição da pena. Mantido o regime inicial fechado. Dado parcial provimento para reduzir a pena.

Não se conformando com a R. decisão de fls. 105/109 dos autos, contra ela recorre BRUNO FREIRE, pedindo sua reforma. O apelante foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 646 dias multa, no mínimo legal, como incurso nos artigos 33, "caput" e 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006 e artigo 349-A do Código Penal.

Em suas razões de apelo (fls. 139/143), alega que o acusado foi obrigado por outros detentos a introduzir em seu corpo os objetos apreendidos, ocorrendo coação irresistível ante a ameaça de morte dele e de sua família.

Subsidiariamente requer que seja afastada a causa de aumento do artigo 40, inciso III da Lei de Drogas,



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
3ª Câmara de Direito Criminal

posto que pelo local onde foi encontrada a droga seria impossível a sua venda, sendo desclassificado o delito para a conduta prevista no artigo 35 da mesma lei, com a redução do artigo 41 da Lei 11.343/2006.

Pugna também pela atenuação da pena ante a menoridade do recorrente à época dos fatos e pela confissão. Por fim, cita § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, afirmando que foi retirada do texto a vedação de aplicação de penas restritivas de direitos.

Recurso tempestivo, arrazoadado, respondido (fls. 145/147). Manifestando-se nos autos neste Grau o Procurador de Justiça se posicionou pelo parcial acolhimento do pleito.

É O RELATÓRIO.

Consta da denúncia que no dia 23 de fevereiro de 2011, no interior do Centro de Detenção Provisória de Itapeçerica da Serra, Bruno Freire trouxe consigo e guardou, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, com a finalidade de posterior entrega a consumo e fornecimento a terceiros, o total de 17,3 gramas de maconha (*Cannabis Sativa L*) e 2,7 gramas de cocaína.

No mesmo tempo e lugar, Bruno Freire também possuía dois aparelhos de telefonia celular, ambos da marca LG, com as respectivas baterias, mediante o que promoveu e contribuiu para a entrada e permanência dos objetos no interior do estabelecimento prisional.

A materialidade delitativa restou comprovada consoante se verifica do auto de exibição e apreensão e dos laudos acostados aos autos.

É inconteste que o acusado trazia as drogas e os celulares consigo, em seu ânus. O recorrente confirmou no interrogatório, justificando seu ato por ter sido obrigado por outros detentos de nome Dinho e João Gordão a guardar tais objetos. Afirmou ter sido ameaçado de morte, assim como a sua família.

Entretanto, a alegada coação irresistível não restou provada pela defesa, como lhe caberia nos moldes



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
3ª Câmara de Direito Criminal

do artigo 156 do Código de Processo Penal. Isso porque não há qualquer elemento, qualquer indício de que o réu ou sua família estariam sendo ameaçados.

Diante desse quadro, resta certa a prática delitativa, confirmada pelo testemunho dos agentes penitenciários Yoshiaki e Arystocles os quais esclareceram que, em blitz de rotina alguns presos foram escolhidos aleatoriamente para passar no detector de metal, sendo que em Bruno o detector acusou no nível da cintura algum metal. Indagado, ele confessou que trazia dois celulares, dois carregadores, além de maconha e cocaína em seu ânus.

A conduta se enquadra perfeitamente ao tipo penal do artigo 33, "caput", c.c. artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, não sendo o caso de desclassificação para o delito previsto no artigo 35 da Lei de Drogas, não demonstrado qualquer vínculo associativo entre o réu e terceira pessoa. Ressalto que, caso houvesse esse vínculo associativo, a conduta do artigo 35 não exclui a imputação do artigo 33 do mencionado Diploma Legal.

E nem se diga que as drogas não poderiam ser destinadas a terceiros, posto que foram envolvidas por preservativo masculino (fls. 18), o que lhes garantiu a integridade.

Tampouco se verifica a hipótese do artigo 41 da Lei 11.343/2006, posto que o acusado não colaborou voluntariamente com investigação, isto é, não foi o acusado que se dirigiu aos agentes penitenciários para fornecer os dados de que tinha conhecimento, mas foi surpreendido em ato ilícito dentro do Centro de Detenção Provisória. Ficou claro que o recorrente apenas desejou esquivar-se da responsabilidade por seu ato.

Dessa forma, deve ser mantida a condenação por ambos os delitos.

Em relação ao crime previsto no artigo 349-A do Código Penal, a pena foi dosada no mínimo legal e é mantida neste patamar. Observo que é inadmissível a redução da pena base aquém do mínimo legal por circunstância atenuante, como prevê a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao crime de tráfico, mantenho a pena base acima do mínimo legal, em 5 anos e 6 meses de



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
3ª Câmara de Direito Criminal

reclusão, e o pagamento de 550 dias multa pelos mesmos motivos expostos na sentença: "... porque o réu apesar de tecnicamente primário, detinha dois tipos de drogas, em quantidade razoável, tudo isso escondido em seu ânus, para dificultar a localização, denotando maior potencial lesivo à saúde pública, porque capaz de atingir maior número de usuários".

Na segunda fase, observo que o acusado era menor na data dos fatos. Assim, a pena é atenuada para o mínimo legal de 5 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias multa. Quanto à confissão, embora parcial, entendo que deve ser reconhecida pois se prestou a corroborar a convicção acerca da prática delitativa, entretanto, não operará efeitos ante a vedação de redução da pena aquém do mínimo legal.

Na terceira fase, assevero que se faz presente a causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40, da Lei nº 11.343/2006, posto que os fatos se deram no interior de Centro de Detenção Provisória. Assim, aumento a pena em 1/6, totalizando 5 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias multa, no patamar mínimo.

Incabível a aplicação do disposto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, uma vez que, apesar de tecnicamente primário, o acusado estava preso no momento da prática delitativa, sendo processado por outro delito, condição incompatível com a redução posto haver envolvimento com atividades criminosas e também por não se tratar de pequeno desvio na vida do acusado, já que não é iniciante no mundo do crime. Ademais, verificou-se pelo sistema INTINFO que houve condenação definitiva no processo 0005656-65.2012.8.26.0050.

Inviável a substituição da pena quer pela vedação prevista no artigo 44, "caput", da Lei 11.343/2006, que se coaduna com o disposto no artigo 5º, XLIII da Constituição Federal, quer por não ser medida socialmente recomendável ante os efeitos nefastos do crime perpetrado e pela condição do acusado que se envolveu com outro delito, quer por não se mostrar medida suficiente a reprimir e coibir o crime em questão.

Por fim, ao regime inicial fechado imposto para cumprimento da pena privativa de liberdade, incabível eventual abrandamento. Ainda que não vedado regime diverso,



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
3ª Câmara de Direito Criminal

consoante entendimento das Cortes Constitucionais, o regime imposto harmoniza-se com o disposto na Lei Maior em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes, tortura e terrorismo (artigo 5º, inciso XLIII da CF). Ademais, neste caso concreto entendo que pela conduta descrita, efeito do crime e personalidade do agente, que já se envolveu com a prática de outro crime, o regime fechado é o que se adequa a atual redação da Lei 8.072/90. Outra forma não daria a resposta à conduta ou levaria o agente à reflexão sobre tão grave proceder.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo do apelo, a ele **É DADO PARCIAL PROVIMENTO** para reduzir a pena do tráfico para 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e o pagamento de 583 dias multa, no patamar mínimo, mantida a pena em relação ao delito do artigo 349-A do Código Penal.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Relator