



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
13ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2015.0000011996

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 3005404-65.2013.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes GABRIEL HENRIQUE FARIA DOS SANTOS e MARIO DE OLIVEIRA COSTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do réu Mário, deram parcial provimento ao recurso do réu Gabriel, tão somente para reconhecer, a favor deste, a atenuante da confissão, mas sem alteração de suas penas (pois já adotado o limite mínimo). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DE PAULA SANTOS (Presidente), FRANÇA CARVALHO E RENÊ RICUPERO.

São Paulo, 22 de janeiro de 2015

DE PAULA SANTOS

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 6.047

APELAÇÃO nº 3005404-65.2013.8.26.0344

COMARCA: Marília – 2ª Vara Criminal

APELANTES: Gabriel Henrique Faria dos Santos e Mário de Oliveira Costa

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

APELAÇÃO – Furto qualificado, **receptação e tráfico de entorpecentes** – Materialidade e autoria comprovadas – Pedido de absolvição – Impossibilidade uma vez que as condutas se amoldam aos tipos penais – Penas não alteradas – Recurso do réu Mário não provido, com parcial provimento ao recurso do réu Gabriel, tão somente para reconhecer, a favor deste, a atenuante da confissão, mas sem alteração de suas penas (pois já adotado o limite mínimo).

Cuida-se de apelações interpostas por GABRIEL HENRIQUE FARIA DOS SANTOS e MÁRIO DE OLIVEIRA COSTA contra a sentença de fls. 168/174, cujo relatório se adota, que condenou o primeiro como incurso no artigo 155, §4º, I, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade por igual período, além do pagamento de um total 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo (sendo 10 dias-multa originalmente fixados e mais 10 dias-multa como uma das sanções substitutivas à reprimenda privativa de liberdade); e o segundo como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal e no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ambos c.c. os artigos 61, I, e 69 do Código Penal, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, além do pagamento de 594 (quinhentos e noventa e quatro) dias-multa, sendo 583 (quinhentos e oitenta e três) dias corrigidos e calculados conforme a Lei Antidrogas e 11 (onze) dias conforme o Código Penal, dessumindo-se que no valor unitário mínimo.

Inconformado, apela o corréu Mário (fls.

187/195) requerendo sua absolvição, sob alegação de que: a) as provas não são suficientes para embasar a condenação; b) desconhecia a origem dos instrumentos trazidos por Gabriel; c) não vendeu droga a ele e os entorpecentes apreendidos eram para uso próprio. Caso seja mantida a condenação, requer, alternativamente: a) a desclassificação para receptação culposa, pois não há certeza da autoria e muito menos do dolo; b) a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

O corréu Gabriel também requer a sua absolvição (fls. 203/207), igualmente sob alegação de que não há provas suficientes para a condenação, pois: a) a confissão não constitui prova plena; b) a única pessoa que presenciou o furto não foi identificada.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, pleiteando a manutenção da sentença (fls. 213/217).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 223/229).

É o relatório.

Não comportam acolhimento os pleitos de absolvição formulados pelos réus.

Quanto a materialidade e autoria dos delitos em tela, afigura-se acertada a fundamentação da r. sentença, da qual constam, entre outras considerações, as seguintes (fls. 87/88):

“Não há dúvida de que Gabriel executou o furto. Interrogado em Juízo, ele confessou haver adentrado o prédio da igreja e dali subtraído os equipamentos. Apenas ressaltou que não foi preciso romper obstáculo algum, já que encontrou quebrado o vidro da janela e que lhe possível avançar para o interior do prédio pelo vão então existente.

“Sua confissão encontrou respaldo firme da prova; já a ressalva, não.

“O pastor Erasmo José da Silva, sobre haver confirmado em Juízo a ocorrência da subtração dos instrumentos que até então estavam guardados na sede da igreja, ainda explicou que a invasão do prédio se deu através do vidro de uma das janelas, quebrado naquela ocasião. Segundo ele, a ação criminosa foi vista por um transeunte e este lhe fez a comunicação do fato. Tratou de acionar a polícia e esta logrou deter em flagrante não apenas o agente do furto como também a pessoa que receptara os instrumentos subtraídos.

“Os policiais militares Anselmo Bernardo e Gilmar Felício relataram em Juízo que, prestando atendimento à ocorrência, conversaram com o pastor responsável pelo prédio e este indicou Gabriel como sendo o agente do crime. Informaram que Gabriel de pronto confessou a execução do furto e informou que havia repassado os bens surripiados para o réu Mário. Na casa de Mário foi encontrada parte dos instrumentos furtados por Gabriel.

O laudo de fl. 101/106 traz anotação de que a invasão do prédio se deu efetivamente mediante rompimento do vidro de uma das janelas. De tal arte que Gabriel há de ser condenado pela conduta típica descrita no artigo 155, §4º, inciso I (rompimento de obstáculo) do Código Penal.

“Quanto ao denunciado Mário, a denúncia é procedente quanto às duas imputações formalizadas.

“Mário admitiu em Juízo haver adquirido de Gabriel pelo menos o violão e o saxofone subtraídos da igreja.

“O auto de fl. 19/20 traz registro no sentido de que tais instrumentos foram encontrados e apreendidos na residência dele.

“Os policiais Anselmo e Gilmar informaram que a apreensão só foi possível porque o réu Gabriel, confessando o furto, relatou ter repassado os instrumentos para Mário.

“Sustentou a Defensoria Pública que Mário ignorava a procedência ilícita dos aparelhos e que por tal motivo não poderia ser condenado por receptação dolosa. Haveria, quando muito, receptação culposa.

Nenhuma das ponderações socorre o denunciado. A apreensão dos instrumentos na casa dele se deu imediatamente após o furto, situação a denotar que Gabriel, ao realizar a subtração, já tinha em mente a pessoa para a qual poderia vender as coisas.

“Ademais, a prova revelou que Gabriel entregou os instrumentos a Mário e que este os recebeu mediante fornecimento de tóxico para aquele. Transação altamente suspeita, só concebível entre pessoas de comportamento duvidoso.

“Mas mesmo que se desse crédito ao relato de Mário, ainda assim estaria caracterizada a receptação dolosa. Ele declarou em Juízo que pagou pelo violão e pelo saxofone a módica importância de cinquenta reais, prometendo

pagar o restante (que não disse quanto) numa segunda ocasião. Ora, o fato de haver pago pelos bens valor tão ínfimo – só o saxofone foi avaliado em oitocentos reais (fl. 45) – denota que estava perfeitamente ciente da procedência ilícita deles. Depois, Mario declarou em Juízo que sabia estar negociando com um viciado, já que Gabriel, ao procura-lo para realizar o negócio, deixou claro que precisava de dinheiro para adquirir entorpecentes.

“A ação de Mário tem subsunção ao tipo legal do artigo 180, *caput* do Código Penal.

“Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, a condenação se impõe. Mas não pela venda de tóxico para Gabriel, já que, embora se tenha notícia da ocorrência dessa transação, nenhuma substância foi achada com Gabriel e não se sabe se a substância fornecida era mesmo dotada de aptidão viciogênica. Faltaria prova da materialidade do fato.

“A condenação é de rigor porque, de par com a notícia dessa venda, há também registro e que Mário foi encontrado e preso quando trazia consigo (e a denúncia contém descrição nesse sentido) quatro pinos de crack.

“Ele mesmo não negou esse fato ao ser ouvido em Juízo, embora tenha afirmado que guardava o produto para consumo próprio.

“O auto de fl. 19/20 traz registro em torno da apreensão dos pinos, ao passo que os laudos de fl. 23 (constatação provisória) e 100 (químico contêm anotação em torno da toxicidade da substância que estava neles armazenada.

“A certeza de que a droga estava destinada ao comércio clandestino vem do relato que fizeram em Juízo os policiais militares que atenderam a ocorrência. Eles mencionaram que Gabriel, ao confessar o furto e indicar Mário como sendo o receptor, deixou claro que fizera o repasse das coisas subtraídas mediante troca por droga.

“O próprio denunciado informou em Juízo que a edícula em que a transação aconteceu servia não só para sua residência, mas também para uso de drogas por várias pessoas que a frequentavam.

“A tudo isso há de ser acrescentado outro detalhe importante, qual seja, o de que Mário já foi condenado antes por tráfico de drogas (fl. 73/74), circunstância que, somada À demais trazidas para este caderno, permite a segura conclusão em trono da ocorrência do crime imputado.”

Merece ser preservado, deveras, o concluído na decisão apelada, cujos enunciados fundamentos ficam adotados expressamente, também aqui, como razões de decidir.

O corréu Gabriel, em seu interrogatório judicial,

assumiu o furto, embora tenha negado o rompimento de obstáculo, afirmando que a janela já estava quebrada. Negou a venda dos instrumentos para Mário, bem como o recebimento de drogas daquele. Afirmou que deixou os instrumentos com Mário para voltar depois e buscá-los para vender e que Mário não sabia da origem dos instrumentos (cf. mídia digital fls. 142).

Por seu turno, o corréu Mário, ao ser interrogado judicialmente, afirmou que estavam, ele e mais quatro pessoas, utilizando drogas no “fumódromo” (edícula em que residia), quando Gabriel chegou e, por não ter dinheiro para usar drogas, disse que tinha uma banda e que venderia os instrumentos para obter o dinheiro. Contou que pagou R\$ 50,00 pelo violão e ficou de pagar pelo saxofone em momento posterior, sem, contudo, declinar qual valor seria pago. A respeito das drogas, disse que os usuários do local dão um ou dois pinos de entorpecentes em troca do uso do “fumódromo” e que, no momento da abordagem, colocou as drogas que estavam usando no bolso. Reafirmou que as drogas lhe pertenciam e que eram para uso próprio.

O representante legal da vítima, pastor Erasmo, confirmou a quebra do vidro da janela por ocasião do roubo e relatou que foi um motoqueiro que passava pela rua quem impediu que o corréu Gabriel levasse o teclado, mas ele já havia levado os outros instrumentos. Afirmou que não foram recuperados dois baixos e uma guitarra. Em Juízo, reconheceu Gabriel como o indivíduo que ingressou no prédio e Mário como o segundo preso com quem haviam sido encontrados os instrumentos, segundo informações dos policiais militares.

Os depoimentos, em Juízo, das testemunhas Gilmar e Anselmo, policiais militares, foram uníssonos no relato da abordagem, bem como das circunstâncias em que encontrado o acusado Gabriel e os instrumentos localizados na residência do corréu (cf. mídia digital fls. 142).

Ambos narraram que, após serem acionados pelo representante legal da vítima, saíram em patrulhamento e lograram êxito em encontrar o réu Gabriel, que, informalmente, confessou o furto, acrescentando que trocara os instrumentos musicais retirados da igreja por drogas, com o corréu Mário. Seguindo até a residência deste, encontraram os instrumentos, bem como, após revista pessoal, localizaram entorpecentes em seu poder.

A testemunha Anselmo afirmou, outrossim, que Mário disse que era mero usuário de drogas e que comprara os instrumentos de Gabriel.

Mas, como visto, o próprio Gabriel esclarecera, perante os milicianos, que havia dado os instrumentos a Mário em pagamento dos entorpecentes.

Cumprе notar que os acusados não demonstraram que os policiais pudessem ter qualquer interesse em prejudicá-los. Nada há, enfim, que enfraqueça o valor probatório dos detalhados depoimentos das referidas testemunhas.

E não existe impedimento para que o depoimento dos policiais, que atuaram na ocorrência, seja utilizado na fundamentação

da decisão condenatória, conforme já decidido pelo C. STJ: *“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal”* (STJ, Habeas Corpus nº 149540/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04.05.2011).

Em Juízo, como bem ressaltado na r. sentença combatida, o corréu **Gabriel confessou o furto**, embora não admita que tenha quebrado o vidro da janela. Entretanto, o representante legal da Igreja foi categórico ao afirmar que o vidro foi quebrado por ocasião dos fatos.

Note-se que o rompimento de obstáculo para a prática do furto foi atestado pelo laudo pericial de fls. 101/105, instruído com fotografias: *“o acesso ao interior do imóvel verificou-se por escalada do peitoril da janela e rompimento do vidro”*. E reafirmou-se a existência de *“escalada do muro e rompimento do vidro da janela”* (fls. 102).

Não é possível aceitar o argumento de que a confissão de Gabriel não constitui prova plena, até mesmo porque se coaduna com os demais elementos do conjunto probatório. Admitiu o furto, em Juízo, ainda que tentando negar o rompimento de obstáculo (negativa que caiu por terra ante a prova pericial e o depoimento do pastor).

Ademais, os policiais militares que atenderam à ocorrência, foram claros ao afirmar que Gabriel também confessou o furto

no momento da abordagem, admitindo, até mesmo, que trocara os instrumentos por entorpecentes, indicando Mário como a pessoa com quem tinha realizado tal transação. Ainda que esta se trate, em verdade, de uma confissão, neste momento, informal, “*não deixa de ser um importante elemento de prova, constituído, afinal, pelos testemunhos daqueles que a ouviram*” (Guilherme de Souza Nucci, *in* O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal, Editora RT, 1997, p. 224/225).

Mas vale reafirmar, de qualquer modo, que a confissão do furto foi reiterada por Gabriel em seu interrogatório judicial.

Além disso, o corréu Mário admitiu que os instrumentos foram trazidos por Gabriel, ainda que o primeiro tenha buscado afirmar desconhecer sua origem ilícita.

Portanto, a confissão de Gabriel, feita em Juízo, se coaduna com os demais elementos probatórios e é por eles sustentada.

A circunstância da pessoa que presenciou o furto, referida pelo pastor em seu depoimento, não ter sido identificada, se torna irrelevante diante das demais provas produzidas.

Com relação ao corréu Mário, a situação não se difere e a condenação é, deveras, medida que se impõe.

No tocante à receptação, como bem fundamentado na r. sentença combatida, Mário relatou ter pago apenas R\$ 50,00 pelos instrumentos que, notoriamente, teriam valor bem superior. Além disso, sabia que estava tratando com um viciado que, conforme afirmou, ofereceu os instrumentos para adquirir drogas. Por estas razões, inviável a absolvição ou a desclassificação da receptação para a

modalidade culposa do delito.

Quanto ao tráfico de entorpecentes, melhor sorte não assiste ao aludido réu.

É fato incontroverso que foram encontrados em seu poder, após revista pessoal, 04 (quatro) pinos de crack, além de R\$ 42,00.

Inviável acolher a alegação do corréu Mário de que era mero usuário de drogas, sem intuito de tráfico. Gabriel relatou aos milicianos ter dado os instrumentos furtados em pagamento de drogas adquiridas de Mário. É fato, neste ritmo, que Mário admitiu que Gabriel procurou sua residência para usar drogas. Além disto, embora não tenha sido encontrada uma quantidade expressiva de entorpecentes, foram apreendidos 04 (quatro) pinos de crack, além de R\$ 42,00 reais em dinheiro. A quantidade de entorpecente, que se ressalte ser de máxima potência, é superior a de consumo individual momentâneo. Ademais, o fato de haver dinheiro em espécie se coaduna com o observado em situações de tráfico, revelando disponibilidade de troco para a mercancia e possibilidade de se tratar, inclusive, do produto da venda de algumas porções. Ressalte-se, outrossim, que Mário admitiu estar na companhia de outras quatro pessoas quando da chegada de Gabriel com os instrumentos. **E, finalmente, o próprio Gabriel, como já dito, contou aos policiais que o corréu Mário lhe forneceu drogas em troca dos instrumentos musicais furtados.**

A circunstância de ter sido Mário condenado anteriormente por tráfico de entorpecentes (fls. 73/74) é subsídio a ser considerado na formação da convicção e o mencionado fato dos policiais

militares terem relatado que Gabriel afirmou ter trocado os instrumentos por drogas é relevante para a condenação.

Portanto, não há que se falar em insuficiência probatória neste coerente e harmônico conjunto, rejeitando-se, assim, as ponderações do apelante em contrário do ora exposto. Note-se que a prova não deixa dúvida alguma e, pois, não há que se falar no princípio *in dubio pro reo*.

Valem, ainda, os demais argumentos detalhadamente expostos na sentença, ficando certo que a condenação era realmente cabível, tal como concluído pelo Juízo *a quo*.

No que concerne às penas definitivas impostas aos réus, a repreensão imposta pelo juízo monocrático não comporta alteração. As penas-base foram fixadas no mínimo legal, tendo sido corretamente aplicada, na segunda fase da dosimetria, a agravante da reincidência para Mário (cf. certidão de fls. 73/74), com elevação na fração de 1/6 (um sexto).

Apenas um pequeno reparo merece a sentença, para se reconhecer a atenuante da confissão a favor de Gabriel, pois este, em Juízo, bem ou mal, admitiu a autoria do furto. Mas isto não acarreta modificação da pena a ele imposta, pois já foi a mais branda possível e a Súmula nº 231 do C. STJ deixa claro ser impossível reduzi-la aquém do piso.

Note-se, por outro lado, que, quanto a Mário, é inviável cogitar da aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º do art. 33 da lei nº 11.343/06, pois se trata de reincidente.

Destaco que, por isto, bem como por se tratar de reincidência *específica* e, ainda, em face das peculiaridades do caso, que demonstram que Mário mantinha um verdadeiro “fumódromo” e portava droga de altíssima potência e das mais nefastas, como o é o crack, o regime inicial para o cumprimento da pena prisional a este imposta não pode ser outro que não o fechado.

Deveras, vale repetir que não se mostra adequado, *in casu*, regime mais brando, afigurando-se oportuno citar, a respeito, o entendimento desta 13ª Câmara acerca de hipóteses quejandas, bem representado pelo Acórdão proferido na Apelação nº 0036421-89.2010.8.26.0405, que teve como relator o E. Des. Renê Ricupero: *“O regime fechado é o adequado para o cumprimento da reprimenda, pois decorre de expressa determinação legal (o tráfico é equiparado a crime hediondo) e da maior nocividade da cocaína à saúde pública. Neste sentido, já se decidiu no Col. STJ que “não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou” (HC 203.403/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/07/2011), manifestação que reflete o entendimento prevalecente nesta Câmara”.*

De se considerar, ademais, que a conduta do

acusado se reveste de contornos ainda mais nocivos e acintosos, pois, além de tudo, detinha, como já visto, entorpecente de maior potencial lesivo do que o observado em casos comezinhos, qual seja o crack, sabidamente dos mais potentes e devastadores. Vale conferir, inclusive, precedentes desta Corte que apontam para a imposição de regime inicial fechado ao se constatar, *in concreto*, a utilização de droga particularmente pesada, como na hipótese dos presentes autos:

“Contudo, deverá ser mantido o regime inicial fechado. O crime de tráfico em si reveste-se de especial gravidade, tanto que o legislador optou por inseri-lo no rol dos crimes hediondos por equiparação. No caso, a agravar a conduta praticada, trata-se de tráfico de crack, droga pesada, sabidamente de maior potencialidade lesiva [...]. Outro regime, na hipótese, não atenderia ao princípio da suficiência” (Apelação Criminal nº 0001439-42.2011.8.26.0396, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 13/03/2014, v.u.).

“Adequado o regime fechado e a recusa a qualquer benefício legal, diante da variedade e da natureza de parte da droga apreendida (crack), sabidamente de acentuada potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma” (Apelação Criminal nº 0038630-42.2011.8.26.0196, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 12/12/2013, v.u.).

“Mantenho, contudo, o regime fechado. Está-se diante de tráfico envolvendo, além de maconha, cocaína, droga pesada, sabidamente de maior potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma. Outro regime, na hipótese, não atenderia ao princípio da suficiência. Não o atenderiam, outrossim, a concessão de qualquer benefício legal, tal a aplicação de penas alternativas ou a concessão de sursis” (Apelação Criminal nº 0000008-85.2012.8.26.0412, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 12/12/2013, v.u.).

E a análise individualizada das peculiaridades do caso e da conduta do réu Mário, como acima explanado, ainda mais em



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
13ª Câmara de Direito Criminal

combinação com a reincidência específica na traficância, corrobora o entendimento de que, realmente, o regime prisional inicial deve ser o fechado, para que a penalidade tenha contornos de *suficiência* em face da situação concreta (e não apenas do texto legal).

Diante do exposto, **nego provimento ao recurso de Mário e dou parcial provimento ao recurso de Gabriel**, tão somente para reconhecer, a favor deste, a atenuante da confissão, mas sem alteração das penas que lhe foram impostas na sentença.

DE PAULA SANTOS

Relator