

11



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

157

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB N°

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n° 990.09.255482-4, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FERNANDO BAZZAN NARCISO DA SILVA sendo apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, FIXANDO-SE O REGIME SEMIABERTO, MANTENDO-SE NO MAIS A RESPEITÁVEL SENTENÇA APELADA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MÁRCIO BÁRTOLI (Presidente sem voto), MÁRIO DEVIENNE FERRAZ E PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2010.

FIGUEIREDO GONÇALVES
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Voto nº 19.642

Apelação Criminal nº 990.09.255482-4

Órgão Julgador: 1ª Câmara da Seção Criminal

Comarca de SÃO PAULO

16ª Vara Criminal - Ação Penal nº 18097/2008

Apelante/Apelado: FERNANDO BAZZAN NARCISO DA SILVA
Apelado/Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO

O réu foi denunciado, juntamente com Adenilson Gonçalves Ribeiro, pela prática de tráfico ilícito de entorpecente nas imediações de escola e associação para o tráfico artigo 33, *caput*, c.c. com o artigo 35 e o artigo 40, III, todos da Lei 11.343/06), em razão de fato ocorrido no dia 9 de março de 2008, por volta de 19h20, quando policiais militares os avistaram na Avenida Gabriela Mistral nas proximidades de uma favela e de quatro estabelecimentos de ensino. Assim, enquanto Adenilson vigiava a movimentação de pessoas, Fernando realizava as vendas. Após abordagem e revista pessoal, encontraram uma *pochette* com Fernando contendo 25 invólucros de maconha, 27 pinos contendo cocaína e 13 frascos de cloreto de etila, conhecido como lança perfume, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. Foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 177-187).

Apela da sentença o Ministério Público, postulando a fixação do regime fechado para o início de cumprimento



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

da pena, o reconhecimento da causa de aumento do artigo 40, III, da Lei 11.343/06, além da suspensão total dos direitos políticos do acusado (fls. 204-210). Contrarrazões do réu às fls. 251-253.

Apela da sentença também o réu, buscando absolvição com fundamento na fragilidade do conjunto probatório e, subsidiariamente, requer a desclassificação para o crime previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06 (fls. 212-214). Contrarrazões do Ministério Público às fls. 223-224.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça oficia no sentido do parcial provimento do recurso do Ministério Público e não provimento ao recurso da defesa (fls. 259-269).

É o relatório.

Reservando-se ao direito de silenciar-se, quando lavrado o auto de prisão em flagrante (fl. 34), o apelante negou o crime na instrução e sustentou que foi abordado pelos policiais na entrada da favela e com ele nada foi encontrado. Informou a prisão de outro homem que não conhecia, referindo-se ao corréu, e alegou o consumo de drogas com habitualidade (fls. 125-128).

Todavia, os policiais militares descreveram harmoniosamente as circunstâncias da prisão, pois receberam informação de uma senhora, moradora da favela, de que dois indivíduos estavam traficando no local, inclusive indicando as características físicas e trajés. Assim, diligenciaram e surpreenderam o réu Adenilson vigiando o local, enquanto o apelante Fernando estava sentado em um sofá, contando dinheiro e na posse das drogas descritas nos autos, acondicionadas em uma *pochette*. Além disso,



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

segundo disseram, os agentes confessaram a traficância e informaram a prisão dias antes de outro traficante, possibilitando que assumissem o ponto de vendas de drogas (fls. 131-135).

De sua parte, a testemunha de defesa Eliana, mãe de Fernando, sustentou que o filho era usuário de drogas e relatou o sumiço de dinheiro da residência, provavelmente utilizado na aquisição de entorpecentes. Além disso, informou que Fernando estava sob efeito de drogas no momento da prisão (fls. 136-137).

O exame químico-toxicológico de fls. 94-98 registrou a natureza e quantidade da droga apreendida.

Não se pode duvidar, de antemão, da veracidade dos testemunhos policiais. Como quaisquer outras pessoas, podem prestar prova válida, dependendo do conteúdo de suas alegações. Depois, seria absurdo que, somente pela função exercida, de encarregados de manutenção da segurança pública, pudessem ser tomados por suspeitos daquilo que declaram. Inverter-se-ia a presunção de legalidade dos atos desses agentes administrativos. Além disso, não parece razoável que fossem incriminar inocente, escolhido aleatoriamente, imputando-lhe o grave delito, sem qualquer razão pessoal para o ato. Portanto, não demonstrada qualquer razão para suspeita de conduta censurável dos policiais - e nenhuma foi informada pelo réu - é de se admitir seus testemunhos como verdadeiros.

Em que pese a declaração de usuário, a quantidade e variedade de drogas apreendidas (fl. 95) era excessiva para simples uso pessoal. A utilização de cocaína por meros experimentadores não passa de pitadas de até 0,02 g,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

conforme o *Dicionário de Medicina Legal*, dos professores Manif e Elias Zacharias¹. Doses excessivas, para dependentes em avançado estado de intoxicação, alcançam 1,0 g, conforme aqueles mesmos autores. Anote-se que foram apreendidas com o réu 18g dessa substância e, ainda que consumisse diariamente a quantidade acima descrita, suficiente para levá-lo ao estado de intoxicação, necessitaria de pelo menos 18 dias para dar conta do entorpecente.

Ademais disso, o exame químico-toxicológico de fl. 95 constatou uma quantidade de droga no importe de 69,4g. Não é plausível imaginar que alguém possa ter essa quantidade de maconha apenas para consumo próprio. Segundo a literatura especializada, um *baseado* é confeccionado com cerca de 1,7 g de maconha. Um *fininho* é feito com cerca de 1 g.² Também segundo a medicina legal, se o consumo é maior, de quatro ou mais baseados por dia, isso conduz a uma intoxicação crônica, levando o dependente a ficar fisicamente e mentalmente enfermo, "*profundamente alterado em sua aparência geral, sujo desleixado, torna-se ele facilmente reconhecível: desnutrido, emaciado, ostenta na fisionomia a expressão aparvalhada; o rosto é pálido, a pele sem viço, os olhos aprofundados nas órbitas, o olhar mortiço, a voz rouca, as mãos trêmulas, o caminhar incerto*".³ Não há informações nos autos de que o peticionário apresentava qualquer das características acima descritas, visto que a quantidade de entorpecentes encontrada seria suficiente para a produção de 69 fininhos. Considerando-se um consumo diário de 2 *fininhos*, a quantidade

¹ Editora Univ. Champagnat, da Pontifícia Univ. Católica do Paraná, ed. 1988, p. 80.

² Manif e Elias Zacharias, "*Dicionário de Medicina Legal*", Curitiba, Ed. Universitária Champagnat, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, ed. 1998, p. 276.

³ Ob. cit. p. 277.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

encontrada levaria 35 dias para ser consumida, o que não parece ser razoável.

Depois, em face da intensa repressão policial, tem-se como conduta ordinária do dependente ou até mesmo do usuário eventual, não adquirir e transportar quantidades expressivas de droga. Primeiro pelo risco de maior prejuízo. Segundo pelo temor de ser considerado traficante, estando sujeito a penas mais severas. A experiência cotidiana revela que o usuário compra quantidade suficiente para o consumo diário, no máximo para dois ou três dias. Também não se pode ignorar que os valores envolvidos na aquisição de grandes quantidades, na maioria das vezes inviabilizam a manutenção de estoque.

Assim, a quantidade de drogas encontradas, com o ora apelante, era demasiada para finalidades de simples usuário, porquanto não apresentou indicativos físicos e psicológicos comuns ao uso intensivo dessa droga.

Correto, pois, o desfecho condenatório.

Contudo, para incidência do dispositivo do artigo 40, III, da Lei 11.343/06, é necessário que a posse da droga, ou o comércio, se realize nas imediações ou no interior do estabelecimento de ensino, aproveitando-se do movimento das pessoas que ali circulam. Assim, se o fato se dá nas proximidades de escola ou hospitale sendo certo que nenhum estudante foi observado no local, inexistente razão para a maior punibilidade, devendo essa causa especial de aumento ser afastada.

Com efeito, não se olvide que o tráfico ilícito de entorpecentes tem provocado profundos danos no seio social,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

trazendo a reboque, uma gama de males diretos e indiretos. Portanto, diante da natureza de que se reveste esse tipo de delito, não é cabível o cumprimento da pena em regime aberto, sendo mais adequado o inicial fechado. Depois, o estabelecimento do inicial fechado para o tráfico está adequado à nova redação do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8072/90, trazida pela Lei 11.464/2007. Contudo, o §2º desse artigo da novel lei prevê a possibilidade de progressão “*após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.*”. subsumindo-se ao caso concreto, pois o réu esteve preso cautelarmente até 11 de fevereiro de 2009 (fl. 199), tendo cumprido pouco mais de metade da pena em regime fechado, fazendo jus à progressão para o intermediário, porquanto, posto em liberdade, não há notícia de que praticou outros ilícitos.

De outro lado, tormentosa na esfera dos direitos humanos e democráticos a questão relativa à suspensão dos direitos políticos do condenado definitivamente, nos termos do artigo 15, inciso III, da Carta Política. Isso porque parte da jurisprudência sustenta a autoaplicabilidade dessa norma, enquanto outra porção defende a necessidade de legislação específica para a incidência no caso concreto. Inicialmente José Afonso da Silva diz que os “*direitos políticos consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular*”, cujo núcleo fundamental “*consubstancia-se no direito eleitoral de votar e ser votado*”⁴ (grifei). Conquanto esse seja o cerne da discussão posta no apelo, ou seja, a manutenção ou não da capacidade eleitoral passiva do réu, evidentemente que essa é a face mais aparente desses direitos, que consistem ainda em estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos ou a nomeação para certos cargos públicos não

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo 6 ed São Paulo Revista dos Tribunais, 1990 p 300-1



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

eletivos (CF, arts. 87; 89, VII; 101 ; 131, § 1º), participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (CF, art. 61, § 2º, art. 29, XI), a propositura de ação popular (CF, art. 52, inc. LXXIII). Por outro lado, quem não está no gozo dos direitos políticos não poderá filiar-se a partido político (art. 62, da Lei n. 5.682, de 21.7.1971), e nem investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo (art. 52, II, da Lei n. 8.112, de 11.12.1990). Não poderia, também, ser diretor ou redator-chefe de jornal ou periódico (artigo 72, §1º, da Lei n. 5.250, de 9.2.1967) e nem exercer cargo em entidade sindical (CLT , art. 530, V).

Em face da redação do artigo 149, §2º, "c", da Constituição anterior - Emenda 1/69 - determinando que "*a perda ou suspensão dos direitos políticos dar-se-á por decisão judicial por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos*", além do § 3º do mesmo artigo condicionava: "*Lei Complementar disporá sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua reaquisição.*", surgiu a discussão sobre a necessidade de regulamentação para a aplicação dessa sanção na vigência da Constituição de 1988, pois a referida suspensão não seria autoaplicável. Contudo, a questão foi resolvida no Recurso Extraordinário n. 179.502-6, de São Paulo, relatado pelo Ministro Moreira Alves, julgado em 31.5.1995 (DJU de 8.9.1995, p. 28.389) entendimento posteriormente reafirmado pelo Min. Celso de Melo no RMS 22470 AgR / SP (DJ 27-09-1996 PP-36158):

SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS -
CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL -
SUBSISTÊNCIA DE SEUS EFEITOS - AUTO-
APLICABILIDADE DO ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO
- A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição
reveste-se de auto-aplicabilidade, independentemente, para



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irrecorrível - e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis* -, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE nº 179.502-SP (Pleno), Rel. Min. MOREIRA ALVES. Doutrina.

Anote-se que o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal não distingue o tipo de crime que originou a condenação, nem a qualidade ou quantidade da pena imposta, pouco importando cuidar-se de contravenção ou crime, delito doloso ou culposos, apenado com reclusão ou detenção, ou se condenação à pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária. Contudo, a suspensão desses direitos exige o trânsito em julgado, pois o contrário afrontaria o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 52, inc. LVII).

Assim, há corrente jurisprudencial afirmativa no sentido de que toda condenação criminal suspende automaticamente o exercício dos direitos políticos, independentemente da espécie de pena aplicada; de outro lado se situam os julgados estabelecendo que havendo possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos, não se justifica tal suspensão mencionada no artigo 15, III, da Constituição Federal; em algumas ocasiões o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo reduziu incidência da suspensão dos direitos políticos aos crimes dolosos, sob o fundamento de que nas condenações por crimes culposos não estariam presentes as razões éticas da medida; existem vozes, como Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior⁵, sustentando

⁵ CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 15, p. 89-96, set 1996.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

que a aplicação ilimitada do art. 15, inciso III, da Constituição Federal, ofende os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Ademais disso, não se olvide que, a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal no que tange a autoaplicabilidade da norma, houve regulamentação para os casos mais brandos, descritos no artigo 15, incisos I, II e V, da Carta Política, sendo elaboradas as leis Lei 6.815/80 (perda da naturalização do estrangeiro), Lei 10.406/02 (incapacidade absoluta no Código Civil), e a Lei 8.429/92 (improbidade administrativa) e, assim, em face da legalidade estrita, não seria caso de suspender os direitos políticos sem a devida regulamentação. Por outro lado é inegável o paradoxo trazido nesse dispositivo constitucional, pois contraria o ideário de reintegração progressiva do preso à sociedade, visto que cumprindo pena no regime aberto ou diante da imposição de sanções alternativas, a suspensão dos direitos políticos impede o apenado de estudar em instituições de ensino público, de prestar concurso público, obter certidão ou título de eleitor, dificultando a contratação formal pela iniciativa privada, afrontando o princípio da humanização da pena.

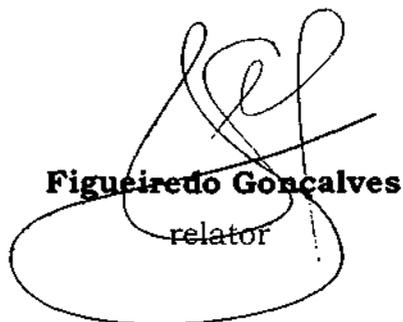
Assim, com vistas ao exposto, mais adequada a interpretação sistêmica da constituição feita pela magistrada singular, no sentido de suspender-se somente os direitos políticos passivos do réu, ou seja, a elegibilidade, mantendo-se intocáveis os elementos ativos desses direitos, como medida de proteção à dignidade da pessoa humana.

Ante tais motivos, nega-se provimento ao recurso do réu e dá-se parcial provimento ao apelo do Ministério



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Público, fixando-se o regime semiaberto, mantendo-se no mais a respeitável sentença apelada.



Figueiredo Gonçalves
relator