



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000296467

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501105-17.2024.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante ANTONIO SILVERIO FILHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), RENATO GENZANI FILHO E CARLA RAHAL.

São Paulo, 27 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16207

Apelação Criminal nº 1501105-17.2024.8.26.0318

Comarca: Leme

Juiz de Direito: doutor Fabio Akira Nakama

Apelante: Antonio Silverio Filho

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Antonio foi condenado a seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão em regime fechado, além de 680 dias-multa, por tráfico de drogas, ao ser flagrado com 62 porções de cocaína. A apreensão ocorreu durante patrulhamento policial, quando o apelante tentou fugir, mas foi capturado com a droga em uma bolsa.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em verificar se as provas apresentadas são suficientes para sustentar a condenação por tráfico de drogas e se a dosimetria da pena foi adequada.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por depoimentos policiais e laudos periciais, indicando que o apelante trazia consigo entorpecentes para fins de tráfico.

4. A defesa não conseguiu demonstrar a insuficiência probatória, e a alegação de uso pessoal não foi aceita, considerando a quantidade e a forma de acondicionamento da droga.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso não provido, mantendo-se a sentença condenatória em todos os seus termos.

Tese de julgamento: 1. A posse de entorpecentes em quantidade e condições que indicam tráfico justifica a condenação. 2. A reincidência e os maus antecedentes justificam a fixação de regime inicial fechado.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput.

Código Penal, art. 44, caput, inc. I e II.

Constituição Federal, art. 144, incisos IV e V.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, AgRg no HC 547176/SP, T6, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.12.2019.

STJ, AgRG no HC 526085/SP, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 03.12.2019.

STJ, HC 4780001/SP, T5, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 05.02.2019.

STJ, AgRg no HC 530668/ES, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.11.2019.

STJ, AgRg no AREsp 2301358/PR, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 27.04.2023.

STJ, AgRg no HC 787997/SP, T6, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 27.03.2023.

STJ, AgRg no REsp 1390118/PR, T6, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 23.05.2017.

STJ, AgRg no AREsp 973919/MG, T6, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 23.05.2017.

STJ, HC 389132/SP, T5, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16.05.2017.

STJ, HC 306536/PE, T5, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18.05.2017.

STJ, HC 389871/SP, T5, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 16.05.2017.

STJ, HC 386049/SP, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 16.05.2017.

STJ, HC 363726/RS, T5, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 09.05.2017.

STJ, AgRg no REsp 1635522/ES, T5, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.04.2017.

STJ, HC 175577/SP, T6, Rel. Min. Og Fernandes, j. 04.10.2011.

STJ, HC 212990/SP, T5, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 04.10.2011.

STJ, AgRg no HC 601669/SP, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25.08.2020.

STJ, AgRg no HC 601085/SP, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da

Fonseca, j. 18.08.2020.

STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1676929/SP, T5, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18.08.2020.

STJ, AgRg no HC 5807699/SP, T5, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.08.2020.

STJ, HC nº 382.243/SP, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 16.02.2017.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 147

O apelante, Antonio, foi condenado à pena de seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa, no mínimo estabelecido em lei, como incurso no **artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere, porque, no dia 12.6.2024, por volta das 13h, no cruzamento entre a Rua Luis Maradei e a Rua Sylvio di Camilo, no bairro Jardim Alto da Glória, Leme/SP, o apelante guardava e trazia consigo, para fins de tráfico, 62 porções de cocaína, pesando aproximadamente 37 gramas, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 20/21, auto de constatação preliminar de fls. 24 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 47/49). Na data dos fatos, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pelo bairro Jardim Alto da Glória, quando, ao passarem pelo endereço supramencionado, visualizaram Antônio na esquina, com uma bolsa pendurada no pescoço. Ao avistar a viatura, Antônio saiu correndo em direção a uma plantação de cana existente nas proximidades. Dadas as circunstâncias, os policiais decidiram por acompanhá-lo. Depois de algum tempo correndo pela estrada de terra, Antônio retornou para o asfalto e quase foi atropelado por veículos que circulavam pela via, pelo que acabou caindo e foi alcançado pelos policiais. Em busca pessoal, nada de ilícito foi localizado com ele. Contudo, na bolsa que Antônio trazia consigo, encontraram

três invólucros contendo 60 flaconetes de cocaína, no total, além de 2 eppendorfs de cocaína soltos e a quantia de R\$ 29,00. Indagado, Antônio inicialmente permaneceu calado. Já na Delegacia de Polícia Civil, afirmou que seria apenas um usuário de entorpecentes e que as drogas apreendidas não seriam de sua propriedade, mas de um outro rapaz. De todo modo, as circunstâncias da apreensão, a quantidade e o fracionamento dos entorpecentes, assim como os relatos dos agentes públicos que atenderam a ocorrência, evidenciam, sem margem de dúvidas, que Antônio realizava o tráfico de drogas no local dos fatos.

Nas razões de apelação oferecidas pela digna Defesa, requereu-se a absolvição por insuficiência probatória (fls.157/159).

Contrarrazões a fls. 172/173, para manutenção da respeitável sentença.

A Acusação não desejou recorrer da decisão (16.12.2024 - fls. 146).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não acolhimento do apelo (fls. 190/194).

A prova oral foi colhida e registrada em meio audiovisual, com gravação disponível a fls. 146.

II – Fundamentação

O apelo não comporta acolhimento, mantida a respeitável sentença proferida pelo ilustre Magistrado, doutor Fabio Akira Nakama, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1/9, boletim de ocorrência de fls. 16/18, auto de exibição e apreensão de fls. 20/21, laudo de constatação preliminar de fls. 24, laudo de exame químico toxicológico de fls. 47/49, bem como pela prova produzida em Juízo, cocaína foi apreendida.

A *autoria* é atribuível ao acusado.

Na fase investigativa, o apelante afirmou ser usuário de drogas. Na ocasião dos fatos estava no local para adquirir drogas para consumo próprio, tendo adquirido três porções de cocaína. Ao avistar a viatura, assustou-se e saiu correndo. Não tinha bolsa em sua posse, a bolsa encontrada pelos policiais pertence a um indivíduo que saiu correndo (fls. 5).

Em seu interrogatório judicial, ele negou os fatos, alegando ser usuário de drogas. Disse que estava no horário de almoço. Foi em um mercado, comprou um guaraná, na volta, comprou 3 eppendorffs de cocaína para seu uso pessoal. Retornado para a casa, os policiais correram atrás dele, bem como de outras pessoas que estavam próximas. Correu para o canavial. Atrás dele estava apenas o policial Bertin, o policial Picoli estava dentro da viatura. Foi para cima do ônibus, mas escorregou e quase teve sua perna esmagada. Dentro do ônibus, os policiais agrediram-no. Desmaiou duas vezes, foi conduzido ao Hospital. Conhecia apenas o policial Picoli antes da abordagem. Foi ameaçado de morte pelos policiais por conta de "B.O" que teve quando menor.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de

1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A versão negativa não convence, mostra-se inverossímil e não está em sintonia com as demais provas.

A testemunha, policial militar Marcelo depôs que realizava patrulhamento de rotina, pelo bairro alto da glória, quando **avistaram o apelante numa esquina, com uma bolsa pendurada no pescoço, ao notar a aproximação da viatura saiu correndo em direção a uma plantação de cana existente nas proximidades, momento em que ele e seu colega de farda saíram no encalço dele.** Depois de algum tempo correndo pela estrada de terra o recorrente retornou para o asfalto e quase foi atropelado pelos veículos que circulavam pela via. **Após, o apelante tentou adentrar em um ônibus, que estava passando na via, acabou caindo e foi alcançado. Em revista pessoal nada foi encontrado, mas na bolsa que trazia consigo, encontraram as porções de cocaína que foram apreendidas e a quantia de R\$ 29,00.** O recorrente permaneceu calado.

Não há motivos para rechaçar o depoimento. Ao contrário, destaque-se, desde já, o recorrente não demonstrou que quisesse prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste mostras que queira mentir. Ele deseja, sim, mostrar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que o integrante da Polícia Militar tenha desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Mesmo sendo inquirido um policial, seu testemunho, em consonância com as provas existentes, é suficiente para lastrear o decreto condenatório (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, quando critica o brocardo jurídico, adágio, "*testis unus, testis nullus*" – uma testemunha não faz prova – p. 319-320).

Ressalta-se que as partes desistiram da oitiva da testemunha Luís, policial militar, o que foi homologado pelo douto Magistrado (fls. 146)

Diante desse cenário, não há dúvida quanto à caracterização do tráfico.

Apesar da negativa do apelante, com nítida tentativa de enfraquecer

a credibilidade da narrativa do policial militar, sugerindo, pois, que havia apenas três porções de cocaína em sua posse, que seriam para o consumo pessoal. Não se comprovou qual motivo o agente público teria para alterar a dinâmica dos fatos, somente para imputar, falsamente ao apelante, crime de tal gravidade.

Em resumo, o insuspeito depoimento do policial militar, que confirmou ter surpreendido o recorrente parado em uma esquina com uma bolsa pendurada no pescoço, sendo que ele tentou fugir da abordagem policial, mas foi capturado, o fato de ter sido apreendido em sua posse considerável quantidade de entorpecentes (9,13 g de cocaína, fracionada em 62 porções – fls. 20/21 e 47/49), com alto potencial deletério, embalados individualmente, prontos para a distribuição a terceiros, além de R\$ 29,00 em notas fracionadas, cuja origem lícita sequer foi comprovada (nota-se que o recorrente não trouxe comprovação do exercício de atividade lícita - fls. 7 - "desempregado"), circunstâncias que provam o tráfico feito pelo recorrente.

O fato é típico. Foi demonstrado que ele trazia consigo entorpecentes para o comércio. Sabe-se que para a caracterização do tráfico, não se faz necessário seja o agente surpreendido no próprio ato da venda do entorpecente. É que o artigo 33 da Lei de Drogas possui múltiplo conteúdo, de maneira que basta a prática de qualquer uma das condutas descritas no tipo penal para a sua configuração, como ocorreu na hipótese vertente, pois o apelante foi flagrado trazendo consigo entorpecentes para fins de tráfico (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Rel. Des. Guilherme G. Strenger – J. 29.1.2020).

Ademais, o recorrente poderia até mesmo ser usuário de drogas, todavia, isso não se deu de maneira exclusiva, sendo imprescindível para caracterizar o art. 28 da Lei nº 11.343/2006. A mera alegação de ser usuário

não afasta, por si só, a condição de traficante.

Sobre o tema já decidiu esta Colenda Câmara: *"Além do mais, o fato de serem usuários de entorpecentes não exclui o de estarem também envolvidos com o tráfico, pois é comum usuários praticarem o comércio ilegal exatamente para sustentar o próprio vício."* (**Apelação Criminal nº 3000574-96.2013.8.26.0363** - Relator Desembargador Paiva Coutinho - J. em 12.2.2020).

Assim, as provas são robustas para a condenação.

A dosimetria não comporta ajuste.

Na **primeira fase**, o apelante é possuidor de maus antecedentes (processos nº 1501402-63.2020.8.26.0318, fls. 142/143), sua pena-base pode ser fixada 1/6 acima do mínimo legal, tem-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Na **segunda fase**, presente a agravante da reincidência específica (processo nº 1501627-83.2020.8.26.0318, fls. 143), a pena foi majorada em mais 1/6, tendo-se seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa.

Na terceira fase, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, inclusive pela prática do mesmo delito, não é possível incidir a causa de diminuição do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, não se podendo descartar, diante das circunstâncias do caso concreto, reiteração criminal e as circunstâncias da prisão revelam que não era principiante ou traficante ocasional (**AgRg no HC 547176/SP** - T6 - Sexta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz - J. 17.12.2019 - DJe 4.2.2020; **AgRG**

no HC 526085/SP - 5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 3.12.2019 - DJe 16.12.2019; *HC 4780001/SP* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - J. 5.2.2019 - DJe 14.2.2019 e *AgRg no HC 530668/ES* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. 19.11.2019 - DJe 3.12.2019 - nos dois últimos mencionaram a reincidência também).

Não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência para agravar a pena e para não reduzir-se na terceira etapa da fixação. Esse tratamento está em conformidade com a Carta Magna, que exige maior rigor para quem pratica o tráfico de drogas, equiparado a hediondo, com a real individualização penal, distinguindo o reincidente daquele que é primário, ou seja, não teve, ainda, experiência no meio criminoso. A opção do legislador ordinário foi proporcional e razoável. Conciliou o que já era de praxe no meio jurídico, agravar a pena quando alguém já foi condenado anterior, aquém do quinquênio depurador, mas, ao mesmo tempo, diferenciar o infrator que insiste em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

Os maus antecedentes também impedem o redutor: "2. Se no momento do julgamento da ação penal por tráfico de drogas já houver condenação transitada em julgado por fato pretérito, ou seja, cometido em momento anterior ao que ensejou a denúncia que está sendo examinada, resta configurada a existência de maus antecedentes, afastando-se a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006." (*AgRg no AREsp 2301358/PR* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 27.4.2023 – DJe 3.5.2023). Também: *AgRg no HC 787997/SP* – T6 – Sexta Turma – Rel^a. Min^a. Laurita Vaz – J. 27.3.2023 – DJe 31.3.2023.

Ademais, a prova dos autos não deixou dúvida quanto à sua dedicação à atividade criminosa. O recorrente foi flagrado parado em uma

esquina, trazendo uma bolsa em sua posse, onde guardava os entorpecentes, sendo que ele tentou fugir da abordagem policial. Pela considerável quantidade e natureza de droga apreendida é evidente que não era principiante, fazia do comércio vil seu meios de vida, estando ligado a algo organizado, traficantes de maior porte.

O benefício em questão é reservado para casos específicos em que o crime não é organizado e seja episódio na vida de alguém, sob pena de ser mera válvula de impunidade e de incentivo ao crime. O que não é o caso dos autos.

No Preclaro Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu:

"Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas." - **AgRg no REsp 1390118/PR** - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017. No mesmo sentido: **AgRg no AREsp 973919/MG** - Rel. Min. Nefi Cordeiro - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017; **HC 389132/SP** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 31.5.2017; **HC 306536/PE** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 18.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 389871/SP** - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 386049/SP** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 19.5.2017; **HC 363726/RS** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 9.5.2017 - DJe em 17.5.2017; **AgRg no REsp 1635522/ES** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 18.4.2017 - DJe em 17.5.2017; **HC 175577/SP** - Rel. Min. Og

Fernandes - T6 - Sexta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 17.10.2011; **HC 212990/SP** - Relatora Ministra Laurita Vaz - T5 - Quinta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 14.10.2011.

"Na espécie, não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, não apenas em virtude da quantidade de entorpecente apreendido - 66,5 gramas de cocaína (e-STJ, fl. 52) -, mas também pelo fato de ele haver sido apreendido em conhecido ponto de venda de drogas, além de haver denúncia anônima informando que o paciente comercializava entorpecentes e, principalmente, por ele mesmo haver confessado que havia aceitado a proposta de "um rapaz" para vender drogas e que praticava a traficância para angariar fundos para auxiliar sua mãe doente (ambas à e-STJ, fl. 53), tudo isso a indicar que ele não se tratava de traficante eventual." (**AgRg no HC 601669/SP** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 25.8.2020 - DJe em 31.8.2020). No mesmo sentido: **AgRg no HC 601085/SP** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 18.8.2020 - DJe em 24.8.2020; **AgRg no AgRg no AREsp 1676929/SP** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Jorge Mussi - J. em 18.8.2020 - DJe em 25.8.2020 e **AgRg no HC 5807699/SP** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Félix Fischer - J. em 18.8.2020 - DJe em 25.8.2020 - sublinhou-se.

A pena é final, pois mais nada a altera. Cada dia-multa fica no mínimo legal, pelas condições insatisfatórias econômicas.

O regime é o inicial fechado.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta;

c) reincidência; d) circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; e) gravidade concreta da execução do crime e, por fim, f) a periculosidade à sociedade.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserida no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247).

Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas consequências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessita a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (art. 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está

sendo julgado (**art. 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (***Habeas Corpus* nº 69657/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Rel. Min. Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O art. 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (***Habeas Corpus* nº 82966/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (***Habeas Corpus* nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (***Habeas Corpus* nº 91360/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Ele ostenta maus antecedentes e é reincidente específico. Reitera na prática de delitos, possuindo tendência para esse comportamento. Demonstra, pois, conduta social inapropriada. Poderia emendar-se, pois tem consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: (...) *o art. 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto) (RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julg. 28.3.2017).*

No mesmo sentido: *“Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no art. 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta” (RJTACRIM 57/144).* De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso.** Sabiam das consequências danosas de suas atitudes, preferiram realizar o delito ao invés de se comportar de maneira correta.

Não se pode perder de vista que a natureza do entorpecente (crack), com alto potencial deletério, poderia prejudicar vários "consumidores", se efetivamente vendidos, o que mostra a sua **periculosidade, personalidade e conduta social desvirtuada**, com vista a não respeitar princípios ético-jurídicos importantes, "viver honestamente" e "não causar lesão a outrem". Dessa maneira, tem ausência ou déficit de bons valores.

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Rel. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância critérios previstos no art. 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ, 148:490).

Exsurge pertinente frisar que não existiu ofensa ao enunciado das Súmulas 440, do Superior Tribunal de Justiça, e 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, pois a fixação do regime inicial decorre das condições pessoais do agente e das circunstâncias do fato concreto e não de mera opinião do Magistrado.

Portanto, o regime de segregação plena para o início da execução foi justificado e era o mais adequado.

Dessa forma, retribui-se pela conduta realizada; previne-se que não a cometa mais e outras infrações penais e, por fim, reintegra-se na sociedade, com arrependimento e assimilação a terapêutica penal. Enfim, individualiza-se a sanção penal e implementa-se seus fins.

Com a nova redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o

tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém.

Incabível a substituição da carcerária por restritivas de direitos, pois a sanção é superior a quatro (4) anos, além de o apelante ser reincidente, existindo, por conseguinte, proibição legal (art. 44, “caput”, inc. I e II, do Código Penal).

“É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 7. Habeas corpus não conhecido.” (STJ - HC nº 382.243/SP - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. em 16.2.2017 – DJe em 23.2.2017).

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo não provimento do recurso.

Recurso preso (fls. 151). Deverá permanecer no cárcere, porque seria ilógico mante-lo toda a tramitação encarcerado e, agora, que se tem mais certeza de sua responsabilização, libertá-lo, ademais, ele ostenta maus antecedentes e é reincidente e o crime é equiparado a hediondo, viu-se que o apelante é perigoso e ousado, portanto, para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, mister a medida excepcional.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.