



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000303181

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0020013-30.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RENAN SENA SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 28 de março de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 0020013-30.2024.8.26.0050

Apelante: Renan Sena Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo - SP

Magistrada: Ana Carolina Munhoz de Almeida

Voto 10868

Ementa. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas. Validade. Responsabilização inevitável. Legalidade e compatibilidade evidenciadas. Conjunto probatório seguro e coeso. Traficância caracterizada. Dosimetria irretocável. Fixação de regime prisional inicial fechado. Apelo desprovido.

Trata-se de apelação, interposta por Renan Sena Santos contra a sentença (fls. 228/238), que o condenou como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei Federal 11343/06, a cumprir a pena de 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e pagar 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, no piso legal, com regime prisional inicial fechado.

Na mesma oportunidade, o réu foi absolvido da imputação do delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei Federal 11343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A Defesa apelou, requerendo a reforma da dosimetria, com a fixação da pena no mínimo legal, o afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Tóxicos, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06, e a fixação de regime semiaberto para o início do cumprimento da pena (fls. 260/271).

Foi contra-arrazoado o apelo (fls. 291/298).

Em seu parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovisionamento do recurso defensivo (fls. 313/318).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do

Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

O apelado foi condenado pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 21 de março de 2024, por volta das 11h30min, na Rua Cidreira, altura do prédio 154, defronte a um terreno baldio, no Jardim São Mateus, na Cidade e Comarca de São Paulo, o apelante e seu comparsa, previamente ajustados e em unidade de desígnios, traziam consigo, guardavam, tinham em depósito e forneciam, para comercialização, 18 porções de cocaína, com 11,5 gramas, 15 porções de maconha, com 23,2 gramas, sete porções de substância não identificada, pesando 0,72 gramas, 15 porções de maconha, na forma de haxixe, com 5,2 gramas, sete porções de cocaína, na forma de crack, com um grama, mais uma porção de cocaína, na forma de crack, de 0,18 gramas, e mais uma porção de cocaína, de 0,37 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, nas proximidades de estabelecimento de ensino.

Segundo apurado, os policiais civis realizaram uma campanha com técnica de filmagem de longo alcance no local dos fatos, conhecido ponto de tráfico de entorpecentes.

Assim, visualizaram a dinâmica da traficância ilícita praticada pelos acusados.

O acusado Renan efetivamente vendia a droga e recebia a quantia em dinheiro, enquanto Rodrigo se posicionava mais à frente da rua, onde ficava o cruzamento, de modo a ter visão de quem se aproximasse, atuando como “olheiro”, além de servir de intermediário entre os usuários e Renan.

E tal dinâmica foi gravada em vídeo e fotografias, acostados no link (fl. 12) e no Relatório Final do Inquérito Policial (fl. 76).

Ante tais fatos, os agentes policiais se aproximaram do local e efetuaram a abordagem da dupla, apreendendo, em poder de Renan, uma bolsa, contendo as substâncias entorpecentes acima descritas, assim como uma quantia (R\$ 217,00), em dinheiro, no bolso de sua bermuda.

Em poder de Rodrigo, estava uma bolsa, contendo uma

pedra de crack e um pino de cocaína.

O local dos fatos ficava nas proximidades da Escola Municipal Vera Lúcia Fusco Borba, na Rua Martinho Lutero, 375, no Jardim Campo Limpo (fl. 26).

A Defesa apelou somente no tocante ao regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de forma que passo a apreciar a materialidade e autoria de forma sucinta.

A materialidade resultou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 03), pelo boletim de ocorrência (fls. 04/09), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 38/39), laudo de constatação (fls. 17/22), pelo laudo químico toxicológico (fls. 125/128), pelas fotografias anexadas no link (fl. 14), pelas imagens (fls. 79/81) e pela prova oral coligida.

Nesse ponto, observe-se que o recurso ataca parcialmente a sentença, devendo assim ser analisada, nos estritos termos do artigo 599, do Código de Processo Penal:

“Artigo 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele”.

Diante disso, indiscutível que as partes possuem livre arbítrio para questionar, total ou parcialmente, a decisão de primeiro grau, transmitindo a esta Corte a possibilidade de conhecimento limitado da matéria, especialmente em atenção ao princípio “*tantum devolutum quantum appellatum*” e, consequentemente, impedindo a análise de matéria diversa daquela recorrida.

Nesse sentido:

*“Embora o recurso de apelação seja dotado de efeito devolutivo amplo no que concerne à profundidade (cognição vertical), no plano horizontal, o órgão julgador, em regra, fica adstrito às matérias expressamente impugnadas no apelo, em respeito ao postulado do *tantum devolutum quantum appellatum*. Vale dizer: a apelação não impõe, ao Tribunal, a revisão de todo o processo-crime – premissa que não se altera mesmo diante da possibilidade de concessão de habeas corpus, de ofício. Essa iniciativa, exclusiva do Magistrado, e que visa a sanar ilegalidades em causas nas quais foi inaugurada a sua competência*

–, *não se presta à obtenção de pronunciamento judicial sobre questões que nem passaram pelo juízo de admissibilidade*” (Agravo no Habeas Corpus 702.446/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, Julgado em 15/03/2022).

No presente caso, diante dos elementos de prova que constam no processo, não era mesmo de se cogitar a absolvição dos acusados, devendo permanecer inalterada a sentença.

A autoria e a materialidade do crime são incontestáveis, visto que o réu foi preso em flagrante pelos policiais, ainda nas imediações do local do crime e na posse dos entorpecentes, tudo corroborado pela confissão de ambos em juízo, oportunidade em que descreveram a ação delituosa, não sendo, sequer, alvo de inconformismo da defesa.

Assim, a prova exsurtiu cristalina de que o delito ocorreu e foi cometido pelo acusado, em comparsaria, merecendo inteira credibilidade a versão ofertada pelas testemunhas na fase policial e em juízo, formando uma boa e robusta prova incriminadora, sendo impossível cogitar qualquer forma de absolvição.

Passo à análise das reprimendas.

Na primeira fase, a pena base foi fixada 1/3 acima do mínimo legal, diante dos maus antecedentes ostentados pelo réu (fls. 99/100 - Processo 1536107-13.2023.8.26.0050), além do fato de que o réu estava em gozo do benefício de liberdade provisória concedida em outros autos pelo mesmo delito no momento de sua prisão, além da natureza das drogas apreendidas, o que deve ser mantido, resultando em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

E, inicialmente, o Juiz sentenciante, sopesadas as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42, da Lei de Tóxicos, corretamente fixou a pena-base acima do mínimo legal, considerando a natureza de uma das drogas apreendidas (MDMB - 4EN- PINACA), e em razão de seu elevado potencial lesivo.

Não há que se falar em fixação da pena base no mínimo legal ou redução da fração de aumento, pois nos termos do artigo 42, da Lei Federal

11343/2006, a natureza das drogas apreendidas é preponderante sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59, do Código Penal, e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Nessa linha, vale atentar aos precedentes da jurisprudência superior:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PARTICIPAÇÃO DE MENORES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. 3. Nos termos do art. 42 da Lei 11343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado. 4. Hipótese em que a pena-base foi majorada, motivadamente, em um ano de reclusão, considerando o envolvimento de adolescentes no comércio ilícito de drogas, assim como a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas (25 buchas de cocaína e 19 de crack), o que não se mostra desproporcional. 5. O regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes. Habeas corpus não conhecido” (STJ, Habeas Corpus 371303/RS, Relator Ministro Ribeiro Dantas, publicado em 25/11/2016).

Considerando a natureza, de uma das drogas apreendidas e verificando que as circunstâncias do crime são desfavoráveis, pois uma das drogas que a acusada guardava, para fins de tráfico, era o MDMB - 4EN-PINACA, cujo potencial lesivo é superior às outras espécies de entorpecentes, deve ser mantida a pena-base como fixada pelo Juiz sentenciante.

No mais, verifica-se que o Juízo monocrático fundamentou, suficientemente, o recrudesimento da pena básica da apelante, em respeito ao princípio da individualização da pena.

Quanto à fração utilizada, diverso do que ocorre com as causas especiais de aumento ou de diminuição, em que a lei prevê uma fração

mínima e máxima, na primeira e na segunda etapa da dosimetria, o montante a ser elevado subordina-se ao convencimento do julgador, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É reservada, portanto, ampla margem de discricionariedade no *quantum*, desde que respeitados os limites mínimos e máximos da sanção fixada abstratamente, de forma que garanta a sua individualização e contribua para a efetivação dos objetivos da reprimenda.

Nesse cenário, desde que apresentados fundamentos concretos e idôneos - justamente como este caso exige - o magistrado não só pode como deve impor a sanção inicial em qualquer valor previsto no preceito secundário cominado: na espécie, de 1/3 acima do mínimo legal, não havendo que se falar em fixação da pena-base no mínimo, nem em redução da fração de aumento, tendo sido bem fundamentado pelo culto Juiz sentenciante tal aumento.

Ademais, o Juiz possui discricionariedade na aplicação da pena, cabendo-lhe impor a reprimenda mais adequada para desestimular a reiteração criminosa.

Conforme leciona o mestre Rogério Greco acerca do primeiro estágio da operação, *“nos tipos penais incriminadores existe uma margem entre as penas mínima e máxima, permitindo ao juiz, depois da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59, do Código Penal, fixar aquela que seja mais apropriada ao caso concreto”*.

No mesmo sentido, caminha a jurisprudência:

“Acrescente-se que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado.” (STJ, Agravo no AREsp 396.788/SP, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, Julgado em 18/06/2014, DJE 01/08/2014).

Assim sendo, não há que se falar em abrandamento das bases.

Na segunda fase, não há agravantes, incidindo a atenuante da confissão, reduzindo-se a pena na fração de 1/6, resultando em 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias, e ao pagamento 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

Na terceira fase, incide a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11343/06, de forma que a pena foi exasperada em 1/6,

resultando em 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses 23 (vinte e três) dias de reclusão, e ao pagamento de 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, de forma que a defesa requereu o afastamento da majorante.

Do mesmo modo, resultou devidamente comprovada a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Tóxicos, que deve ser mantida, pois resultou devidamente demonstrado nos autos que a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes ocorreu nas proximidades da EMEF Vera Lúcia Fusco Borba, na Rua Martinho Lutero, 375, Jardim Campo Limpo, conforme o laudo (fl. 26) e isto basta para caracterização da majorante.

A intenção é punir com maior rigor o tráfico em locais onde há maior perigo ao bem jurídico tutelado, no caso, a saúde pública, em razão da reunião de maior número de pessoas.

Assim, não existem dúvidas acerca da potencialidade da área para o agrupamento de pessoas e facilitação da disseminação da droga, sendo inegável que a conduta do réu gerou maior perigo, justificando a aplicação da majorante.

Ademais, tal majorante é considerada de cunho objetivo. No ponto, a salientar que a intenção do legislador ordinário ao prever em lei a referida causa de aumento foi inquestionavelmente tratar com maior rigor o agente que pratica a atividade ilícita nas imediações dos estabelecimentos, já que nessa situação os usuários das sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de escolas, hospitais, praças, campos, locais de trabalho coletivo, ficam mais expostos e vulneráveis às consequências diretas e indiretas que o tráfico de drogas proporciona. Não é por outra razão que o Superior Tribunal de Justiça pacificamente entende que a causa de aumento em análise possui natureza objetiva, de modo que, para o seu reconhecimento é prescindível a demonstração de que o agente visava com o tráfico de drogas a atingir os frequentadores do referido local, bastando a proximidade física.

Ademais, resultou devidamente demonstrado nos autos que o réu realmente realizava a venda de drogas para os alunos daquela escola, pois o réu morava defronte à escola e havia informações de que o réu fazia uso de um

buraco no muro da escola que possibilitava o tráfico de drogas no local, o que torna a conduta ainda mais grave.

Nessa seara:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI 11343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE QUE A MERCANCIA VISAVA A ATINGIR ESTUDANTES. DESNECESSIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência. 3. As instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso III, da Lei Antidrogas restou configurada, porquanto o paciente teria sido flagrado praticando tráfico ilícito de entorpecentes em local próximo a estabelecimento de ensino. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático probatória, inviável em sede de habeas corpus, via angusta por excelência. 4. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que a mercancia visava a atingir os estudantes, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido nas imediações de estabelecimento de ensino, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 273710 MS 2013/0227003-6, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 03/06/2014, Sexta Turma, Data de Publicação: DJE 18/06/2014).

No mesmo sentido, precedentes da Oitava Câmara de Direito Criminal:

“Saliente-se, ainda, que basta a mera potencialidade de exercício do narcotráfico perto dos estabelecimentos elencados no dispositivo supramencionado, como se deu na espécie, para caracterizar a agravante em questão, não sendo necessária a efetivação de vendas para tal, uma vez que o objetivo é aumentar a proteção aos seus frequentadores” (Apelação Criminal 0041253-85.2018.8.26.0050, TJSP, Oitava Câmara de Direito Criminal, Relator Marco Antônio

Cogan, Data do julgamento 27 de junho de 2019).

“A Defesa pugna pelo afastamento da referida majorante, porém, sem razão. Assim dispõe o art. 40, inciso III, da Lei de Drogas (...) Do dispositivo acima se extrai que o fato de o agente praticar o tráfico nas dependências ou imediações desses locais, por si só, já configura a causa de aumento, independentemente da intenção ou não de atingir os frequentadores do local” (Apelação 1501199-17.2019.8.26.0616, TJSP, Oitava Câmara de Direito Criminal, Relatora Ely Amioka, Data do julgamento 12 de março de 2020).

Portanto, de rigor a manutenção da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas.

Quanto ao redutor, incabível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § quarto, da Lei Antitóxicos, pois, sendo o apelante reincidente, não faz jus à aplicação da referida causa de diminuição prevista na lei referida.

Descabe, na espécie, o redutor do § quarto do artigo 33 da Lei Federal 11343/06, posto que o acusado é comprovadamente reincidente. E, sopesar essa circunstância para afastar o redutor na terceira etapa, não fere o princípio da proporcionalidade e se mostra correto, tendo em vista a vedação legal expressa da benesse aos reincidentes e que ostenta maus antecedentes, porquanto prevê a aplicação do benefício ao agente primário e de bons antecedentes, que também não se dedique a atividades criminosas e tampouco integre organização dessa natureza.

Sobre o benefício do parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, sem representar direito subjetivo do acusado, configurando mera faculdade do Juiz, que na dosimetria da pena deve se ajustar, com rigor e precisão, às diretrizes dos artigos 42, da Lei de Drogas, e 59, *caput*, do Código Penal. Até porque se o favor legal fosse pelo legislador entendido como direito do réu, teria se utilizado do verbo “dever”, ao invés de fazer constar naquele dispositivo, “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”. Daí porque, valoradas as circunstâncias analisadas, não faz ele jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei Federal 11343/06.

É forçoso salientar, ainda, que a consideração da reincidência, na segunda fase da dosimetria, para a compensação com a atenuante da confissão e, na derradeira etapa do sistema trifásico, para o arredamento da minorante

prevista no artigo 33, § quarto, da Lei Antidrogas, não importa em “bis in idem”, uma vez que não há duplo aumento da pena, mas apenas o não preenchimento dos requisitos necessários para aplicação da referida causa de diminuição, cuja incidência não é obrigatória.

Constitui, assim, correta utilização de uma mesma circunstância em momentos distintos e para finalidades diversas, com o objetivo de se alcançar, ao final, apenamento proporcionalmente adequado à prevenção e reprovação da conduta criminosa. Dessarte, reconhecida a reincidência do apelante, devem ser mantidos os efeitos dela decorrentes.

Note-se que a reincidência determina a aplicação da agravante por expressa disposição legal do artigo 61, inciso I, do Código Penal, refletindo a intensa reprovação do agente que não introjetou valores comunitários, após sofrer sanção penal anterior em parco período de tempo. Concomitantemente, tal circunstância evidencia o descumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo exigidos para a aplicação do benefício referente à diminuição da pena, reservado para agentes que não tenham contato reiterado com a prática delitiva e que tenham o crime praticado como um fato episódico em sua vida.

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à ausência de ofensa ao princípio do “non bis in idem” quando aplicada a agravante pela reincidência e, ao mesmo tempo, considerada como causa obstativa da diminuição da pena.

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 11464/2007. ORDEM DENEGADA. 1. O Paciente foi preso em flagrante, no dia 14 de julho de 2009, quando trazia consigo, para entrega a terceiros, 08 kg de cocaína, divididos 9790 porções. 2. Correta a negativa de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11343/2006, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão da benesse aos reincidentes. Acentua-se o acerto da recusa, como bem consignou a sentença condenatória, pela significativa quantidade de droga, que revela dedicação à atividade criminosa de tráfico de drogas. 3. Não resta caracterizado bis in idem na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06, aplicável apenas ao réu primário e de bons antecedentes. Precedentes. 4. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo

crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei 11464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8072/90. Ordem denegada” (STJ, Habeas Corpus 205295/SP, (2011/0096078-0), Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, Julgado em 18/08/2011).

Recurso em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico transnacional de drogas. Artigo 33, caput, c/c o art. 40, I, da Lei 11343/2006. Pena. Dosimetria. Apelação exclusiva do Ministério Público. Devolução, ao tribunal ad quem, do conhecimento de toda a matéria, nos limites do recurso. Inexistência de reformatio in pejus. Reincidência. Reconhecimento como agravante e para o afastamento da incidência da diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006. Admissibilidade. Bis in idem. Não ocorrência. Recurso não provido. 1. Dentro dos limites da matéria impugnada na apelação do Ministério Público, o conhecimento do tribunal ad quem é o maior possível, razão por que o redimensionamento da pena não importa em reformatio in pejus. 2. A reincidência constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena (art. 68, CP), ao passo que a primariedade constitui inafastável requisito de natureza subjetiva para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11343/06. 3. Não havendo dupla valoração negativa da reincidência, mas, sim, estrita observância das regras legalmente aplicáveis à espécie, não há que se falar em bis in idem. 4. Recurso não provido (STF, RHC 121598/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado em 21/10/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CARACTERIZADA. CERTIDÃO CARTORÁRIA. DOCUMENTO IDÔNEO. PERÍODO DEPURADOR. CÔMPUTO DA DATA DO CUMPRIMENTO OU DA EXTINÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006). Reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes. 6. Mantido o quantum da pena em patamar superior a 04 e não excedente a 08 anos, e verificada a reincidência do agente, inviável a aplicação do regime aberto ou semiaberto, assim como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos dos artigos 33, § 2º, e 44, I e II, ambos do Código Penal. 7. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 408423/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 12/12/17).

Não há que se falar, ainda, em violação aos princípios constitucionais da individualização da pena, da isonomia, da exteriorização ou

materialização do fato ou da proporcionalidade ou mesmo em “bis in idem” ante a não aplicação da redução da pena previsto no § quarto do artigo 33, da Lei de Drogas, pois houve plena observância às condições determinadas pelo próprio ordenamento jurídico objetivando o consentimento de tal redução.

Para que se opere a redução em estudo, exige-se, cumulativamente, (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; nem (4) integrar organização criminosa.

Portanto, não há que se falar na aplicação do redutor, porquanto o apelante não preenche os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06, fixando-se a pena definitiva em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

O regime fechado foi corretamente fixado, sendo o único dotado de suficiência para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, considerando o disposto no artigo segundo, § primeiro, da Lei Federal 8072/90.

Cabe invocar ensinamento do STF: “*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59*” (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Min. Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Merece destaque o julgado do STJ: “*a Lei Federal 11464/2007, ao introduzir nova redação ao artigo segundo, parágrafo primeiro, da Lei Federal 8072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda aos condenados pela prática desses tipos de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade da sanção firmada*” (Habeas Corpus 188.950/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 05.04.2011, DJE 06.05.2011).

Fica claro que o cometimento de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem a convivência social.

Ademais, nunca é demais destacar que, na aplicação da lei, aqui vista em sentido amplo, deve o juiz atentar-se para os fins sociais da norma e

ainda para o bem comum.

Assim preconiza o artigo quinto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*.

Ademais, importante salientar que a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado para os crimes hediondos e assemelhados, em verdadeiro mandado de criminalização, o que denota, que seu descumprimento representaria, inclusive, descumprimento ao princípio da força normativa e ao caráter vinculante das normas constitucionais.

No presente caso, o diagnóstico de periculosidade é razoável e encontra eco nos autos para considerar os réus perigosos à ordem pública.

Convém lembrar que, embora a Lei Federal 11464/07 tenha revogado parcialmente o artigo segundo da Lei Federal 8072/90, excluindo a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos ou equiparados, permanece incólume a exclusividade do magistrado de analisar cada caso concreto e decidir por conceder ou não o direito de responder ao processo em liberdade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que *“a vedação da liberdade provisória a que se refere o artigo 44, da Lei 11343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por diploma legal de caráter geral, qual seja, a Lei 11464/2007”* (Habeas Corpus 93000/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 25.04.2008).

Houve, em suma, motivação suficiente e em sintonia com o caso concreto, e se justifica a fixação do regime fechado.

Assim, não há que se falar na fixação do regime prisional inicial semiaberto ou aberto para cumprimento da reprimenda dos apelantes.

Demais disso, a gravidade das circunstâncias em que envolvida a prática criminosa, além do *quantum* da pena aplicada, demonstram ser insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tornando assim ausentes os requisitos estatuídos no artigo 44, incisos I e III, do Código Penal.

Nesse sentido:

“O pleito de substituição da sanção corporal, de igual modo, não comporta acolhimento, não só em razão do quantum fixado, mas, sobretudo porque tal benesse não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, tampouco é socialmente recomendável, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal” (Apelação Criminal 0017664-42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, Relator Des. Juvenal Duarte, Julgado em 24/02/2011).

É da jurisprudência ainda:

“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” (Habeas Corpus 203.403/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em 21/06/2011, DJE 01/07/2011).

Embora não se desconheça o teor do artigo 387, § segundo, do Código de Processo Penal, não há de se cogitar de sua aplicação imediata nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos do comportamento dos réus no cárcere e do efetivo lapso que permaneceram presos, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada por primeiro pelo Juízo das Execuções, evitando-se, ainda, supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Com efeito, o artigo 42, do Código Penal, trata da detração para fins de pena e, inequivocamente, tem como órgão competente o Juízo da Execução Penal (artigo 66, inciso III, alínea “c”, da LEP).

O pressuposto de validade processual repousa perante o Juízo das Execuções, porquanto a matéria atinente à detração não comporta discussão no processo de conhecimento, devendo a questão ser analisada quando da execução do julgado, consoante se infere do artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei de Execuções Penais, regra não contrariada pela alteração legislativa promovida pela Lei Federal 12736/2012.

Assim:

"APELAÇÃO. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E MUNIÇÕES. SENTENÇA

CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. APRECIÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. Restando demonstrado pelo robusto conjunto probatório que o apelante portava, sem autorização legal ou regulamentar, a arma de fogo de uso restrito e as munições apreendidas, incensurável se mostra a solução condenatória proferida. Ademais, nenhum reparo merece a sentença no que tange à aplicação da detração penal. O legislador inseriu o § 2º no artigo 387 do CPP, por meio da Lei nº 12736/12, dispondo que: "O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade". Cabe ao Juízo da Execução Penal apreciar se o condenado preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício, sendo ele, portanto, o competente para a apreciação do referido pleito, consoante o preceituado no artigo 112 da Lei 7210/84. Desprovemento do recurso" (TJRJ, Apelação 0400285-32.2014.8.19.0001, Relator: Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte, Data de Julgamento: 13/10/2015, Data de Publicação: 19/10/2015).

E, apesar de a Lei Federal 12736/2012 ter acrescentado o § segundo ao artigo 387, do CPP, determinando que o Juiz da condenação deva considerar a detração quando proferir a sentença, não revogou o artigo 66, da Lei de Execução Penal, que atribui ao Juízo da Execução a competência para deliberar sobre a detração, sendo ele o mais indicado.

Diante disso, o pleito de detração deverá ser formulado perante o Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais, a teor do que dispõe o artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei Federal 7210/84.

Note-se que o próprio artigo 44, do Código Penal, estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena e da lei penal.

E, neste ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai contra o tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, nenhuma das restritivas de direitos seria resposta proporcional e coerente, até porque, se o fosse, o tráfico estaria equiparado, ao menos quanto às reprimendas ao delito de consumo, quando o primeiro é realmente mais grave, e, em verdadeira afronta à própria individualização da pena e à isonomia em sua acepção material.

de 15 de fevereiro de 2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei Federal 11343/06, pelo STF, nos autos do Habeas Corpus 97256/RS, na parte em que “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade e nocividade dos tóxicos apreendidos (cocaína), com a observação de que o réu, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando e arruinando suas vidas futuras.

Neste sentido:

“O pleito de substituição da sanção corporal, de igual modo, não comporta acolhimento, não só em razão do quantum fixado, mas, sobretudo porque tal benesse não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, tampouco é socialmente recomendável, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal” (Apelação 0017664-42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, Relator Des. Juvenal Duarte, Julgado em 24/02/2011).

É da jurisprudência ainda:

“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” (Habeas Corpus 203.403/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em 21/06/2011, DJE 01/07/2011).

E vale apontar a incoerência de se aplicar regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que tais benesses são insuficientes para a correta repressão do delito em análise e às circunstâncias concretas do crime em apreço, nos termos do artigo 33, § terceiro, e artigo 44, incisos I e III, ambos do Código Penal, não se cogitando em ofensa às Súmulas 718 e 719, do STF.

Aliás, julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça trata da impossibilidade da substituição por pena restritiva de direitos e a imposição de regime de cumprimento diverso do fechado em crimes de tráfico, posicionamento que merece transcrição:

“No mais, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque, não obstante a edição da Resolução 005, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei 11343/06 pelo STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, com a observação de que o apelante, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras, acrescentando a isso o fato de ter se utilizado de um adolescente para a nefasta mercancia. (...) Por fim, no que tange ao regime prisional, diante da gravidade concreta dos fatos em apreço, correta a adoção da modalidade fechada, para início do cumprimento da reprimenda corporal, ex vi do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal. O delito pelo qual foram os apelados condenados tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar” (Apelação Criminal 0101341-36.2011.8.26.0050, Julgado em 06/04/2016, Des. Guilherme Strenger).

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo.

TEIXEIRA DE FREITAS
Relator