



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000303457

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1507337-24.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado WESLEY DE ALMEIDA DIOGO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO aos recursos para fixar ao réu WESLEY DE ALMEIDA DIOGO, a pena final de cinco anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de quinhentos dias-multa, no valor unitário base, mantendo-se, no mais, a r. decisão por seus próprios fundamentos. Comunique-se ao Juízo das Execuções. Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão.V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 28 de março de 2025.

FREITAS FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL: 1507337-24.2024.8.26.0228
Comarca: SÃO PAULO
Apelante/Apelado: WESLEY DE ALMEIDA
DIOGO
Apelado/Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO
Voto: 44932

DIREITO PENAL. APELAÇÃO
CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS.
PENA E REGIME PRISIONAL.
PROVIMENTO PARCIAL.

I. Caso em Exame

Recursos de apelação interpostos pela defesa e pelo Ministério Público contra sentença que condenou Wesley de Almeida Diogo por tráfico de drogas, com pena de um ano, dez meses e quinze dias de reclusão em regime aberto. A defesa pleiteia absolvição por insuficiência probatória ou substituição da pena por restritivas de direitos. O Ministério Público busca aumento da pena e fixação de regime fechado.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar a adequação da pena e do regime prisional, considerando os antecedentes do réu e a quantidade de drogas apreendidas.

III. Razões de Decidir 3. A condenação

é mantida, pois há provas suficientes da autoria e materialidade do crime, incluindo depoimentos de policiais e confissão extrajudicial do réu. 4. A pena é ajustada para cinco anos de reclusão, em regime fechado, devido aos maus antecedentes, não sendo aplicável a causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas.

IV. Dispositivo e Tese 5. Dou parcial provimento aos recursos, fixando a pena em cinco anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de quinhentos dias-multa. *Tese de julgamento:* 1. A confissão extrajudicial, corroborada por provas, é válida para fundamentar a condenação. 2. O regime fechado é adequado para crimes de tráfico de drogas, considerando a gravidade e os antecedentes do réu.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e §4º.

Código Penal, arts. 59, 65, III, "d", 44.

Código de Processo Penal, art. 33, §3º.

Jurisprudência Citada:

STF, HC nº 74.608-0, Rel. Min. Celso de Mello.

STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.158.921/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

STF, RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 106814, Rel. Min.

Ricardo Lewandowski.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença proferida em 13 de fevereiro de 2025 (fls. 177/184) pela 9ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP, acrescenta-se que o réu WESLEY DE ALMEIDA DIOGO, restou condenado à pena segregativa de um ano, dez meses e quinze dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de cento e oitenta e sete dias-multa, no mínimo legal, por ter infringido o disposto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

A defesa se insurgiu contra a r. sentença, apresentando recurso de apelação (fls. 209/216), no qual requer, em síntese, a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer o afastamento dos maus antecedentes, o reconhecimento da atenuante da confissão e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Igualmente insatisfeita, a douta representante do Ministério Público também se insurgiu contra a r. decisão, ofertando recurso de apelação, por meio do qual busca o aumento da pena-base, a revogação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas e a fixação de regime inicial fechado (fls. 192/200).

Devidamente contra-arrazoados os recursos (fls. 204/208 e 220/223), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo integral improvimento do recurso de apelação defensivo e pelo provimento do recurso ministerial (fls. 235/246).

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que, no dia 19 de março de 2024, por volta de 12h00min, na Rua Freguesia da Cachoeira, nº 166, Lajeado, nesta cidade e comarca da Capital, WESLEY DE ALMEIDA DIOGO tinha em depósito, expunha à venda e guardava drogas, consistentes em tetrahydrocannabinol (4,25 gramas acondicionados em 18 microtubos eppendorf), e cocaína (52,5 gramas acondicionados em 149 invólucros plásticos), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Relata a denúncia que policiais civis receberam informação de uma moradora da comunidade sobre a mercancia de drogas no local dos fatos. Com uma viatura descaracterizada, os agentes públicos diligenciaram até o local apontado e, após breve campana, observaram típica movimentação da atividade ilícita. Assim, os agentes públicos visualizaram que um indivíduo se dirigiu a WESLEY, sendo que após breve conversa, entregou-lhe algo.

Em seguida, WESLEY caminhou até uma parede onde havia um relógio de medição de energia elétrica e um buraco, pegou algo e entregou àquele outro indivíduo.

Diante dessas circunstâncias, os policiais decidiram pela abordagem. Ao se aproximarem, o réu foi detido e o suposto usuário conseguiu fugir.

Em revista pessoal, foi encontrado em posse de WESLEY a quantia de R\$ 42,00, em notas trocadas e um celular. Ao revistarem o local onde havia o relógio de medição de energia elétrica e o buraco, os policiais encontraram os entorpecentes acima referidos. Questionado, naquela ocasião, WESLEY confessou que fazia a mercancia das drogas.

No mérito, a absolvição é inatendível, tendo em vista que as provas corroboram os fatos expostos na denúncia.

A materialidade delitiva do crime restou claramente demonstrada através do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 01/04), do Boletim de Ocorrência (fls. 28/33), do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 35/36), das fotografias de fls. 37/39, do Laudo de Constatação (fls. 41/44), do Laudo de Exame Químico-Toxicológico (fls. 139/141) e pela prova oral colhida nos autos.

Também é certa a autoria do delito.

Em depoimentos harmônicos, coerentes e verossímeis, proferidos em ambas as fases da persecução penal, os policiais responsáveis pelas diligências, Ailson Bezerra Holanda e Laercio Manoel dos Santos, ratificaram a versão acusatória, relatando que, receberam denúncia de um morador local que estaria sendo efetuado o tráfico de drogas em sua rua. Assim, efetuaram campana com viatura descaracterizada no local indicado, observando o réu em conduta típica do narcotráfico, conversando com terceiro e dele recebendo algo, após o que foi até uma caixa de energia existente no muro de onde retirou algo e voltou para entregar ao indivíduo. Neste momento os policiais efetuaram a devida abordagem, sendo que o outro rapaz conseguiu empreender fuga, mas o réu restou detido. No interior da caixa de energia encontraram uma sacola contendo entorpecentes e, em revista pessoal, com o acusado foi apreendida quantia em espécie. O policial Laercio, ainda acrescentou que ao ser questionado o réu admitiu a traficância, indicando que estava passando por dificuldades financeiras.

Os policiais foram firmes e seguros em seus depoimentos, devendo pesar o fato de, presumidamente, agirem em consonância com o interesse público, visando tão-só o esclarecimento da verdade e a manutenção da ordem

Este é o entendimento adotado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo sob garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam, com outros elementos probatórios idôneos” (Habeas Corpus nº 74.608-0, rel. CELSO DE MELLO, j. 18.2.97).

No mesmo diapasão já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pela demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito” (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.158.921/SP – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – 6ª Turma, j. 15.5.2011, DJe 1.6.2011).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. (...) Não há falar em ilicitude das provas produzidas, porquanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório” (HC 136.220/MT – Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA – 5ª

Turma, j. 23.2.2010, DJe 22.3.2010).

Outrossim, não há porque duvidar dos depoimentos destes que estão em sintonia com as demais provas colhidas durante a instrução criminal, inexistindo qualquer indício de que os mesmos tenham sido mentiras ou tivessem qualquer interesse em prejudicar o acusado.

Também não parece plausível que os policiais se dariam ao capricho de alterar a dinâmica dos fatos e juntar a mencionada quantidade de drogas apenas para incriminar o réu gratuitamente.

Conclui-se que não há porque duvidar da narrativa dos milicianos, pois, inexistem nos autos elementos que lancem dúvidas sobre a isenção e integridade dos agentes da lei, presumindo-se legítimos, até prova em contrário, os depoimentos de pessoas escolhidas pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, vez que paradoxal seria adiantar-lhes a confiança necessária para que assumissem tal tarefa e recusar-lhes idêntico crédito quando viessem depor em juízo.

Com efeito, não se pode presumir que a ação do policial, investido pelo Estado em função de vigilância e repressão, tenha por destinação a incriminação de um cidadão inocente. Seria preciso, para tanto, a existência de indícios mínimos a respeito. E a prova colhida não revela qualquer traço de irregularidade na conduta dos

policiais.

Portanto, não há nos autos qualquer indício de falsa imputação de crime a inocente.

Por sua vez, o próprio réu confessou a prática do presente delito, afirmando em seu interrogatório na Delegacia que estava vendendo drogas por estar com dificuldades financeiras (fls. 09).

Entretanto, ao ser ouvido em juízo, o réu retificou sua versão dos fatos, alegando que é usuário e estava no local apenas para adquirir maconha para seu consumo. Não indicou o verdadeiro traficante por medo de prejudicar sua família. Negou ter sido ouvido na Delegacia.

No entanto, esta última versão exculpatória não convence. Eis que, deve prevalecer, portanto, a confissão realizada perante a autoridade policial, posto que tal relato condiz melhor com o conjunto probatório, além de que a confissão vale como prova pelo *“seu poder de convencimento, não pelo local onde foi externada, e poderá alicerçar a procedência da denúncia se encontrar algum apoio nos elementos probatórios restantes, mesmo que indiciários, ainda quando não confirmada ou retratada em juízo”* (ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, *Da prova no Processo Penal*, Editora Saraiva, 7ª edição, 2006, p. 122).

Este é o entendimento doutrinário,

conforme os ensinamentos de DAMÁSIO E. DE JESUS:

“De acordo com a orientação do STF, a confissão feita no inquérito policial, embora retratada em juízo, tem valia, desde que não elidida 'por quaisquer indícios ponderáveis, mas, ao contrário, perfeitamente ajustável aos fatos apurados' (RCrim 1.261, DJU 2.4.76, p. 2225). Assim, as 'confissões extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contida, desde que corroboradas por outros elementos de prova’ (RCrim 1.312, DJU 7.11.78, p. 8823

Também já decidiu o Supremo Tribunal Federal que *“as confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova inclusive circunstanciais”*. (RTJ 88/371).

Há de se considerar que a confissão extrajudicial e a respectiva retratação, em sede judicial, é expediente usual. Para que a retratação possa surtir efeitos é necessária a existência de qualquer tipo de prova a confirmá-la. No caso em exame, as provas dão conta da veracidade da confissão extrajudicial, que deverá prevalecer.

No entender de MAGALHÃES NORONHA, *“A retratação tem efeitos relativos. Ela não prevalece sempre contra a confissão, pois o juiz formará sua convicção através do conjunto de provas. A regra do procedimento penal, entre nós, é o acusado confessar o delito na Polícia e retratar-se no interrogatório judicial, alegando sempre ter sido vítima de violência daquela.*

Entretanto, essa retratação, desacompanhada de elementos que a corroborem, não desfará os efeitos da confissão extrajudicial, se harmônica e coincidente com os outros elementos probatórios”. (Curso de Direito Penal, pág. 110).

A confissão, quando livre e espontaneamente prestada, serve como importante elemento de convicção para evidenciar a autoria e amparar a condenação, quando encontrar sustentação nos demais elementos de convicção produzidos.

Nesse sentido:

“a confissão extrajudicial do réu, exceto se provar que o fez sob coação, é valiosa para aferir-lhe a culpabilidade, sobretudo se em harmonia com os demais elementos do processo, e pode legitimar decreto condenatório” (RT 811/642).

Portanto, a confissão, mesmo que extrajudicial, que não conflita com as demais provas produzidas, é marco indelével da autoria, autorizando e servindo como fundamento para uma decisão condenatória.

Inclusive, como já dito anteriormente, parece pouco provável que os policiais militares se deem ao extenso trabalho de forjar informações e a apreensão de drogas apenas para estragar a vida do réu, de maneira gratuita, colocando em risco suas ilibadas carreiras.

Verifica-se, portanto, que o ora acusado não logrou produzir contraprova suficiente para afastá-lo da condenação.

Portanto, em face da natureza, da quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos e também do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante, fica patente a destinação comercial dos mesmos.

Importante notar que a prova da mercancia, não necessita ser direta, mas pode ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico a sustentar a distribuição comercial do entorpecente.

O tipo penal do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tem conteúdo múltiplo e descreve diversas condutas, sendo o bastante para a sua caracterização a prática de apenas uma delas. Da mesma forma, é inexigível a *traditio* para a consumação do delito.

Nesse sentido:

“Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização” (RT 714/357).

Eis que, em que pese os

argumentos apresentados pela combativa defesa, revela-se não só correta, como necessária a condenação do réu pelo delito, pois encontra-se suficientemente baseada no conjunto probatório carreado aos presentes autos.

Dessa forma, uma vez configurado o crime descrito na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado a materialidade delitiva e a autoria restaram devidamente incontroversas e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção compilados ao longo da *persecutio criminis*.

Entretanto, com relação à fixação da pena, atende parcial razão as partes, posto que a mesma necessita ajustes para melhor se adequar às circunstâncias do delito, e assim atingir sua finalidade. Senão vejamos.

A pena-base restou fixada acima de seu patamar mínimo legal, vez que o acusado ostenta maus antecedentes (fls. 89/90).

Note-se que ao revés do pontuado pela combativa defesa, o limite temporal de cinco anos é utilizado para fins de caracterização de reincidência, podendo, entretanto, decisão cuja punibilidade foi extinta há mais de cinco anos caracterizar maus antecedentes.

Neste sentido é a decisão do

Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES EXTINTAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. I - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, em razão do decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores caracteriza maus antecedentes e demonstra a sua reprovável conduta social, o que permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. II - Recurso ordinário em habeas corpus desprovido (RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 106814 – rel. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 8.2.2011).

Inclusive, este entendimento restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, através do tema 150 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, tendo o julgamento do mesmo sido finalizado em 18 de agosto de 2020, acatando o entendimento de que: *“Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”*.

Ademais, no que tange ao aumento da pena pelos maus antecedentes, levando-se em conta condenações antigas, acrescenta-se que não se está diante de qualquer irregularidade. Pelo contrário, a referida circunstância encontra amparo na própria Constituição Federal, diante da interpretação dos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, bem como na individualização da pena.

Tem-se, dessa forma, que tal acréscimo decorre da necessária distinção que se há de fazer entre os agentes, após análise da personalidade de cada um, tendo em vista atos pregressos de seu comportamento social, sendo clara a injustiça, caso contrário, em que aquele que insiste na prática de crimes receba o mesmo tratamento dado a um condenado primário.

Ora, voltar a cometer um crime revela maior reprovabilidade no fato concreto em julgamento e merece uma resposta penal mais severa, justificando a imposição dos maus antecedentes.

Por isso, justificável a exacerbação da pena, sendo certo que o réu não tem direito subjetivo à estipulação da sanção no mínimo legal, podendo a mesma ser majorada a fim de alcançar os objetivos da pena (JCAT, 81-82/666).

Contudo, entendo que, presente uma única circunstância judicial desfavorável, é de se considerar suficiente o aumento de 1/8. Assim, com o devido respeito à argumentação oferecida pela Douta Representante do Ministério Público, pode-se concluir que a referida pena-base no presente caso se revela adequada e suficiente a atender plenamente a toda as suas finalidades, não havendo necessidade de maiores aumentos.

Ainda, como visto que ao ser ouvido perante a autoridade policial o réu assumiu plenamente a prática

do delito, apesar de ter se retratado em juízo. Confissão esta que no presente caso se mostrou relevante para a investigação criminal, e foi inclusive elemento que ajudou em sua condenação.

Dessa forma, deve ser reconhecida a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, o qual determina que deverá ser atenuada a pena daquele que tenha *“confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime”* praticado.

Nesse sentido:

“CIRCUNSTANCIA ATENUANTE - CONFISSAO ESPONTANEA - PRISÃO EM FLAGRANTE. (...) A simples postura de reconhecimento da pratica do delito e, portanto, da responsabilidade, atrai a observância, por sinal obrigatória, da regra insculpida na alínea "d" do inciso III do artigo 65 do Código Penal - "confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime". Tanto vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese contemplada como o que inclui requisito nela não contido. (HC 69479, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 10/11/1992, DJ 18-12-1992 PP-24376 EMENT VOL-01689-02 PP-00384)

Sendo assim, reconheço a incidência da referida circunstância atenuante, retornando a pena ao seu patamar mínimo legal.

Ato contínuo, a M.M. Magistrada *a quo* aplicou a redução prevista no artigo 33, §4º, do Código Penal, sendo certo que, com o devido respeito ao entendimento adotado pela

douta Juíza sentenciante, esta redução mostra-se incabível.

Atende razão ao *parquet* no que diz respeito à aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pois não parece correto que o réu seja beneficiado com esta redução, tendo em vista que no caso em tela estão presentes circunstâncias que não recomendam tal benesse.

Uma vez que, restou comprovado nos autos que o réu perpetuou na vida criminosa, ostentando condenações anteriores, o que evidencia a sua estreita ligação com o submundo do crime.

Ainda, como elencado acima, o réu foi detido em poder de considerável quantidade e diversidade de drogas, nada menos que 149 porções de cocaína e 18 porções de maconha, entorpecentes que seriam colocados à disposição dos consumidores da cidade, além de quantia em espécie não desprezível, o que revela a dedicação habitual do recorrente ao tráfico, não se tratando de mero traficante eventual, que, por descuido, envolveu-se com a traficância momentaneamente.

Ora, tal quantidade e diversidade de narcóticos indicam que o réu possui fortes e duradouras ligações com o narcotráfico, pois certamente que traficante iniciante não teria acesso a tal montante.

Não se tratando, assim de traficante iniciante o qual a Lei buscou beneficiar.

Sendo certo que a conduta social do réu, a natureza dos entorpecentes e as circunstâncias em que as drogas foram apreendidas podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do mesmo à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010. [...] (STF HC 121.057/SP Rel. Min. Luiz Fux j. 25.02.14 DJU 18.03.14).

É certo que a referida causa especial de diminuição de pena somente deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas.

Assim, sua aplicação só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no § 4º, do artigo 33, da lei em comento, o que não se verifica no caso dos autos.

Dessa forma, impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da

Lei 11.343/06.

A sanção totaliza, assim, cinco anos de reclusão e pagamento de quinhentos dias-multa, pena esta que se torna concreta, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

No que tange ao pedido de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a concessão de tal benefício também não se mostra possível no presente caso, vez que o *quantum* da pena privativa de liberdade fixado através deste acórdão, como relatado acima, impede a concessão do mesmo. Posto que, o próprio artigo 44 do Código Penal, em seu inciso I, estabelece como condição para a concessão de tal benefício que ao réu não seja aplicada pena privativa de liberdade superior a quatro anos, requisito este que não se faz presente no caso em tela, vedando, portanto, a concessão deste benefício.

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado, vez que o próprio artigo 33, em seu parágrafo terceiro, determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só o *quantum* de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Eis que, no caso em tela, o réu não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, pois demonstra elevada periculosidade como já pontuado, sendo detido em poder de diversas porções de variados narcóticos, a maior parte de especial nocividade,

colocando, assim, os mesmos à disposição de inúmeros usuários, mantendo nefasto vício, que cada vez ceifa mais vidas jovens, demonstrando, assim, total descaso com a vida alheia na busca pelo lucro pessoal.

Nota-se, também, que parte do entorpecente encontrado era “*Erythroxylon coca* (“cocaína”) substância que se revela ainda mais nociva do que as demais, sendo certo que para o indivíduo, a cocaína (e seu subproduto, o crack) enseja a necessidade de doses cada vez maiores, isto é, tem altíssimo potencial à toxicofilia (dependência pela interação do metabolismo orgânico do viciado e o consumo da droga), além de poder causar convulsões a até mesmo parada cardíaca. Para a sociedade, diferentemente da maconha (droga depressora), a *Erythroxylum Coca* é um poderoso estimulante do sistema nervoso central, pelo que tem como efeito taquicardia, exaltação, euforia e paranoia e debilita os elementos mais nobres da personalidade, como o sentido ético e a crítica. Sua crise de abstinência causa tremores, ansiedade, inquietação e irritabilidade (Delton Croce Jr. Manual de medicina legal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 665). Ou seja, tem-se a mistura perfeita para o fomento à criminalidade violenta.

Não obstante, o acusado apresenta condenações anteriores, demonstrando, assim, descaso para com a justiça pátria, não assimilando nada da terapêutica criminal, optando por perpetuar a atividade criminosa.

Assim, a determinação do regime

inicial é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena, não havendo qualquer ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, nem tampouco à Sumula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto a fixação de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Nesse sentido:

“Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.” (STF. Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98)

“A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais” (TACRIM - SP - Ap. José Habice - j . 09.03.1998 - RJTACrim 37/354)

Tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate a narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que

a conduta mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

Este é o entendimento adotado de forma majoritária por este Colendo Tribunal de Justiça:

“Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts. 33, 'caput', e 35, “caput”, ambos da Lei nº 11.343/06).(…) Regime inicial fechado único possível quanto ao tráfico. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial provido, improvidos os das defesas.” (TJ/SP. AP 0010278-68.2012.8.26.0510. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 02/07/2013)

“Tráfico de entorpecentes. Réu que, em local conhecido como ponto de venda de drogas, ao pressentir a iminência da abordagem por guardas municipais, desvencilha-se de sacola contendo 6 porções de maconha, 19 porções de cocaína e 82 pedras de crack. Localização, em seu poder e ao ensejo de revista, de R\$ 62,00 sem comprovação satisfatória de origem. Palavras dos guardas municipais coerentes e harmônicas. Versões exculpatórias dissonantes e das mais inconsistentes. Alegação de flagrante forjado repelida. Destinação mercantil das drogas bem evidenciada. Pleito de desclassificação da conduta repelido. Condenação, pelo tráfico, bem decretada. Penas que já beneficiam o acusado. Redução, com lastro no artigo 33, § 4º, não questionada pela acusação. Substituição da pena corporal por restritivas de direitos incompatível com crime equiparado a hediondo. Regime fechado necessário e decorrente, inclusive, de lei (Lei nº 11.464/07). Apelo improvido.” (TJ/SP. AP 0071629-66.2012.8.26.0114. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Pinheiro Franco. Data do julgamento: 04/07/2013).

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena de inibir a prática de novas ações delituosas.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos para fixar ao réu WESLEY DE ALMEIDA DIOGO, a pena final de cinco anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de quinhentos dias-multa, no valor unitário base, mantendo-se, no mais, a r. decisão por seus próprios fundamentos.

Comunique-se ao Juízo das Execuções.

Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão.

Aguinaldo de **FREITAS FILHO**
RELATOR