



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000312966

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1531327-93.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WENDELL RAFAEL RODRIGUES DE SOUZA, 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 Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), RENATO GENZANI FILHO E CARLA RAHAL.

São Paulo, 31 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 16138

Apelação Criminal nº 1531327-93.2024.8.26.0050

Comarca: 10ª Vara Criminal de São Paulo

Juíza de Direito: doutora Fernanda Helena Benevides Dias

Apelante: Wendell Rafael Rodrigues de Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Wendell Rafael foi condenado a cinco anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 583 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006. Em 21.8.2024, em São Paulo/SP, foi encontrado com 308 porções de cocaína, 132 porções de crack e 110 porções de maconha, sem autorização legal. A abordagem policial revelou as drogas escondidas em um pneu próximo ao local onde Wendell e outros indivíduos estavam.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em determinar se a pena exige ajuste, considerando a quantidade e natureza das drogas apreendidas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por documentos e depoimentos. A confissão do apelante e os depoimentos dos policiais confirmam a prática do tráfico.

2. A pena foi fixada acima do mínimo legal devido à quantidade e natureza das drogas. A reincidência impede a aplicação de benefícios legais, como a redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso desprovido. O regime inicial fechado é mantido devido à reincidência e gravidade do delito.

2. *Tese de julgamento:* 1. A reincidência impede a aplicação de benefícios legais no tráfico de drogas. 2. A quantidade e natureza das drogas justificam a pena acima do mínimo legal.

LEGISLAÇÃO CITADA:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput; art. 42; Constituição Federal, art. 3º, inciso I; art. 5º, inciso II; art. 144, incisos IV e V; art. 5º, inciso XLIII; art. 5º, inciso XLVI; Código Penal, art. 59; art. 61, I; art. 33, § 2º, alínea "b"; art. 44; Lei nº 10.792/2003, art. 188; Lei nº 8.072/1990, art. 2º, parágrafo 1º; Lei nº 9.455/1997, art. 1º, parágrafo 7º; Lei nº 11.464/2007.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

RJDTACRIM 19/99; RT 559/358; RT 518/377; RT 684/329; RT 491/362; STJ, HC 502098/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 30.5.2019; STJ, HC 479977/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 14.5.2019; STJ, HC 489860/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.4.2019; STJ, HC 313796/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, T6, j. 13.3.2018; STJ, HC 179.086/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, T5, j. 5.4.2011; STJ, HC 393331/AL, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.5.2017; STJ, HC 385130/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 18.5.2017; STJ, HC 338940/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 16.5.2017; STJ, HC 352983/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 4.5.2017; STJ, HC 392551/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 2.5.2017; STJ, HC 392027/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 2.5.2017; STJ, REsp 1.931.145/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 22.6.2022; STJ, HC 427.620/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 15.3.2018; STJ, AgRg no HC 468.578/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, T5, j. 19.2.2019; STJ, AgRg no HC 687003/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 7.6.2022; STJ, AgRg no HC 650717/SP, Rel. Minª Laurita Vaz, T6, j. 19.4.2022; STJ, HC 401261/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 27.6.2017; STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 28.3.2017; RJTACRIM 57/144; RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340; JSTJ 8/192; STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 136/137

O apelante, **Wendell Rafael**, foi condenado à pena de cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no piso, como incurso no **artigo 33**, “caput”, da **Lei nº 11.343/2006**, sem poder apelar em liberdade, com

recomendação de permanecer no cárcere, porque em 21.8.2024, por volta das 16 horas e 08 minutos, Rua da Safra, nº 712, Capão Redondo, São Paulo/SP, trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, trezentas e oito (308) porções de cocaína, pesando 138,8 gramas; centro e trinta e duas (132) porções de crack, pesando 23,5 gramas; e cento e dez (110) porções de maconha, pesando 111,5 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O recorrente, Janaína Azevedo da Silva e Maylon Iuri Silva Oliveira encontravam-se sentados em um banco na calçada situada no local dos fatos. Quando visualizaram os policiais militares, eles levantaram-se e começaram a caminhar em direção oposta. No trajeto, o apelante dispensou algumas cédulas e moedas sob um veículo estacionado, prosseguindo com os demais indivíduos na caminhada. Diante dos comportamentos suspeitos, os policiais decidiram abordá-los e, em revista pessoal, não encontraram nada ilícito. Todavia, ao retornarem ao local onde foram vistos, localizaram, junto a uma árvore situada próximo ao banco, um saco plástico que continha em seu interior as drogas descritas. Na Delegacia, Janaina e Maylon afirmaram que levantaram-se e passaram a caminhar por orientação do recorrente, que lhes disse que os policiais iriam “embaçar na deles”. Enquanto caminhavam, testemunharam-no lançar um objeto sob um carro estacionado. O apelante ficou em silêncio. As circunstâncias da abordagem, a quantidade das drogas e a forma de acondicionamento, divididas em porções individuais, prontas para a comercialização ou entrega ao consumo de terceiros, evidenciam que as drogas se destinavam à comercialização.

No apelo oferecido pela Defensoria Pública requereu-se a fixação da pena-base no piso (fls. 155/157).

Contrarrazões da Acusação a fls. 163/166, para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 22.1.2025 (fls.

140).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 175/179).

A prova oral foi colhida e gravada por meio audiovisual no SAJ, fls. 105/106 e 141/142.

II – Fundamentação

O recurso não comporta provimento, subsiste a respeitável sentença proferida pela culta e dedicada Magistrada, doutora Fernanda Helena Benevides Dias, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 9/14 e 17/18, boletim de ocorrência de fls. 4/8, auto de exibição e apreensão de fls. 19, laudo de constatação de fls. 20/23 (e fls. 66/69) e laudo de exame químico toxicológico de fls. 70/72, cocaína, maconha e crack foram apreendidos.

A *autoria* é atribuível ao recorrente.

No distrito, **ele ficou em silêncio** (fls. 17/18).

Em Juízo, **o apelante confessou o crime**. Estava vendendo drogas em razão de dificuldades financeiras. O dinheiro apreendido era proveniente do tráfico ilícito.

Não há, cumpre lembrar, estado de necessidade. Para que esta excludente de ilicitude incida o perigo deve ser atual. As dificuldades econômicas

ou o desemprego não são suficientes para caracterizar aquela situação. Se assim o fosse, milhares de brasileiros estariam legitimados a cometerem infrações penais como as da espécie, o que não convém numa sociedade que busca a liberdade, justiça e solidariedade (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal promulgada em 5.10.88), norteadas pelos parâmetros legais (art. 5º, inciso II, da Lei Teto).

“O fato do agente estar passando por dificuldades, situação da maioria dos brasileiros, não caracteriza o estado de necessidade” (RJDTACRIM 19/99). *“Dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria, não caracterizam o estado de necessidade. Para que a excludente seja acolhida mister se torna que o agente não tenha outro meio a seu alcance, senão lesando o interesse de outrem. É necessário, pois, que a ação seja inevitável”* (RT 559/358). No mesmo diapasão RT 518/377 e 684/329.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, artigo 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 (artigo 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 confissão pode ser aceita.

Jonatas, policial militar, depôs que realizavam patrulhamento de rotina

em local indicado em denúncias como sendo ponto de tráfico e visualizaram três indivíduos sentados em um banco no meio fio, os quais levantaram-se quando notaram a viatura, razão pela qual foram abordados. **Ao lado deles, havia um saco com drogas dentro de um pneu. Em revista pessoal, foram encontrados valores com eles. Questionados, o apelante confessou a prática do tráfico ilícito junto com outro rapaz, que também admitiu a traficância.** O pneu estava a cerca de um metro do recorrente. Não viu nenhum dos três mexendo na sacola que estava no pneu. Havia uma mulher ao lado deles, que informou ter a função de avisá-los se notasse alguma viatura se aproximando.

Maurício, policial militar, afirmou que realizavam patrulhamento em local conhecido como ponto de tráfico e **visualizaram o recorrente, Janaína e Maylon, os quais foram abordados. Encontraram uma sacola verde dentro do pneu que estava próximo a eles, contendo maconha, crack e cocaína, além de dinheiro. Questionados, o recorrente confessou a propriedade das drogas e a prática do tráfico ilícito.** Diante disso, eles foram conduzidos à Delegacia. **O apelante estava a menos de um metro do pneu. Da viatura, viu-o mexendo em referido pneu.** Janaína disse que estava aprendendo a vender drogas. Maylon disse que estava como olheiro. Não havia outras pessoas no local.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, pois confirmaram o encontro das drogas dentro de uma sacola que estava escondida em um pneu que se encontrava próximo a ele, em conhecido ponto de tráfico ilícito. Inexiste razão para rechaçar as suas narrativas, **prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.**

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste indícios de que queiram mentir. Eles desejam, sim,

apresentar 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 (artigo 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 (artigo 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham 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.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

A pena não comporta reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base foi elevada em 1/6, pela expressiva quantidade (um total de mais de quinhentas porções individualizadas) e natureza dos entorpecentes apreendidos (trezentas e oito (308) porções de cocaína, pesando 138,8 gramas; cento e trinta e duas (132) porções de crack, pesando 23,5 gramas; e cento e dez (110) porções de maconha, pesando 111,5 gramas), sobretudo crack e cocaína, substâncias das mais nocivas, de efeitos altamente deletérios e intensa lesão à saúde pública, nos termos do artigo 42, da Lei de Drogas, tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

No caso de tráfico, de acordo com a Lei 11.343/2006, artigo 42, a **quantidade e natureza da droga apreendida** são preponderantes sobre as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado (*HC 502098/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. em 30.5.2019 – DJe em 4.6.2019). No mesmo sentido: *HC 479977/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 14.5.2019 – DJe em 23.5.2019 e *HC 489860/RJ* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. em 23.4.2019 – DJe em 30.4.2019.

Aliás, a natureza altamente deletéria do entorpecente apreendido e, em consequência, a intensidade da lesão à saúde pública, constituem critérios idôneos para a exasperação das penas, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. Superior Tribunal de Justiça: Habeas Corpus nº 313796/SP – T6 – Sexta Turma - Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro – J. em 13.3.2018 – DJe 26.3.2018.

Ainda de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, "há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína e do "crack" em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes." (*Habeas Corpus 179.086/SP* – T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Gilson Dipp - J. em 5.4.2011 – DJe em 14.4.2011).

Na **segunda fase**, a pena permaneceu inalterada, pois a **agravante da reincidência** (processo nº 1502462-15.2019.8.26.0542, fls. 32/33 e 33/34) **foi compensada com a atenuante da confissão espontânea**.

Pode haver compensação entre atenuantes e agravantes, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (*HC 393331/AL* - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: *HC 385130/SC* - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - Julg. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; *HC 338940/SC* - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; *HC 352983/RJ* - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - Julg. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; *HC 392551/SP* - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; *HC 392027/RJ* - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017.

Recentemente, ainda, a Terceira Seção decidiu que a compensação é possível, sendo ela específica ou não, além disso, prevalece o artigo 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência: "A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e acolheu a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no artigo 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (*Recursos Especiais ns. 1341370/MT, 1931145/SP e 1947845/SP*, paradigmas do Tema 585. Cf., REsp 1.931.145/SP - Terceira Seção - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior - v. u. - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

Na terceira fase, em razão da reincidência, sobretudo em delito de mesma espécie, não era mesmo possível a incidência da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, até

porque evidencia que o apelante não era principiante na atividade proscria. E não se cogita de “bis in idem”, mas, sim, de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Nesse sentido: “(...) *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.*” (STJ - *Habeas Corpus* nº 427.620/SP - T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Ribeiro Dantas - J. em 15.3.2018 – DJe em 20.3.2018). Ainda, (...) “*A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.*” (STJ - *AgRg no HC* 468.578/MG - T5 – Quinta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz – J. em 19.2.2019 – DJe em 11.3.2019).

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.

Já se decidiu: "4. Tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a

utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem." (*AgRg no HC 687003/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. 7.6.2022 – DJe 14.6.2022).

"1. A reincidência obsta a aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, pois expressamente previsto em tal norma que tal benefício somente pode ser aplicado a agente primário, de bons antecedentes. 2. Não constitui infração ao princípio do non bis in idem a utilização do instituto da reincidência, ao mesmo tempo, como agravante e como causa impeditiva da diminuição da pena." (*AgRg no HC 650717/SP* – T6 – Sexta Turma – Relatora Min^a Laurita Vaz – J. 19.4.2022 – DJe 25.4.2022).

"- Por decorrer de expressa previsão legal descrita no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistente bis in idem na utilização da reincidência como agravante e para justificar o afastamento do tráfico privilegiado, pois é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas da dosimetria da pena, gerando efeitos diversos. Precedentes." (*HC 401261/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 27.6.2017 – DJe 1.8.2017).

A pena é final, pois mais nada a altera. Cada dia-multa ficou no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

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 artigo 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 artigo 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 conseqüências 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 (artigo 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 (**artigo 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. Artigos 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 artigo 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 – Relator Ministro Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O artigo 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o artigo 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, Relator Ministro Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (**Habeas Corpus nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro 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, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Não há violação de dispositivo legal, artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

Em que pese o montante da pena, o apelante é reincidente. Ele reitera na prática de delitos e possui 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 artigo 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* – T2 - Segunda Turma - Relator Ministro Ricardo Lewandowski - J. em 28.3.2017 - DJe em 5.4.2017).

No mesmo sentido: "***Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no artigo 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**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, preferiu realizar o delito ao invés de

comportar-se de maneira correta. Ou seja, quer tornar a prática de crimes como meio de subsistência.

O **delito também é concretamente grave**, pois o recorrente foi surpreendido em conhecido ponto de tráfico e com mais de quinhentas porções de entorpecentes, de diversas naturezas, sendo a maior quantidade de cocaína, de inegável potencial lesivo, evidenciando maior reprovabilidade de sua conduta.

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (artigo 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

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 2º do Cód. 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 3º do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Ora, é de pronta intelecção que a perpetração de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem à convivência social, "viver honestamente" e "não lesar outrem".

O tráfico, nos contornos dos autos, causa malefícios a várias pessoas, usuários e viciados, bem como causa aflição para amigos, colegas e familiares de todos eles.

O apelante optou em realizar crime de nefastas consequências, com vistas ao "lucro fácil", totalmente inconcebível, numa sociedade em que há

milhões de desempregados, numa crise gritante, em que vários não escolheram esse caminho, por zelarem pelos princípios seculares da honestidade e não causar lesão a outrem.

Dessa forma, com a imposição de regime prisional mais severo, retribui-se pela conduta criminoso perpetrada; previne-se que não a cometa, prevenção especial, e outras infrações penais, prevenção geral, e, por fim, retorne ao convívio social, após assimilar a terapêutica penal, de maneira harmônica.

Com a nova redação do artigo 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; acrescenta-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. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Não há possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos.

A pena corporal não comporta a benesse, é superior a quatro (4) anos (artigo 44, inciso I, do Código Penal).

O apelante é reincidente (artigo 44, inciso II).

Caso isso fosse feito, não teria consciência da ilicitude que fez.

O artigo 44 do Código Penal é aplicado em situações que as penas restritivas de direitos são suficientes e eficazes para punir e conscientizar quem comete uma infração penal, que não é o caso.

III – Conclusão

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

Recurso preso (fls. 139). Permanecerá nessa condição, pois ainda subsistem os motivos para sua prisão. Ele ficou preso durante toda a tramitação, por crime equiparado a hediondo, combatido mundialmente, logo, para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, a custódia é a melhor medida, sobretudo por se tratar de reincidente.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.