



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000312983

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502342-17.2024.8.26.0535, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MATHEUS BARBOSA DOS SANTOS, 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, com determinação nos termos do voto do E. Relator. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 31 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16253

Apelação Criminal nº 1502342-17.2024.8.26.0535

Comarca: Guarulhos (4ª Vara Criminal)

Juíza de Direito: doutora Caroline Quadros da Silveira Pereira

Apelante: Matheus Barbosa dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Matheus foi condenado a cinco anos, sete meses e quinze dias de reclusão em regime inicial fechado, além de 562 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006. O crime ocorreu em 7.9.2024, quando foi flagrado com 233 porções de cocaína e 372 porções de maconha, destinadas ao tráfico, na Comunidade Chatuba, Guarulhos/SP. Matheus admitiu a traficância ao ser abordado por policiais.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste na adequação do regime inicial de cumprimento da pena e na possibilidade de concessão de justiça gratuita.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais, incluindo a confissão do réu e depoimentos de policiais.

4. A pena foi fixada com base nos antecedentes criminais e reincidência, justificando o regime inicial fechado devido à gravidade do ato e à necessidade de prevenção.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso não provido, mantendo-se o regime inicial fechado.

Tese de julgamento: 1. A gravidade do crime e reincidência justificam o regime fechado. 2. A concessão de justiça gratuita é possível, considerando a insuficiência de recursos.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, "caput".

Código Penal, art. 44, "caput", inc. I e II; art. 59.

Código de Processo Penal, art. 387, § 2º.

Constituição Federal, art. 5º, inciso XLIII; art. 144, incisos IV e V.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julg. 28.3.2017.

STJ, Súmula 545.

STJ, HC 393331/AL, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, Julg. 23.5.2017.

STJ, HC 385130/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, Julg. 18.5.2017.

STJ, HC 338940/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, Julg. 16.5.2017.

STJ, HC 352983/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, Julg. 4.5.2017.

STJ, HC 392551/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, Julg. 2.5.2017.

STJ, HC 392027/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, Julg. 2.5.2017.

STJ, REsp 1.931.145/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Julg. 22.6.2022.

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

STJ, AgRG no HC 526085/SP, T5, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Julg. 3.12.2019.

STJ, HC 4780001/SP, T5, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Julg. 5.2.2019.

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

STJ, AgRg no REsp 1390118/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, T6, Julg. 23.5.2017.

STJ, AgRg no AREsp 973919/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, T6, Julg. 23.5.2017.

STJ, HC 389132/SP, Rel. Min. Félix Fischer, T5, Julg. 16.5.2017.

STJ, HC 306536/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, Julg. 18.5.2017.

STJ, HC 389871/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, Julg. 16.5.2017.

STJ, HC 386049/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, Julg. 16.5.2017.

STJ, HC 363726/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, Julg. 9.5.2017.

STJ, AgRg no REsp 1635522/ES, Rel. Min. Félix Fischer, T5, Julg. 18.4.2017.

STJ, HC 175577/SP, Rel. Min. Og Fernandes, T6, Julg. 4.10.2011.

STJ, HC 212990/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, T5, Julg. 4.10.2011.

STJ, AgRg no HC 601669/SP, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Julg. 25.8.2020.

STJ, AgRg no HC 601085/SP, T5, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Julg. 18.8.2020.

STJ, AgRg no AREsp 1676929/SP, T5, Rel. Min. Jorge Mussi, Julg. 18.8.2020.

STJ, AgRg no HC 5807699/SP, T5, Rel. Min. Félix Fischer, Julg. 18.8.2020.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 116/118

O apelante, Matheus, foi condenado à pena de cinco (5) anos, sete (7) meses e quinze (15) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de quinhentos e sessenta e dois (562) dias-multa, no mínimo estabelecido em lei, como incurso no **artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, porque, no dia 7.9.2024, por volta das 13h, na Rua Sítio Novo de Goiás, nº 1, Comunidade Chatuba, Bairro Vila Rio, Guarulhos/SP, Matheus trazia consigo, para fins de tráfico, 233 porções contendo 20,01g de cocaína e 372 porções contendo 73,78g de Cannabis Sativa L, droga vulgarmente conhecida por “maconha”, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. boletim de ocorrência de fls. 5/7, auto de exibição e apreensão a fls. 8 e laudo de exame químico-toxicológico a fls. 16/18). Matheus é dedicado ao comércio ilícito de entorpecentes. Embora condenado definitivamente por duas vezes e em cumprimento de pena, o recorrente permanece na atividade ilícita. Na data dos fatos, determinado a desenvolver o tráfico de drogas na região, Matheus separou

centenas de porções já individualizadas contendo cocaína e maconha e armazenou-as, parte no interior de uma pochete, parte em uma mochila. Ocorre que policiais militares realizavam patrulhamento pela comunidade Chatuba, local onde estava o apelante, quando ele notou a presença da viatura no local e começou a correr, tentando fugir. Diante da fundada suspeita, os policiais decidiram abordá-lo, conseguindo detê-lo logo após ele tropeçar e cair durante a fuga. Submetido à revista pessoal, os agentes encontraram, na posse do recorrente a pochete e a mochila contendo diversas porções de cocaína e maconha, além de a quantia de R\$ 353,00 (trezentos e cinquenta e três) em notas trocadas. Indagado pelos policiais, **Matheus** admitiu a traficância, acrescentando que ganhava diariamente a quantia de R\$ 100,00 para vender drogas no período 8h às 13h. Na Delegacia de Polícia, após ser interrogado pela Autoridade Policial, **Matheus** preferiu manter-se em silêncio (fls. 4).

Nas razões de apelação oferecidas pela digna Defesa, requereu-se **a)** fixação de regime inicial semiaberto, aplicando-se o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal e **b)** concessão de justiça gratuita (fls. 150/155).

Contrarrazões a fls. 159/162, para manutenção da respeitável sentença.

Não houve recurso da Acusação.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não acolhimento do apelo (fls. 172/175).

A prova oral foi colhida e registrada em meio audiovisual, com link da gravação disponível a fls. 163.

II – Fundamentação

O apelo não comporta acolhimento, mantida a respeitável sentença proferida pela ilustre Magistrada, doutora Caroline Quadros da Silveira Pereira, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* e a *autoria*, além de incontroversas, pois sequer foram questionadas, estão comprovadas pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1/4, boletim de ocorrência de fls. 5/7, auto de exibição e apreensão de fls. 8, laudo de exame químico toxicológico de fls. 16/18, bem como pela prova produzida em Juízo, cocaína e maconha foram apreendidas.

Na fase investigativa, fls. 4, o apelante ficou em silêncio, respaldado em norma de ordem constitucional.

Em seu interrogatório judicial, ele confessou a prática delitiva. Disse que realmente comercializava drogas no local.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A confissão está em sintonia com as demais provas.

A testemunha, policial militar Fernando depôs que estavam em patrulhamento pela região, quando resolveram fazer uma incursão na comunidade, ocasião em que **visualizaram o recorrente, que carregava uma mochila, e outro indivíduo que, quando viram os policiais, correram. Abordaram Matheus, com ele foram encontradas drogas, no interior da mochila. Ele admitiu que estava traficando no local.**

O policial militar Matheus Lemes, depôs no mesmo sentido, esclareceu que estavam realizando patrulhamento de rotina e **decidiram fazer incursão na comunidade, local conhecido pelo tráfico de drogas, visualizaram o recorrente, que ao ver os policiais tentou empreender fuga. Tratava-se de viela íngreme, vindo o apelante a cair ao solo, quando foi abordado. Com o recorrente foram encontradas drogas, no interior da mochila que ele trazia. Matheus admitiu a traficância no local.**

Não há motivos para rechaçar os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o recorrente não demonstrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste mostras que queiram mentir. Eles desejam, sim, mostrar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

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

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

atribuições.

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

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

A confissão do apelante foi corroborada pelos depoimentos dos policiais militares, bem como pela apreensão de quantidade considerável de entorpecentes (233 porções de cocaína, pesando 20,01 g e 372 porções maconha, pesando 73,78g - fls. 16/18) embaladas individualmente e prontas para a venda, assim, não há dúvidas em relação a destinação mercantil do material ilícito apreendido e da prática do delito pelo recorrente.

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

A materialidade e autoria não foram objeto de questionamento recursal, e mostram-se devidamente comprovadas nos autos.

A dosimetria não comporta ajuste.

Na **primeira fase**, o apelante é possuidor de maus antecedentes (autos nº 0001550-50.2018.8.26.0535, fls. 27/28), sua pena-base foi fixada em 1/8 acima do mínimo legal, tendo-se cinco (5) anos, sete (7) meses e quinze (15) dias de reclusão e pagamento de quinhentos e sessenta e dois (562) dias-multa.

Na **segunda fase**, a agravante da reincidência (autos nº 1501750-12.2020.8.26.0535, fls. 28/29) foi compensada com a confissão externada pelo recorrente, com aplicação da Súmula 545 do Preclaro Superior Tribunal de Justiça, ficando as sanções inalteradas.

Pode haver compensação entre atenuante e agravantes, por exemplo, entre confissão espontânea e reincidência, conforme se asseverou no Superior Tribunal de Justiça (**HC 393331/AL** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 23.5.2017 - DJe 26.5.2017). Em sentido similar: **HC 385130/SC** - Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - T5 - Quinta Turma - Julg. 18.5.2017 - DJe 23.5.2017; **HC 338940/SC** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 16.5.2017 - DJe 19.5.2017; HC 352983/RJ - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - Julg. 4.5.2017 - DJe 16.5.2017; HC 392551/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - Julg. 2.5.2017 - DJe 8.5.2017; HC 392027/RJ - Rel. Min. 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 art. 61, inciso I, do Código Penal, se houver multirreincidência, *in verbis*: "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 art. 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 - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior - v. u. - J. 22.6.2022 - DJe 24.6.2022).

Na terceira fase, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, não é possível incidir a causa de diminuição do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, não se podendo descartar, diante das circunstâncias do caso concreto, reiteração criminal e as circunstâncias da prisão revelam que não era principiante ou traficante ocasional (***AgRg no HC 547176/SP*** - T6 - Sexta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz - J. 17.12.2019 - DJe 4.2.2020; ***AgRG no HC 526085/SP*** - 5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 3.12.2019 - DJe 16.12.2019; ***HC 4780001/SP*** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - J. 5.2.2019 - DJe 14.2.2019 e ***AgRg no HC 530668/ES*** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. 19.11.2019 - DJe 3.12.2019 - nos dois últimos mencionaram a reincidência também).

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

em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

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

Ademais, a prova dos autos não deixou dúvida quanto à sua dedicação à atividade criminosa. O recorrente foi flagrado realizando a mercancia ilícita em local conhecido pelo tráfico de drogas. Pela considerável quantidade e natureza das drogas apreendidas é evidente que não era principiante, fazia do comércio vil seu meios de vida, estando ligado a algo organizado, traficantes de maior porte.

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

No Preclaro Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu:

"Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de

pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas." - AgRg no REsp 1390118/PR - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017. No mesmo sentido: AgRg no AREsp 973919/MG - Rel. Min. Nefi Cordeiro - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017; HC 389132/SP - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 31.5.2017; HC 306536/PE - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 18.5.2017 - DJe em 24.5.2017; HC 389871/SP - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 24.5.2017; HC 386049/SP - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 19.5.2017; HC 363726/RS - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 9.5.2017 - DJe em 17.5.2017; AgRg no REsp 1635522/ES - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 18.4.2017 - DJe em 17.5.2017; HC 175577/SP - Rel. Min. Og Fernandes - T6 - Sexta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 17.10.2011; HC 212990/SP - Relatora Ministra Laurita Vaz - T5 - Quinta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 14.10.2011.

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

Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 18.8.2020 – DJe em 24.8.2020; ***AgRg no AgRg no AREsp 1676929/SP*** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – J. em 18.8.2020 – DJe em 25.8.2020 e ***AgRg no HC 5807699/SP*** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Félix Fischer – J. em 18.8.2020 – DJe em 25.8.2020 – sublinhou-se.

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

O regime é o inicial fechado.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

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

Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas consequências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessite a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (art. 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado (**art. 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (***Habeas Corpus* nº 69657/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Rel. Min. Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O art. 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (***Habeas Corpus***

nº 82966/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (*Habeas Corpus* nº 82959/SP – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (*Habeas Corpus* nº 91360/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

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

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

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

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia

das consequências danosas de sua atitude, preferiu realizar o delito ao invés de se comportar de maneira correta.

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

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

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

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

Portanto, o regime de segregação plena para o início da execução

foi justificado e era o mais adequado.

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

Com a nova redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; 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 na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. 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.

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

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

III - Conclusão

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

Recurso preso (fls. 121). Deverá permanecer no cárcere, porque seria ilógico mante-lo toda a tramitação encarcerado e, agora, que se tem mais certeza de sua responsabilização, libertá-lo, ademais, ele ostenta maus antecedentes e é reincidente e o crime é equiparado a hediondo, viu-se que o apelante é perigoso e ousado, portanto, para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, mister a medida excepcional.

Os benefícios da Justiça Gratuita podem ser conferidos, art. 99, "caput" e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil (CPC). O recorrente é assistido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural (art. 99, § 3º, do CPC). **Anote-se**.

A sucumbência ficará sob condição suspensiva, será exigível e executada somente se, nos cinco (5) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, demonstrar-se que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão. Passou esse prazo, extingue-se as obrigações do beneficiário (art. 98, § 3º, do CPC). A concessão de gratuidade não afasta o dever do beneficiário de pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas (art. 98, § 4º, do CPC).

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.