



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000332269

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002120-63.2020.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante JAQUELINE ROBERTA PAINA, é agravado 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) E ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 16294

Apelação Criminal nº 0002120-63.2020.8.26.0568

Comarca: Vara Criminal de São João da Boa Vista

Juíza de Direito: doutora Elaní Cristina Mendes Marum

Apelante: Jaqueline Roberta Paina

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Corréus: Marcio Henrique Gregorio Mendonça, João Gabriel da Silva Amaral, Carolina Domingues Magalhães e Karen Karoline Magalhaes Navera de Carvalho

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

I. CASO EM EXAME

1. Jaqueline foi condenada 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. A condenação decorreu de flagrante em sua residência, onde foram encontradas drogas e uma balança de precisão. A apelante foi absolvida do crime de associação para o tráfico.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste na análise da suficiência das provas para a condenação por tráfico de drogas e a possibilidade de absolvição por insuficiência de provas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por depoimentos de policiais e apreensão de drogas e balança de precisão no local.

2. A negativa da apelante não foi convincente frente às provas robustas apresentadas, incluindo denúncias anônimas e depoimentos de policiais.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso desprovido. A pena foi mantida em regime inicial fechado devido à reincidência e gravidade do delito.

2. *Tese de julgamento:* 1. A reincidência impede a aplicação de regime mais brando. 2. A suficiência das provas justifica a manutenção da condenação.

LEGISLAÇÃO CITADA:

CF/1988, art. 5º, XLIII, art. 144, incisos IV e V, § 4º e § 5º; CP, art. 33, §§ 2º e 3º, art. 44, incisos I e II, art. 59; Lei nº 11.343/2006, art. 33, "caput", § 4º; Lei nº 8.072/1990, art. 2º, parágrafo 1º; Lei nº 9.455/1997, art. 1º, parágrafo 7º; Lei nº 11.464/2007; Código de Processo Penal, art. 188, art. 157, art. 386, inciso VII, art. 387, parágrafo 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, HC 235407/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, T6, j. 09.09.2014; STJ, HC 233440/SE, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 18.06.2014; STJ, HC 427.620/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 15.03.2018; STJ, AgRg no HC 468.578/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, T5, j. 19.02.2019; STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 28.03.2017; STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, j. RTJ,148:490; STF, HC 69657/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 18.12.1992; STF, HC 82966/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 20.05.2003; STF, HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006; STF, HC 91360/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.05.2008.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 749/750

A apelante, **Jaqueline**, foi condenada 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 possibilidade de apelar em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere, porque, no dia **18.2.2019**, por volta de **23h45**, na residência situada na Rua Graziela de Vasconcelos Godoy, nº 100, Solário da Mantiqueira, São João da Boa Vista, SP, agindo em concurso e unidade de desígnios com os corréus João Gabriel e Márcio, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, cerca de 188,5 gramas de "maconha", substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Márcio e a recorrente residiam no imóvel acima referido. Alertados sobre a ocorrência da traficância no local e de possível envolvimento deles com o “PCC”, policiais militares dirigiram-se ao citado endereço e depararam-se com João Gabriel no interior do condomínio, descendo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

as escadas rumo ao referido apartamento, ocasião em que abordaram-no, localizando em seu poder 4 kits contendo 103 pedras de "crack", bem como um tijolo de maconha, pesando cerca de 149,5 gramas, além de R\$ 10,00. Em continuação às diligências, os policiais rumaram para o citado apartamento e, franqueada a entrada por Márcio, os agentes depararam-se com os demais envolvidos, sendo que, durante a abordagem, com a apelante nada ilícito foi encontrado, mas com *Carolina* encontrou-se a quantia de R\$ 142,00 e com *Karen*, a quantia de R\$ 1,637,99, provenientes do tráfico. Além disso, os policiais efetuaram buscas no imóvel e encontraram, espalhados pela residência, R\$ 166,00, bem como uma balança de precisão e outro tijolo de "maconha", pesando 188,5 gramas, em um dos quartos.

A apelante foi absolvida da prática do delito de associação para o tráfico ilícito, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 757).

Este feito foi desmembrado do principal (nº 1500368-16.2019.8.26.0568), que prosseguiu em face dos demais acusados (fls. 1/6 e 675).

No recurso interposto pela digna Defesa requereu-se a absolvição por insuficiência de provas (fls. 808/814).

Contrarrazões a fls. 820/822, para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em Julgado para o Ministério Público em 5.7.2021 (fls. 781).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 837/844).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, conforme mídia de fls. 719 e links de fls. 587, 659 e 674.

II – Fundamentação

O recurso não comporta provimento, subsiste a respeitável sentença proferida pela culta e dedicada Magistrada, doutora Elaní Cristina Mendes Marum, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 7/16, 20, 24, 28 e 32, boletim de ocorrência de fls. 36/42, auto de exibição e apreensão de fls. 43/44, laudos de constatação prévia de fls. 45 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 289/291, maconha foi apreendida.

A *autoria* é atribuível à recorrente.

No distrito, **ela ficou em silêncio** (fls. 16), assim como os corréus (fls. 20, 24, 28 e 32).

Em Juízo, **a apelante negou o delito**. Antes de ser presa, trabalhava como manicure. Há cinco meses, relacionava-se com Márcio, mas o relacionamento era conturbado, sofrendo violência doméstica. Quinze dias antes dos fatos, discutiram e a interroganda viajou para Belo Horizonte. Após alguns dias, Márcio pediu para conversarem e foi para a casa dele em uma quinta-feira, ali permanecendo até o dia dos fatos. Como sua família não aprovava o relacionamento, deixou o telefone desligado. Sua mãe foi procurá-la no apartamento e pediu que Márcio dissesse que não se encontrava no local. **Por volta das 22 horas, Karen e Carolina bateram na porta e orientaram-na a retornar para casa, diante da preocupação de seus familiares. Concordou em ir embora e, nesse ínterim, bateram na porta do apartamento informado que**

era a Polícia. Os policiais entraram, revistaram Márcio e pediram que a interroganda desbloqueasse o celular, tendo concordado. **Eles perguntaram se tinha algo ilícito, mas, a todo, momento, informava que não morava ali.** Os policiais disseram que encontraram maconha e uma balança de precisão no quarto. Com Carolina e Karen, eles localizaram dinheiro. **Com a interroganda, nada foi encontrado.** A seguir, foi conduzida à Delegacia. Quando chegaram, viu João descendo da viatura, mas ele não estava na sua ocorrência. João não passou no apartamento antes de os policiais chegarem. **Não viu a droga no apartamento.** Carolina e Karen são suas conhecidas, mas tinham mais contato com Márcio. **Não estava vendendo drogas no apartamento com Márcio.** Não sabe por qual razão está sendo acusada.

Márcio disse que trabalhava como mototaxista, auferindo cerca de R\$ 1.500,00 por mês. Não conhecia João Gabriel. Mantinha relacionamento amoroso com a apelante. Karen e Carolina são suas conhecidas e de sua família. **Em seu apartamento, foram encontradas uma balança e "maconha". Havia adquirido a droga três dias antes, por R\$ 400,00, para seu consumo pessoal ao longo do mês.** Comprou uma quantidade maior para não precisar ficar indo ao ponto de vendas, pois já teve problemas por estar em "biqueiras", ou mesmo para evitar ser apontado como traficante. **A droga estava no seu guarda-roupa, no quarto. Usava a balança para confirmar a quantidade adquirida, sendo o utensílio utilizado também para atividades domésticas.** Nunca vendeu drogas. Karen e Carolina foram ao seu apartamento, a pedido de sua mãe, para falar com Jaqueline, pois a família dela não estava conseguindo contatá-la. A família dela não aprovava o relacionamento, pelo fato de o interrogando ser usuário de entorpecentes. Acredita que está sendo falsamente acusado de tráfico em razão da quantidade de drogas ou em razão de seus antecedentes. O policial Cardoso disse que iria prendê-lo por tráfico. Comprou a droga de um rapaz do bairro Recanto do Jaguari, mas a recebeu no centro da cidade. Não adquiriu o entorpecente em seu bairro porque não tinha proximidade com a vizinhança, não queria envolvimento.

Consumia diariamente cerca de 10 cigarros de "maconha", de 0,5 g por dia.

João Gabriel disse que antes de ser preso não trabalhava, apenas estudava. **No dia dos fatos, estava com 149 gramas de "maconha" e as porções de "crack".** Os outros 188 gramas de "maconha" não estava em seu poder. Pegou dinheiro do apartamento de sua mãe para comprar as drogas. Pagou R\$ 650,00 e ficou devendo R\$ 460,00. **Após ter sido abordado, os policiais desceram com os demais acusados cerca de cinquenta minutos ou uma hora depois. Havia adquirido os entorpecentes naquele mesmo dia.** Pretendia consumir tudo, em dois ou três dias, com outros conhecidos usuários, sem finalidade de lucro, pois estava na abstinência de usar "crack" com "maconha". Não conhecia os demais acusados. Acredita que somente está sendo acusado pela quantidade de drogas que trazia consigo, mas nunca traficou. **Havia acabado de sair da praça onde adquirira as drogas e estava indo para o pasto fumar, mas, ao passar pelo corredor do condomínio, foi abordado pelos policiais.** Não passou pela escadaria dos prédios. Correu, pois ficou assustado, já que estava sob efeito de droga. Não trabalhava. Era sustentado pela mãe e pela avó, com quem morava. Pediu dinheiro à avó para comprar um celular, mas usou para adquirir os entorpecentes. Não tem envolvimento com o "PCC". É apenas usuário de drogas. Se fosse envolvido com a facção, não poderia negar, caso contrário, sofreria represália.

Carolina negou envolvimento com o tráfico. **Foi até o apartamento de Márcio juntamente com a sua filha, Karen, para transmitir a ele um recado de sua mãe.** Dez minutos depois, os policiais chegaram à moradia. Lá estavam a interroganda, sua filha Karen, Márcio e a apelante. Somente na delegacia soube da localização de drogas. Antes da chegada da polícia, nenhuma outra pessoa saiu do apartamento. Não conhecia João Gabriel. A quantia de dinheiro que trazia consigo era produto de seu trabalho. Não tem conhecimento se Márcio traficava, sabendo que ele é usuário de "maconha". Não presenciou a

localização da balança e da droga.

Karen também negou a prática ilícita. **Foi até o apartamento de Márcio, juntamente com a sua mãe, para avisá-lo que a mãe dele, Vilma, queria falar com ele e com a recorrente.** Cerca de dez minutos depois, os policiais chegaram à moradia e disseram que todos estavam presos. Não sabe se foram encontradas drogas ou balanças na residência, pois todos foram colocados no corredor. Não conhecia João Gabriel. Não viu ninguém descendo as escadas do prédio. A quantia de dinheiro encontrada consigo era fruto de seu trabalho, havia recebido seu pagamento. A interroganda e os demais acusados não vendiam drogas.

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 negativa da apelante não convence.

Marcos Alexandre, policial militar, afirmou que **havia inúmeras denúncias de ocorrência da venda de drogas, há mais de um mês, no bloco 25-A, no apartamento 24-A, onde residiam Márcio e Jaqueline.** No dia dos fatos,

reuniram várias viaturas da cidade para uma incursão naquele condomínio e, ao chegarem no bloco 25-A, **depararam-se com João Gabriel, pessoa já conhecida nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico, descendo as escadas que davam acesso ao apartamento de Márcio. Ele saiu correndo, mas foi alcançado e abordado. Com ele, havia 103 pedras de "crack", divididas em quatro "kits", um tijolo de "maconha" e R\$ 10,00. Ele não disse de onde vinha nem qual era a procedência da droga. Na sequência, foram até o apartamento de Márcio e, após baterem várias vezes na porta, ele atendeu e franqueou a entrada da equipe na moradia. Em poder dele e da recorrente nada foi encontrado. Entretanto, em um quarto, foi encontrado um tijolo de "maconha", além de uma balança. Ninguém forneceu explicação sobre o entorpecente ou sobre a balança.** Havia, ainda, R\$ 166,00 espalhados pelo apartamento. Com Caroline, havia R\$ 140,00 e, com a filha dela, Karen, R\$ 1.600,00. Elas não explicaram a procedência dos valores. Não foi localizado objeto relacionado ao consumo de entorpecentes.

Wellington, policial militar, depôs no mesmo sentido. **Havia várias informações que apontavam que Márcio e sua companheira estariam realizando o comércio proscrito no apartamento onde residiam, com possível envolvimento do "PCC".** Naquele dia, foi recebida a informação de que havia chegado droga no apartamento, que estaria sendo preparada para posterior distribuição. Dirigiram-se até o local e, **quando subiam as escadas, notou João Gabriel saindo do apartamento. Ao deparar-se com a equipe, ele correu, mas foi alcançado e abordado. Com ele, havia mais de cem pedras de "crack" e um tijolo de "maconha".** Na sequência, entraram no apartamento, sendo realizada a abordagem de Márcio, sua amásia e de duas meninas. No local, encontraram dinheiro espalhado pelo imóvel e outro tijolo de "maconha" **idêntico ao apreendido com João Gabriel, aparentemente proveniente do mesmo pedaço.** Havia várias denúncias contra Márcio e João Gabriel, inclusive indicando seu envolvimento com o "PCC".

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam a recorrente, pois esclareceram que as denúncias anônimas apontavam a realização do tráfico naquele apartamento por Márcio e pela recorrente, companheira dele e, no local, a informação apócrifa foi confirmada, tanto que surpreenderam João Gabriel deixando o local em poder de drogas, além de terem encontrado entorpecentes na unidade residencial.

Demais disso, além de ter sido identificada como um dos traficantes que agiam naquele apartamento, não parece crível que a recorrente não tivesse conhecimento da droga, sobretudo porque estava no local há ao menos quatro dias, de modo que acompanhou o comércio proscrito ali praticado, tanto que João Gabriel foi visto deixando o local em poder de entorpecentes, sendo a maconha similar à encontrada no imóvel.

Não se pode olvidar, ainda, que ela já foi condenada por tráfico anteriormente (fls. 269). O que é significativo, pois havia delação sobre o lugar onde residia, mencionava-se seu nome e alguém, conhecido por tráfico, estava com drogas nas imediações do lugar.

Inexiste razão para rechaçar as narrativas dos agentes da lei, 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, a apelante não mostrou que quisessem prejudicá-la 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.

A denúncia anônima, por si só, não causa nulidade da prova produzida. A ausência de qualificação dos autores das denúncias ou da formalização do ato não compromete a credibilidade dos depoimentos dos policiais nem exclui o delito. É garantido o anonimato ao denunciante e isso tem se mostrado de grande valia no combate ao tráfico de drogas.

A delação anônima, em determinados casos, se não foi levada em consideração, causará verdadeira proliferação das ações criminosas, como no caso de tráfico, associação para esse crime, armazenamento de materiais para sua execução, porte de arma permitidas ou não. Alguém que tenha conhecimento disso e, eventualmente, seja revelado, não dirá mais nada, por temer represálias.

A jurisprudência tem assentado que não pode servir de parâmetro único da persecução penal, porém, serve para dar início às investigações e colheitas de elementos acerca da possível prática de infração penal, de sorte a desencadear medidas cautelares, ou não, de maior peso (STJ - **HC 235407/SP** –

T6 – Sexta Turma – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – J. em 9.9.2014 – DJe em 24.9.2014).

Em outra oportunidade: *"Esta Corte Superior de Justiça, com supedâneo em entendimento adotado por maioria pelo Plenário do Pretório Excelso nos autos do inquérito n. 1957/PR, tem entendido que a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigatórios preliminares em busca de indícios que corroborem as informações de fonte anônima, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal."* (STJ - HC 233440/SE – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Jorge Mussi – J. 18.6.2014 – DJe 1.7.2014).

Renata é prima de Márcio e nada soube a respeito da apreensão das drogas. Ele trabalhava como mototaxista. A recorrente era namorada dele, mas não moravam juntos. Sabe que ele é usuário de "maconha", mas desconhece qualquer envolvimento dele com o tráfico.

Luísa e João de Paula conhecem Márcio. Ele trabalhava como mototaxista. Desconhecem qualquer envolvimento dele com o tráfico.

As testemunhas não presenciaram os fatos, de sorte que suas palavras não são suficientes para eximir a apelante de responsabilidade criminal.

As provas são robustas e incriminam a recorrente.

Acrescente-se que o artigo 33 da Lei de Tóxicos prevê diversas condutas. No caso, a apelante guardava e tinha em depósito entorpecente para o comércio, condutas que também se tipificam e devem ser combatidas. A destinação mercantil da droga apreendida ficou demonstrada pela considerável

quantidade encontrada junto com uma balança de precisão, pelo teor das denúncias anônimas, pois indicavam a prática do comércio ilícito no apartamento, e pela abordagem de João Gabriel saindo daquele imóvel em poder de entorpecentes, encontrando-se, inclusive, dinheiro espalhado pelo local, a denotar a atividade comercial.

Lembre-se que, para a configuração do narcotráfico sequer se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despicienda a “traditio” para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Relator Desembargador Guilherme G. Strenger – J. em 29.1.2020).

A pena não comporta reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base foi fixada no piso: cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa.

Na **segunda fase**, a pena foi agravada em 1/6, pela reincidência (processo nº 0005611-93.2011.8.26.0568 – fls. 217 e 269), tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Na **terceira fase, em razão da reincidência, por delito de mesma natureza, 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 a 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, alguém 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 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 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 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 (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).

No caso, em que pese o montante da pena, a apelante é reincidente. Ela 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, mas 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 a diligência decorreu

de denúncias a respeito da prática do tráfico ilícito naquele apartamento, a evidenciar que a recorrente dedicava-se há certo tempo à traficância, sem olvidar que praticou o delito menos de um mês após o término de cumprimento de pena anterior imposta também por tráfico ilícito (fls. 218), indicando 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.

A apelante optou por 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 criminosa 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; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. 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).

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

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

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 presa (fls. 757). A apelante permanecerá nessa condição, pois ainda subsistem os motivos para sua prisão. Ela ficou presa 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 ser reincidente.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.