



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000338915

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501486-46.2024.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante GUILHERME INACIO RODRIGUES GOMES, 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: **Deram parcial provimento ao recurso para compensar, integralmente, a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, redimensionando a pena para cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no mais, mantida a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. 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, 4 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16321

Apelação Criminal nº 1501486-46.2024.8.26.0408

Comarca: Ourinhos

Juiz de Direito: doutor Marcos Rogério Sanches Cruz Geraldo

Apelante: Guilherme Inacio Rodrigues Gomes

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Guilherme foi condenado a seis anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, por tráfico de drogas, ao ser flagrado com 27 porções de maconha, totalizando 25,86 g, em Ourinhos/SP. A condenação baseou-se na confissão do apelante e nas circunstâncias da apreensão.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea; (ii) aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito estão comprovadas por laudos e depoimentos. A confissão do apelante foi corroborada por depoimentos de guardas municipais.

4. A compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea é possível, conforme jurisprudência do STJ. A causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas não se aplica devido aos maus antecedentes e reincidência.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena para cinco anos e dez meses de reclusão e 583 dias-multa.

Tese de julgamento: 1. A compensação entre agravante e atenuante é possível. 2. A causa de diminuição do art. 33, § 4º, não se aplica a reincidentes.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, "caput" e § 4º.

Código Penal, art. 61, inciso I; art. 64, inciso I; art. 44, "caput", inc. I e II.

Código de Processo Penal, art. 188; art. 387, parágrafo 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

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

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

STJ, AgRg no AREsp 2301358/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 27.4.2023.

STJ, AgRg no HC 787997/SP, Relª. Minª. Laurita Vaz, T6, j. 27.3.2023.

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

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

STJ, HC 166.471/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, T6, j. 28.6.2011.

STJ, HC 382.243/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 16.2.2017.

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

STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, j. RTJ, 148:490.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 156/157

O apelante, Guilherme, foi condenado à pena de seis (6) anos e seis (6) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de seiscientos e cinquenta e cinco (655) 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 19.5.2024, por volta das 11h20, na Rua Milton de Abreu, nº 640, Jardim Anchieta, Ourinhos/SP, trazia consigo 27

porções de Tetrahidrocannabinol, popularmente conhecida como maconha, com peso líquido de 25,86 g, consoante laudo provisório de constatação acostado a fls. 28/30, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Na ocasião dos fatos, guardas civis municipais realizavam patrulhamento rotineiro quando avistaram o apelante caminhando em via pública. Ao notar a presença da viatura, **Guilherme** mudou de direção e os guardas perceberam um volume dentro do bolso de sua blusa. Realizada a abordagem, em busca pessoal foram localizadas 27 porções de maconha individualmente embaladas e a quantia de R\$ 55,00, em espécie, tendo o imputado confessado a prática do tráfico de drogas. Assim, as circunstâncias da prisão, a quantidade e a maneira em que as drogas estavam embaladas, o numerário apreendido, além dos depoimentos das testemunhas demonstram a prática do crime de tráfico de drogas.

Nas razões de apelação oferecidas pela digna Defesa, requereu-se **a)** compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e **b)** aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 (fls. 186/190).

Contrarrazões a fls. 194/196, para manutenção da respeitável sentença.

Houve trânsito em julgado da respeitável sentença para o Ministério Público em 4.11.2024 (fls. 170).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não acolhimento do apelo (fls. 204/209).

A prova oral foi colhida e registrada em meio audiovisual, com gravação disponível a fls. 155.

II – Fundamentação

O apelo merece parcial provimento, respeitando o entendimento do dedicado e ilustre Magistrado, doutor Marcos Rogério Sanches Cruz Geraldo.

A *materialidade delitiva* e a *autoria*, além de incontroversas, pois sequer foram questionadas, estão comprovadas pelo boletim de ocorrência de fls. 3/5, auto de exibição e apreensão de fls. 24/25, laudo de constatação preliminar de fls. 28/30, laudo de exame químico toxicológico de fls. 84/87, bem como pela prova produzida em Juízo, "maconha" foi apreendida.

Na fase investigativa, o apelante confessou a traficância. Alegou ter adquirido 30 porções de maconha e, dessas trinta porções, já havia vendido 3. Admitiu a prática de traficância, assim como admitiu ser usuário de maconha. Acrescentou que desconhece a pessoa com quem adquiriu o entorpecente (fls. 10 e 61).

A confissão (ela é o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade, no ensinamento de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 249) não é adjetivada de válida ou não pelo local em que proferida, mas sim em confrontação com as demais provas e pelo teor de seu conteúdo (observa esse aspecto JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 446-447, para ele, ainda, a confissão extrajudicial é classificada como prova indireta, isto é, um indício, pela falta de ampla defesa e contraditório). A confissão na fase investigativa, se não desmentida por outros elementos de prova, apesar das opiniões em contrário, torna-se prova, suficiente para

sustentar a convicção judicial, afinal, o ato foi colhido por Autoridade Policial, na presença de outros servidores públicos, tem presunção de legitimidade, embora, de início, não se tenham as partes atuando. No caso dos autos, especificando, pode ser aceita, porque em consonância com os elementos probatórios.

Em seu interrogatório judicial, confessou a prática do crime de tráfico de drogas. Disse que é do estado do Mato Grosso, após chegar na cidade de Ourinhos, teria iniciado a venda de entorpecentes, pois passava por dificuldades financeira. Era a primeira vez que praticava o tráfico de drogas. O dinheiro apreendido era proveniente da venda de drogas. A prática de outros crimes foi no Estado do Mato Grosso.

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 pode ser aceita.

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 Paulo, guarda civil municipal, depôs que, na data dos fatos, estava em patrulhamento próximo a uma escola. Avistaram um indivíduo que, ao avistar a viatura, passou a ir em sentido contrário. Notou que havia um volume visível em sua blusa, assim, realizou a abordagem. **Ao ser abordado, foi com ele encontrada uma quantidade de droga e cerca de 65 reais em espécie. O apelante admitiu que estava em prática de tráfico de drogas e teria efetuado a venda de algumas porções de drogas momentos antes da abordagem. Não o conhecia antes dos fatos.**

O guarda municipal, em depoimentos coeso e harmônico, narrou ter surpreendido o recorrente na prática de venda de drogas, ele admitiu a traficância, sendo apreendido em sua posse certa quantia de drogas e dinheiro.

Não há motivo para afastar seu depoimento, pois não se vê desejo de mentir ou incriminar um inocente, tampouco, animosidade entre ele e o

apelante, apenas o desejo de contribuir para o esclarecimento dos fatos.

Ele também é funcionário público, cumpridor de seus deveres, dentre eles, o de coibir o avanço da prática delitiva. Seria um contrassenso constituir um corpo de servidores para tal tarefa, similar a de policiais militares e policiais civis e, depois, quando depusessem mais tarde, duvidar de suas palavras.

Mais que isso, é agente de segurança pública, age em nome do Estado e, conseqüentemente, suas ações, num sentido lato, têm legitimidade, até prova em sentido contrário, o que incorreu na espécie.

Ressalta-se que as partes desistiram da oitiva da testemunha Thiago, policial militar, o que foi homologado pelo douto Magistrado (fls. 155)

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

Em resumo, a confissão do apelante foi corroborada pelo insuspeito depoimento do guarda civil municipal, bem como pela apreensão de considerável quantidade de entorpecentes em sua posse (27 porções de "maconha", 25,86 gramas fls. 28/30), embalados individualmente, prontos para a distribuição a terceiros, além de R\$ 55,00 em notas fracionadas, que o recorrente admitiu ser proveniente da mercancia ilícita, circunstâncias que provam o tráfico feito por ele.

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 n° 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Rel. Des. Guilherme G. Strenger – J. 29.1.2020).

Assim, as provas são robustas para a condenação.

A dosimetria comporta ajuste.

De início, verifica-se que o recorrente possui duas condenações definitivas anteriores, processo n° 301.4.2022.29219, fls. 56 e processo n° 0007698-79.2018.8.11.0055 (IP 149/2018), fls. 55, 106 e 109, cujo trânsito em julgado ocorreu em 31.7.2020 (fls. 109), e o delito em questão foi cometido em 19.5.2024, ou seja, dentro do prazo de cinco anos, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal. Assim, uma pode ser considerada como maus antecedentes e a segunda configura a reincidência.

Na primeira fase, diante dos maus antecedentes (processo n° 301.4.2022.29219, fls. 56), a pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo legal, tem-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Na segunda fase, a reincidência do recorrente (processo n° 0007698-79.2018.8.11.0055 (IP 149/2018), fls. 55, 106 e 109), pode ser integralmente compensada com a confissão espontânea, com aplicação da Súmula 545 do Preclaro Superior Tribunal de Justiça, pois, não se trata de multirreincidente, ficando a sanção inalterada.

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 – destacou-se).

Ressalta-se que, as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, do Código Penal, não se confundem com as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66, do mesmo diploma legal.

Ambas são de aplicação obrigatória, de modo que a sua incidência concomitante não configura eiva alguma, notadamente em se tratando de réu que registra mais de uma condenação definitiva.

Na hipótese dos autos, diante da pluralidade de condenações definitivas ostentadas pelo recorrente, é perfeitamente possível que sejam consideradas em fases distintas da dosimetria para justificar o respectivo aumento, não havendo se falar em ofensa ao enunciado da Súmula 241 do STJ. Aliás, o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que *"se o réu possuir mais de uma condenação transitada em julgado, não há bis in idem por algumas delas serem consideradas como maus antecedentes, a exasperar a pena-base acima do mínimo legal, e que as outras sejam utilizadas para se reconhecer a reincidência, agravando, assim, a reprimenda na segunda fase do cálculo da pena. É que, em tais casos, não se trata de valoração do mesmo fato em momentos distintos da fixação da pena, o que preserva a Súmula 241 do STJ"*. (*Habeas Corpus 166.471/SP*, Sexta Turma, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Julg. 28.6.2011).

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 pelos guardas municipais realizando a traficância, sendo que ele tentou se esquivar da abordagem. Não obstante a quantidade de droga apreendida não seja exagerada, nota-se que o recorrente não trouxe comprovação do exercício de atividade lícita - fls. 12 - "desempregado", 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 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 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 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 (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**. Sabiam das consequências danosas de suas atitudes, preferiram realizar o delito ao invés de se comportar de maneira correta.

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; 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.

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 parcial provimento do recurso para compensar, integralmente, a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, redimensionando a pena para cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no mais, mantém-se a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso preso (fls. 162). 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.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.