



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000342147

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500275-28.2024.8.26.0552, da Comarca de Leme, em que é apelante ÍTALO GABRIEL DOS SANTOS BISPO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16256

Apelação Criminal nº 1500275-28.2024.8.26.0552

Comarca: Vara Criminal de Leme

Juiz de Direito: doutor Fabio Akira Nakama

Apelante: Ítalo Gabriel dos Santos Bispo

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Ítalo Gabriel, menor de 21 anos, foi condenado a cinco anos de reclusão em regime fechado e quinhentos dias-multa por tráfico de drogas, conforme artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Ele foi flagrado com 277 porções de cocaína e uma porção a granel, além de R\$ 1.206,00 em dinheiro.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em: (i) insuficiência de provas para absolvição; (ii) aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06; (iii) incidência das atenuantes de menoridade e confissão espontânea; (iv) regime inicial aberto ou semiaberto; (v) aplicação da detração penal; (vi) recurso em liberdade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por documentos e depoimentos. A confissão do apelante e depoimentos dos policiais confirmam o envolvimento no tráfico.

2. O histórico do recorrente, conhecido como "gerente" do ponto de venda, e a existência de atos infracionais contemporâneos aos fatos justificam a manutenção da pena e do regime fechado.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso desprovido.

2. *Tese de julgamento:* 1. A confissão e provas robustas confirmam o tráfico de drogas. 2. A função de "gerente" e a quantidade de drogas impedem a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e § 4º; Código Penal, art. 59, 33, § 2º, alínea "b", 42 e 44, inciso I; Constituição Federal, art. 5º, XLIII, XLVI e 144, incisos IV e V.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

TJSP, Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, 11ª Câmara de Direito Criminal, j. 29.1.2020; STJ, HC 502098/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 30.5.2019; STJ, HC 479977/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 14.5.2019; STJ, HC 489860/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 23.4.2019; STJ, HC 313796/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, T6, j. 13.3.2018; STJ, HC 179.086/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, T5, j. 5.4.2011; STJ, HC 506347RS, Rel. Min. Félix Fischer, T5, j. 6.6.2019; STJ, HC 478661/SP, Rel. Min. Félix Fischer, T5, j. 7.2.2019; STJ, HC 444200/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 14.8.2018; STJ, HC 299673/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 18.8.2016; STJ, AgRg no HC 524.521/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 15.8.2019; STJ, AgRg no HC 769885/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 24.4.2023; STJ, AgRg no AREsp 2209211/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, T6, j. 7.3.2023; STF, HC 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma, RTJ, 148:49.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 155

O apelante, Ítalo Gabriel (menor de 21 anos, fls. 8), foi condenado à pena de cinco (5) anos de reclusão, em *regime inicial fechado*, além do pagamento de quinhentos (500) 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 em 13.7.2024, por volta das 17 horas e 30 minutos, na confluência entre a Avenida Sebastião Rodrigues de Lara e Rua Mateus Oliveira Lagassi, Jardim Empyreó, bem como na Rua Professor Antônio Roversi, nº 525, Jardim Empyreó, Leme/SP, trazia consigo e tinha em depósito, duzentas e setenta e sete (277) porções de cocaína pesando cerca de 228 gramas e uma (1) porção de cocaína a granel, pesando aproximadamente 118,0 gramas, sem autorização e em desacordo com

determinação legal ou regulamentar. Policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e, na confluência entre a Avenida Sebastião Rodrigues de Lara e Rua Mateus Oliveira Lagassi, Jardim Empyreo, local conhecido como ponto de venda de drogas, visualizaram o recorrente, que, ao notar a aproximação da viatura policial, dispensou seis cápsulas plásticas contendo cocaína e cédulas diversas, totalizando R\$ 1.206,00. Diante disso, os policiais realizaram a abordagem e encontraram no bolso da bermuda dele outras dezessete cápsulas plásticas contendo cocaína. Por existirem informações prévias de que ele atuava na função de "gerente" do ponto de venda de drogas situado no local, indagaram ao apelante sobre a existência de mais drogas e ele respondeu que tinha em depósito drogas em sua casa. Os policiais dirigiram-se ao imóvel e, após terem a entrada franqueada pelo pai dele, realizaram buscas e localizaram sobre um guarda-roupas do quarto do recorrente outras **254 cápsulas contendo cocaína e um invólucro contendo cocaína a granel, além de uma folha com a contabilidade do tráfico**. A elevada quantidade de drogas apreendidas, a forma de acondicionamento de parte das drogas encontradas no local, as quais estavam devidamente embaladas e fracionadas (cápsulas), a apreensão de grande quantia em dinheiro, os testemunhos dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante, a notícia anterior de que ele "gerente" do ponto e o encontro de uma folha de papel com anotações típicas do controle do tráfico de drogas, revelam o ânimo de tráfico.

No apelo oferecido pela douta Defesa sustentou-se **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06; **c)** incidência das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea; **d)** regime inicial aberto ou semiaberto; **e)** aplicação da detração penal; e **f)** recurso em liberdade (fls. 175/185).

Contrarrazões a fls. 208/211, para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 28.1.2025 (fls. 189).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 221/222).

A prova oral foi colhida e gravada por meio audiovisual no SAJ, fls. 152.

II – Fundamentação

O recurso não comporta provimento, subsiste a respeitável sentença proferida pelo culto e dedicado Magistrado, doutor Fabio Akira Nakama, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 1/7, boletim de ocorrência de fls. 12/15, auto de exibição e apreensão de fls. 17/19, auto de constatação preliminar de fls. 24 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 94/96, cocaína foi apreendida.

A *autoria* é atribuível ao recorrente.

No distrito, **ele ficou em silêncio** (fls. 7).

Em Juízo, **o apelante confessou o delito**. Tem 18 anos. Não trabalha. Já foi internado duas vezes na Fundação Casa. **Guardava a droga em sua casa**. Recebeu o dinheiro apreendido como pagamento pelo armazenamento do entorpecente em sua residência. Está arrependido. Não tem nada contra o policial ouvido em audiência.

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

A confissão pode ser aceita.

Jesder, policial militar, depôs que, durante patrulhamento de Força Tática, **viram o recorrente, bem conhecido nos meios policiais, o qual, ao notar a aproximação da equipe, soltou dinheiro e drogas. Diante disso, ele foi abordado e, em seu poder, foram encontrados 17 “eppendorfs” com cocaína. Recuperaram o que ele havia dispensado e constataram que se tratava de mais 6 “eppendorfs” com cocaína, além da quantia de R\$ 1.206,00. Questionado sobre a traficância, ele informou ser “gerente da biqueira” - como já era de conhecimento da equipe, e trabalhava naquela atividade ilícita até as 19 horas, bem assim que, na casa dele, haveria mais drogas. Dirigiram-se à residência e, mediante autorização do pai do apelante, entraram no imóvel. O pai conduziu-os até o quarto do recorrente e, durante vistoria, localizaram, sobre o guarda-roupas, aproximadamente 250 “eppendorfs” com cocaína, além de anotações relacionadas ao tráfico de**

drogas. Diante disso, o recorrente foi preso em flagrante e conduzido à Delegacia. Já o abordou em outra ocasião, em que foi encontrado um tijolo de maconha também na casa dele. Não tem qualquer animosidade com o apelante. O dinheiro estava em notas diversas e ele disse que era proveniente do tráfico de drogas. O recorrente não ofereceu resistência e colaborou com as diligências.

O policial, em depoimento coeso e seguro, incrimina o recorrente, pois confirmou o encontro de porções de cocaína em poder dele, bem como na casa dele. Inexiste razão para rechaçar a sua narrativa, **prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.**

Não há motivos para desmerecer o depoimento. Ao contrário, destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisesse prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste indícios de que queira mentir. Ele deseja, 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 o integrante 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.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

Acrescente-se que o artigo 33 da Lei de Tóxicos prevê diversas condutas. No caso, o recorrente trazia consigo e tinha em depósito entorpecentes para o comércio, condutas que também se tipificam e devem ser combatidas. A destinação mercantil ficou comprovada pela considerável quantidade de entorpecentes apreendidos e pelo encontro, no mesmo contexto, de anotações relacionadas à contabilidade do tráfico (fls. 25), bem como pela confissão do apelante.

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 elevada em 1/6, pela expressiva quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (duzentas e setenta e sete (277) porções de cocaína pesando cerca de 228 gramas – conforme laudo pericial de fls. 94/98, não foi possível identificar a presença de substâncias proscritas na porção a granel apreendida), substância das mais nocivas, de efeitos altamente deletérios e intensa lesão à saúde pública, nos termos do artigo 42, da Lei de Drogas, tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

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

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

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

Na **segunda fase**, a pena retornou ao patamar mínimo, pela

incidência das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea, já reconhecidas na respeitável sentença, tendo-se cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa.

Na terceira fase, o recorrente **não faz jus à causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006**, sobretudo porque ele já era conhecido nos meios policiais não só pelo envolvimento com o tráfico ilícito, mas como “gerente” daquele ponto de tráfico, assim como também confessou informalmente aos policiais, ademais, foi encontrada em sua casa, junto com a droga, anotações relacionadas à contabilidade do tráfico ilícito (fls. 25), a evidenciar a prática habitual do comércio proscrito e o envolvimento com traficantes de maior porte, sem os quais não teria acesso a essa quantidade de entorpecentes.

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.

Ademais, o **envolvimento anterior em ato infracional faz com que não incida a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois caracteriza propensão a práticas criminosas, isto é, à inclinação a realização de delitos, sendo suficiente, até mesmo, para a segregação cautelar (*Habeas Corpus nº 506347RS* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Félix Fischer – J. 6.6.2019 – DJe 11.6.2019; *Habeas Corpus nº 478661/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Félix Fischer – J. 7.2.2019 – DJe 19.2.2019; *HC 444200/RJ* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. 14.8.2018 – DJe 23.8.2018 e *HC 299673/SP* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. 18.8.2016 – DJe 24.8.2016). E, ainda: *"Não é demais lembrar que, quanto aos atos infracionais, embora não possam ser utilizados para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não***

serem considerados crimes, podem ser sopesados na análise da personalidade do acusado, reforçando os elementos constantes dos autos." (STJ - **AgRg no HC 524.521/SP** – Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - J. 15.8.2019 - DJe 30.8.2019).

Essa posição mudou um pouco: "1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.916.596/SP, entendeu que a existência de atos infracionais pretéritos pode ser considerada para afastar a causa especial de diminuição em questão, exigindo-se, porém, que seja apontada a gravidade do fato anterior e a sua contemporaneidade com o delito de tráfico no qual se discute a aplicação da minorante." (**AgRg no HC 769885/SP** – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. 24.4.2023 – DJe 26.4.2023). **Cf., ainda:** "4. A existência de registros por atos infracionais é elemento hábil a evidenciar a dedicação do agente a atividades delituosas e, por conseguinte, a impedir a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006." (**AgRg no AREsp 2209211/DF** – T6 – Sexta Turma – Relator Ministro Rogério Schietti Cruz – J. 7.3.2023 – DJe 14.3.2023).

No caso, os atos infracionais são contemporâneos aos fatos, pois praticados nos anos de 2022 e 2023 (fls. 153/154), indicando que o apelante dedica-se, mesmo sendo muito jovem, às atividades criminosas, circunstância incompatível com o redutor em questão.

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).

Em que pese o montante da pena e a primariedade do recorrente (fls. 79), o delito é concretamente grave, pois foi surpreendido com considerável quantidade de cocaína e dinheiro, sem olvidar que o policial informou que ele era conhecido como "gerente da biqueira", assim como confessou informalmente no local dos fatos, a evidenciar maior reprovabilidade de sua conduta.

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

Cabe invocar ensinamento do STF: "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E

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

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

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

O apelante optou em realizar crime de nefastas consequências, com vistas ao "lucro fácil", totalmente inconcebível, numa sociedade em que há milhões de desempregados, numa crise gritante, em que vários não escolheram esse caminho, por zelarem pelos princípios seculares da honestidade e não causar lesão a outrem.

Dessa forma, com a imposição de regime prisional mais severo, retribui-se pela conduta 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; acrescenta-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-

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

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

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

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

III – Conclusão

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

Recurso preso (fls. 161). O apelante permanecerá nessa condição, pois ainda subsistem os motivos para sua prisão. Ele ficou preso durante toda a tramitação, por crime equiparado a hediondo, combatido mundialmente, logo, para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, a custódia é a melhor medida.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.