



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000346857

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500288-27.2024.8.26.0552, da Comarca de Leme, em que é apelante DANIEL VITOR DA SILVA VIEIRA, 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: **Rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, com determinação nos termos do voto do E. Relator. V.U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16319

Apelação Criminal nº 1500288-27.2024.8.26.0552

Comarca: Vara Criminal de Leme

Juiz de Direito: doutor Sansão Ferreira Barreto

Apelante: Daniel Vitor da Silva Vieira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Daniel, menor de 21 anos, foi condenado a cinco anos de reclusão em regime inicial fechado e 500 dias-multa por tráfico de drogas, conforme artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Em 20.7.2024, em Leme/SP, transportava cocaína, crack e maconha sem autorização. Durante patrulhamento, policiais viram-no dispensar sacolas com drogas ao fugir de abordagem.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em (i) nulidade das provas por ilegalidade na abordagem e busca pessoal; (ii) absolvição por insuficiência de provas; (iii) aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas; (iv) fixação de regime inicial aberto.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A abordagem policial foi legal, com base em fundada suspeita, conforme artigo 244 do CPP, devido ao comportamento suspeito do recorrente em local conhecido por tráfico.

2. As provas são robustas, incluindo depoimentos de policiais e laudos periciais, confirmando a autoria e materialidade do delito. A negativa do recorrente não convence frente às evidências.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso desprovido.

2. *Tese de julgamento:* 1. A legalidade da abordagem policial justifica-se pela fundada suspeita. 2. A quantidade e diversidade de drogas apreendidas indicam envolvimento com o tráfico, impedindo a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Constituição Federal, art. 5º, incisos XLIII e XLVI; art. 144, incisos IV e V, § 4º e § 5º; Código de Processo Penal, art. 244, art. 188, art. 157, art. 283, art. 387, § 2º; Código Penal, art. 33, §§ 2º e 3º, art. 44, inciso I, art. 59; Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e § 4º; Lei nº 8.072/1990, art. 2º, parágrafo 1º; Lei nº 9.455/1997, art. 1º, parágrafo 7º; Lei nº 11.464/2007.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, AREsp nº 2.459.539/RS, Rel. Min. Jesuíno Rissato, T6, j. 6.8.2024; STJ, AgRg no HC nº 867.599/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 18.12.2023; STF, HC nº 69657/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, j. 18.12.1992; STF, HC nº 82966/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, j. 20.05.2003; STF, HC nº 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 23.02.2006; STF, HC nº 91360/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. 13.05.2008; STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma, RTJ, 148:490; STJ, AgRg no REsp nº 1390118/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, T6, j. 23.5.2017; STJ, AgRg no AREsp nº 973919/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, T6, j. 23.5.2017; STJ, HC nº 389132/SP, Rel. Min. Félix Fischer, T5, j. 16.5.2017; STJ, HC nº 306536/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 18.5.2017; STJ, HC nº 389871/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 16.5.2017; STJ, HC nº 386049/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 16.5.2017; STJ, HC nº 363726/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 9.5.2017; STJ, AgRg no REsp nº 1635522/ES, Rel. Min. Félix Fischer, T5, j. 18.4.2017; STJ, HC nº 175577/SP, Rel. Min. Og Fernandes, T6, j. 4.10.2011; STJ, HC nº 212990/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, T5, j. 4.10.2011.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 153/154

O apelante, **Daniel** (menor de 21 anos, fls. 9), 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**, com possibilidade de apelar em liberdade, porque em 20.7.2024, por volta das 10 horas e 30 minutos, na confluência da Rua

Eugênio Ravanini com a Rua Francisco Mascarim, Jardim Primavera, Leme/SP, trazia consigo e transportava, para fins de entrega ao consumo de terceiros, cento e cinco (105) invólucros contendo 91,0 gramas de cocaína; cinquenta e oitenta (80) porções de crack, pesando 16,0 gramas; e cinco (5) porções de maconha, pesando 120,0 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Policiais militares realizavam patrulhamento em conhecido “ponto de tráfico” e viram o recorrente em uma motocicleta, na companhia de três pessoas. Ao perceberem a presença da viatura, os indivíduos alertaram o apelante, que dispensou ao solo uma sacola branca e fugiu. Durante a fuga, ele dispensou ao solo outra sacola branca, mas acabou caindo da moto e foi abordado pelos policiais. Os outros três indivíduos conseguiram fugir sem serem abordados. Em revista pessoal, nada ilícito foi localizado em poder do apelante. Contudo, ao verificarem as sacolas por ele dispensadas, os policiais encontraram 105 porções de “cocaína, 5 porções de “maconha” e 80 porções de “crack”. As drogas foram apreendidas e o recorrente conduzido à Delegacia de Polícia.

No apelo oferecido pela ilustre Defesa requereu-se **a)** em preliminar, nulidade das provas, diante da ilegalidade da abordagem e busca pessoal; **b)** absolvição por insuficiência de provas; **c)** incidência do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas; e **d)** regime inicial aberto (fls. 169/176).

Contrarrazões a fls. 180/184, para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 7.11.2024 (fls. 165).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 192/207).

A prova oral foi colhida e gravada por meio audiovisual no SAJ, fls. 163/164.

II – Fundamentação

A preliminar deve ser rejeitada.

A teor do artigo 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal justifica-se **quando existente fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.**

Na espécie, a abordagem policial e busca pessoal deram-se de forma legal, tendo em vista a existência de fundada suspeita de que o recorrente portava algo ilícito, pois encontrava-se a bordo de uma motocicleta em local conhecido como ponto de tráfico e portando duas sacolas, certo que, ao ser avisado pelos indivíduos com quem conversava sobre a aproximação da Polícia, encetou fuga, dispensando as duas sacolas com os entorpecentes, lembrando-se, ainda, que os policiais tinham informações de que era responsável pelo abastecimento de drogas na região, justificando, ainda mais, sua abordagem, sobretudo diante do contexto em que foi surpreendido.

Nesse sentido:

“EMENTA AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABORDAGEM POLICIAL. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CARACTERIZADA. DISPENSA DE SACOLA CONTENDO ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO AFASTADA. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta

Corte, o artigo 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). 2. No caso, o Tribunal de origem consignou que, "Segundo os policiais, ao ser abordado, o réu teria empreendido fuga e ingressado em uma casa, não sem antes dispensar um invólucro contendo um tijolo de maconha, pesando 809g". 3. Na linha dos precedentes desta Corte, o fato de estar o indivíduo em local conhecido como ponto de tráfico, dispensar objetos e empreender fuga ao avistar guarnição policial, constitui fundada suspeita da posse de corpo de delito, apta a autorizar a busca pessoal. 4. Agravo conhecido e recurso especial provido para afastar a absolvição do agravado e restabelecer a sentença condenatória." (STJ - *AREsp* n. 2.459.539/RS – T6 – Sexta Turma - Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – J. 6.8.2024 - DJe 8.8.2024).

"1. Como é de conhecimento, para a realização de busca pessoal, nos termos do artigo 244, do Código de Processo Penal, exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. Na hipótese, nos moldes da conclusão da Corte local, atesta-se a legalidade da abordagem feita contra o ora paciente pelos policiais militares, que se deu diante da atitude suspeita do acusado que, ao visualizar a aproximação dos policiais, em local conhecido pelo comércio ilícito de entorpecentes, apressou-se em ocultar algo dentro de bolso da bermuda que trajava. Esse fato, sugestivo de que algo ilegal pudesse estar em curso, chamou a atenção dos policiais, os quais, assim, decidiram abordar o paciente. Com a abordagem, o paciente foi revistado e os policiais encontraram no bolso da bermuda dele seis pedras da substância estupefaciente conhecida como crack, em situação desconforme à lei. Nessa

situação, é possível extrair, a partir da documentação carreada aos autos, elementos fáticos que justificam a decisão de realizar a abordagem e a busca corporal. 3. Ademais, verificada justa causa para a realização da abordagem policial, tomando-se como base o quadro fático delineado pelas instâncias antecedentes, alcançar conclusão em sentido diverso demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, incabível na via do habeas corpus (HC 230232 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 02-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n, DIVULG 06-10-2023, PUBLIC 09-10-2023). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ - **AgRg no HC n. 867.599/PE** – T5 – Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 18.12.2023 - DJe 20.12.2023).

Não se pode deixar de lado a experiência do funcionário público que executa determinada diligência. Por isso mesmo ele especializa-se e realiza cursos de aprimoramento. Sua sensibilidade sobre o que aconteceu não pode ser desprezada. (pelas **"regras de experiência"**, previstas no artigo 335 do Código de Processo Civil, revogado 1973, repetido no artigo 375 do Novo Código de Processo Civil, de 2015, ("regras de experiência comum", normas ditadas pela cultura geral do homem comum (....) são aplicadas na falta de regras específicas sobre prova legal (....) ou presunções legais" (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6ª ed. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 353). "Embora individuais, adquirem autoridade porque trazem consigo a imagem do consenso geral, pois certos fatos e certas evidências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social" (Gonçalves, RP 37/85)" (NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed., rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 614), aplicável pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, na falta de normas jurídicas particulares, pode-se aplicar essas regras).

Julga-se o mérito.

O recurso não comporta provimento, subsiste a respeitável sentença proferida pelo culto e dedicado Magistrado, doutor Sansão Ferreira Barreto, 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. 16/20, auto de exibição e apreensão de fls. 26/28, auto de constatação preliminar de fls. 29 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 108/110, maconha, cocaína e crack foram apreendidos.

A *autoria* é atribuível ao recorrente.

No distrito, **ele negou o crime**. É usuário de drogas há aproximadamente três anos. **Enquanto estava no local, escutou pessoas gritando que a Polícia estava chegando e saiu com sua moto, mas não tentou fugir. Foi abordado pelos policiais a cerca de cem metros, quando deslizou com a moto, mas não chegou a cair. Nada de ilícito foi encontrado o interrogando. Não estava com dinheiro pois pagaria a droga no Pix. É conhecido pelo vulgo “Gordinho”. Não tem apelido de “Corote”. Não viu os policiais encontrando as drogas. Não estava com nenhuma sacola. Já foi abordado pelos policiais nas imediações, em uma mercearia. Sempre comprava drogas naquele local. Trabalha como autônomo, como entregador IFood e outros restaurantes. No local estavam diversos familiares seus. Os policiais não deram ordem de parada ou sinal sonoro para o interrogado (fls. 6/7).**

Em Juízo, **o apelante negou o delito**. Trabalha como motoboy. Estava no local comprando um “eppendorf” de maconha e realizaria o

pagamento no PIX, ocasião em que os moleques gritaram e o interrogando saiu do local com sua motocicleta, tendo sido abordado a cerca de cem metros, mas não dispensou sacola alguma. Não tem vulgo de “Corote”. Conhecía os policiais. Acredita que foi acusado por ter parentes envolvidos com o tráfico ilícito.

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 não convence.

André, policial militar, afirmou que realizavam patrulhamento pelo Jardim Primavera, conhecido pela alta incidência do tráfico ilícito de drogas, e, assim que ingressaram na Rua Eugênio Ravanini, **visualizaram uma motocicleta conduzida pelo recorrente, conhecido nos meios policiais por fazer a distribuição de drogas naquele bairro, assim como já haviam sido informados pelo investigador Vander da Polícia Civil, que noticiava, ainda, o apelido dele, “Corote”. Ele estava com duas sacolas em uma das mãos e conversava com três jovens que trabalhavam naquela biqueira.** Ao notarem

a presença da viatura, eles avisaram o apelante e correram sentido “bananal”. O **recorrente, por sua vez, passou a conduzir a motocicleta de forma mais rápida e, no trajeto, dispensou um sacola, bem como, mais à frente, a outra, mas caiu do veículo ao tentar acessar uma área de mata, ocasião em que foi alcançado e contido. O depoente retornou ao local onde o apelante havia dispensado as sacolas e, em uma delas, localizou cinco porções de maconha. Já na outra, encontrou aproximadamente cem “eppendorfs” de cocaína e oitenta pedras de crack.** Retornou ao local da abordagem e deu voz de prisão ao recorrente. A mãe dele compareceu ao local e, juntamente com outros populares, tentou impedir a prisão do apelante. Contiveram a mãe dele e conduziram-no à Delegacia. Já abordou o recorrente em outra ocasião e, após os fatos, viu-o trafegando no mesmo bairro duas vezes. O policial Vander já cumpriu mandado de busca e apreensão na casa do apelante, mas nada foi encontrado. No entanto, tinham informações inclusive do horário que ele realizava o abastecimento de drogas.

Bruno, policial militar, depôs que realizavam patrulhamento pelo Jardim Primavera e, assim que ingressaram na via dos fatos, **visualizaram o recorrente em uma motocicleta e três indivíduos ao lado dele. Quando se aproximaram, os três indivíduos correram em direção a uma plantação de bananeiras, enquanto o apelante saiu a bordo da motocicleta e, logo em seguida, dispensou duas sacolas.** Ele foi acompanhado por cerca de cento e cinquenta metros, até que desequilibrou-se e caiu no chão, ao tentar passar por um trilho atrás da plantação. Nesse momento, ele foi abordado e **o cabo André dirigiu-se ao local em que o recorrente foi visto dispensando as sacolas. Ele localizou as sacolas e, dentro delas, encontrou os entorpecentes.** O apelante estava de costas e os três indivíduos que estavam com ele avisaram-no, momento em que ele olhou para trás e passou a conduzir a motocicleta, enquanto os meninos fugiram em direção à área de mata. **Enquanto conversava com os meninos, o recorrente estava com algo na mão.** Aquela

rua é conhecida como ponto de tráfico, existindo “olheiros” que avisam os traficantes. O apelante já estava sendo investigado pelo policial Vander, da Polícia Civil, existindo informações de que ele fazia a “soltura” de drogas naquele local. Questionado, o recorrente negou o tráfico ilícito.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, pois afirmaram que viram-no em conhecido ponto de tráfico e em poder de duas sacolas, tendo fugido e dispensado referidas sacolas no trajeto, as quais foram recuperadas após sua abordagem, constatando-se que em seu interior havia entorpecentes. Inexiste razão para rechaçar as suas narrativas, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

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

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

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

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

Ademais, os depoimento dos policiais militares confirmam o dito pelo policial civil Vander na fase policial, pois informou que *“já conduziu investigações referentes ao indiciado DANIEL VITOR DA SILVA pelo suposto envolvimento deste com o tráfico de drogas. Que DANIEL é conhecido pelo apelido de "COROTE". Que DANIEL é constantemente alvo de denúncias anônimas de tráfico de drogas, indicando inclusive que este seria gerente de pontos de venda de drogas e subordinado de outro traficante bastante conhecido dos meios policiais, de apelido "COXINHA". Que DANIEL seria o responsável por abastecer os pontos de venda de drogas na região da "parte baixa" do Bairro Jardim Primavera. Que o modo de atuação de DANIEL é que ele realizaria o abastecimento de drogas e recolheria o dinheiro das vendas utilizando uma motocicleta. Que acreditam que DANIEL possua uma "casa bomba", ou seja, um lugar onde ficam armazenadas as drogas que ele realiza a distribuição, pois já solicitaram mandados de busca na casa de DANIEL por duas ocasiões e em ambas nada de ilícito foi encontrado. Que apesar disso são recorrentes, e oriundas de diversas fontes, as informações de que DANIEL pratica o tráfico de drogas conforme o modus operandi descrito”* (fls. 74).

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

Acrescente-se que o artigo 33 da Lei de Tóxicos prevê diversas condutas. No caso, o apelante trazia consigo e transportava entorpecentes para o comércio, condutas que também se tipificam e devem ser combatidas. A destinação mercantil ficou demonstrada pela considerável quantidade de drogas apreendidas e pelo contexto em que foi surpreendido, isto é, em poder de duas sacolas com as drogas, em conhecido ponto de tráfico, sem olvidar que os

policiais tinham informações de que ele era responsável pelo abastecimentos das “biqueiras” da região.

Para a configuração do narcotráfico não 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 quinhentos (500) dias-multa.

Na **segunda fase**, nada obstante a presença da atenuante da menoridade relativa, a pena permaneceu no mesmo patamar, porque *“as atenuantes, ao contrário das minorantes, nunca podem levar a pena privativa da liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo (cf. precedentes do Pretório Excelso e Súmula n. 231 STJ) (...)”* (RSTJ 161/494). Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Posição esta que, majoritariamente, prevalece no Estado de São Paulo: cf. RT 795/623, 755/615, 735/588, apenas para ilustrar.

Na **terceira fase**, **embora primário e sem antecedentes (fls. 99)**, o **recorrente não faz jus à causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006**, pois foi surpreendido em conhecido ponto de tráfico ilícito e em poder de considerável quantidade e diversidade de entorpecentes (cento e cinco (105) invólucros contendo 91,0 gramas de cocaína; cinquenta e oitenta (80)

porções de crack, pesando 16,0 gramas; e cinco (5) porções de maconha, pesando 120,0 gramas), além da existência de informações de que era responsável por levar as drogas a serem comercializadas aos pontos de tráfico da região, tanto que foi flagrado a bordo de uma motocicleta com duas sacolas contendo os entorpecentes, em contato com três indivíduos que estavam na “biqueira”, a evidenciar que não era principiante e estava envolvido com algo maior e organizado, traficantes de maior porte, caso contrário, não teria função tão relevante na hierarquia do tráfico.

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.

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 artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas." - **AgRg no REsp 1390118/PR** - Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017. No mesmo sentido: **AgRg no AREsp 973919/MG** - Relator Ministro Nefi Cordeiro - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017; **HC 389132/SP** - Relator Ministro Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 31.5.2017; **HC 306536/PE** - Relator Ministro Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 18.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 389871/SP** - Relator Ministro Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 386049/SP** - Relator Ministro Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 19.5.2017; **HC**

363726/RS - Relator Ministro Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 9.5.2017 - DJe em 17.5.2017; **AgRg no REsp 1635522/ES** - Relator Ministro Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 18.4.2017 - DJe em 17.5.2017; **HC 175577/SP** - Relator Ministro 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.

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

O regime é o inicial fechado.

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

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

aplicação do direito. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247). Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas consequências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessite a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (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 e a primariedade do

apelante, o crime é concretamente grave, pois foi surpreendido com considerável quantidade de entorpecentes, de diversas naturezas, entre eles, cocaína e crack, de elevado potencial lesivo, além da existência de informações de que exercia função relevante na hierarquia do tráfico, sendo responsável pelo abastecimento dos pontos de tráfico, 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 zelares 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.

Não existiu ofensa às Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, pois o regime prisional decorreu das circunstâncias do crime, e não de mera opinião do Magistrado.

Com a nova redação do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescenta-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

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

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

O 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 pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

Recurso em liberdade (fls. 161). Por força do entendimento firmado, por maioria, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no sentido de ser constitucional a regra inserta no Código de Processo Penal (artigo 283), que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena, expeça-se mandado de prisão após o trânsito em julgado da condenação.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.