



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000367008

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501021-14.2024.8.26.0545, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MOISÉS FERREIRA DE GODOY.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso ministerial para condenar Moisés Ferreira de Godoy à pena de cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput”, c/c artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, 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 ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16344

Apelação Criminal nº 1501021-14.2024.8.26.0545

Comarca: 1ª Vara Criminal de Bragança Paulista

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Nicole de Almeida Campos Leite Colombini

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Moisés Ferreira de Godoy

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra sentença que absolveu Moisés Ferreira de Godoy das acusações de tráfico de drogas, conforme artigos 33 e 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. O réu foi flagrado com 72 papелotes de cocaína e a quantia de R\$ 370,00. A defesa requereu a manutenção da sentença absolutória.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar a validade da abordagem policial e a suficiência das provas para condenação por tráfico de drogas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A abordagem policial foi considerada válida, pois estava amparada em fundada suspeita, conforme artigo 244 do Código de Processo Penal, em local conhecido pelo tráfico de drogas.

4. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por provas documentais e testemunhais, incluindo a confissão do réu em juízo.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso provido para condenar Moisés Ferreira de Godoy à pena de cinco anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal.

TESE DE JULGAMENTO: 1. A abordagem policial é válida quando baseada em fundada suspeita. 2. A confissão e as provas testemunhais são suficientes para a condenação por tráfico de drogas.

LEGISLAÇÃO CITADA:

CF/1988, art. 5º, X e XLIII;

CPP, arts. 244, 283;

Lei nº 11.343/06, arts. 33, caput, e 40, III.

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.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 146/147

Trata-se de apelação interposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** em face da respeitável sentença que absolveu **Moisés Ferreira de Godoy** das penas do **artigo 33, “caput”, c/c artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06**, com fundamento no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal, devido ao reconhecimento de nulidade pela abordagem policial.

Segundo a inicial acusatória (fls. 78/81 e 100), no dia **26.7.2024, por volta das 23h30min**, na Rua Bela Vista, nº 107, Parque Brasil, Bragança Paulista/SP, trazia consigo e guardava 72 papелotes de cocaína (74 gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Apurou-se que, na data dos fatos, Moisés trazia consigo 38 (trinta e oito) papелotes de cocaína, e guardava 34 (trinta e quatro) papелotes de cocaína, para posterior entrega a consumo de terceiros. Policiais militares estavam em patrulhamento de rotina pelo bairro do Cruzeiro e, ao ingressarem na rua Bela Vista, avistaram Moisés, já conhecido dos meios policiais, e realizaram a abordagem. Em revista pessoal, os policiais encontraram 38 papелotes de cocaína em uma bolsa que o apelado portava, além da quantia de R\$ 370,00 em espécie e notas diversas no bolso traseiro de sua calça. Próximo ao recorrido, na calha de uma residência, os policiais encontraram mais 34 papелotes de cocaína.

A denúncia foi aditada (fls. 100) para constar a causa de aumento de pena, artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, sendo regularmente recebida pelo Juízo (fls. 102).

Nas razões de apelação, a Acusação sustentou a condenação do apelado nos termos da denúncia e aditamento (fls. 160/168).

Contrarrazões da Defesa (fls. 187/192), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado à Defesa em 7.2.2025 (fls. 182).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento do apelo (fls. 204/211).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 152).

II – Fundamentação

Inicialmente, convém pontuar que não houve nulidade pela abordagem policial.

Verifica-se que, em horário avançado da noite, às 23h30min, os policiais realizavam regular patrulhamento em local bastante conhecido pela venda de drogas e visualizaram o apelado, pessoa conhecida nos meios policiais, em local sem iluminação, portando uma pochete e parado na esquina onde os traficantes da região geralmente comercializam entorpecentes.

Embora os policiais tenham afirmado que a abordagem foi “de praxe”, é certo que estava amparada em elementos concretos e objetivos que despertaram o interesse policial, com vistas à inibição do narcotráfico persistente no local dos fatos.

Não se trata de abordagem sem critério, com base na aparência física ou preconceito. O apelado estava em local dedicado ao ponto de drogas, parado em uma esquina e em horário avançado da noite, conforme já citado.

Consoante o disposto no artigo 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal é justificada quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

Essa é uma das hipóteses excepcionais em que a legislação admite a mitigação da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, X, da Constituição Federal, justamente por se tratar de medida necessária à apuração das infrações penais, desde que amparada em indícios objetivos e realizada dentro dos limites legais, é o caso dos autos.

Logo, considerando que o motivo da abordagem estava amparado em elementos concretos, são válidas as provas produzidas a partir da abordagem e a apreensão das drogas, estando plenamente justificada a diligência policial.

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 Rogerio 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). Grifou-se.

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 apelo comporta acolhimento, respeitando o entendimento da culta e dedicada Magistrada, doutora Nicole de Almeida Campos Leite Colombini.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 2, boletim de ocorrência de fls. 7/9, auto de exibição e apreensão de fls. 11, laudo de constatação preliminar de fls. 12/13, fotografias de fls. 24/26, laudos definitivos de fls. 82/84 e 85/87, laudo pericial do celular de fls. 109/113, laudo pericial do local de fls. 88/91 e prova produzida em Juízo, cocaína foi apreendida.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelado.

No distrito, **negou o delito**. As drogas não lhe pertencem e não foram encontradas com ele (fls. 5).

Em Juízo, **confessou a acusação**. Trabalhava com calhas junto com o pai. Seu quarto filho estava para nascer. Foi abordado com as drogas.

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 admitida.

Sérgio, policial militar, depôs que não o conhecia previamente. **Optaram pela abordagem porque o local é conhecido pelo tráfico de drogas. Em busca pessoal, encontraram uma certa quantidade de drogas na pochete e dinheiro no bolso.** Duas casas abaixo, localizaram mais uma quantidade de drogas na calha. **As porções eram semelhantes.** Havia pessoas na rua, mas não perto dele. O local e a maneira como o apelado estava chamou atenção, encontrava-se na esquina, assim como a maioria dos traficantes da região.

Rodrigo, policial militar, depôs que já abordou o apelado algumas vezes, inclusive no mesmo local. **É bastante conhecido pela prática de tráfico de entorpecentes e circulação de usuários de drogas. Moisés ficava no mesmo horário e local há algum tempo.** Em abordagens anteriores, ele não sabia explicar o que estava fazendo naquele endereço. Encontraram 37 ou 38 porções de cocaína. No bolso, havia R\$ 370,00 em dinheiro. Efetuaram buscas pelo local. **Em uma calha, localizaram mais porções de cocaína em embalagem idênticas.** As luzes do local foram quebradas para dificultar a visualização dos indivíduos. É de praxe abordar as pessoas que ficam na mesma esquina.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrido, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há razões para rechaçar seus depoimentos. Pelo contrário, é fundamental ressaltar a ausência de indícios de qualquer intenção deliberada de prejudicar o recorrido. Tampouco há evidências de falsidade em suas declarações. Seu propósito é expor os resultados de seu trabalho, visando coibir a disseminação de crimes.

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

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

O conjunto probatório é contundente.

O artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tipifica diversas condutas e, como tipo penal misto alternativo, não exige que o agente seja flagrado comercializando substâncias entorpecentes. A realização de uma ou mais dessas ações é suficiente para caracterizar o delito.

Aliás, 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 - Rel. Des. Guilherme G. Strenger - J. em 29.1.2020).

No caso, Moisés trazia consigo **38 porções de cocaína** e guardava mais **34 porções da mesma substância**, totalizando 56,8 gramas de massa líquida (fls. 83 e 86), além de R\$ 370,00 provenientes do comércio ilícito.

Em Juízo, admitiu a conduta e os policiais ratificaram os depoimentos iniciais, ressaltando o encontro das drogas em local típico do narcotráfico.

Portanto, a condenação é medida de rigor.

Dosimetria.

Na primeira fase, a pena-base pode ser fixada no mínimo legal, pois a quantidade de entorpecente, ainda que não seja ínfima, também não é exagerada (72 porções de cocaína, com 56,8 gramas), tem-se cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

Na segunda fase, a atenuante da confissão espontânea, externada em Juízo, pode ser integralmente compensada com a agravante da reincidência (1502016- 46.2020.8.26.0099, art. 180 CP, fls. 35), logo, a pena não se altera.

Na terceira fase, a recidiva inviabiliza a aplicação da causa de diminuição prevista no **art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006**, nos termos do próprio dispositivo, até porque evidencia o envolvimento do apelado com a

criminalidade.

Nesse sentido: "(...) *reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes.*" (STJ - **Habeas Corpus nº 427.620/SP** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. em 15.3.2018 - DJe em 20.3.2018). Ainda, (...) "*A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.*" (STJ - **AgRg no HC 468.578/MG** - T5 - Quinta Turma - Relª. Minª. Laurita Vaz - J. em 19.2.2019 - DJe em 11.3.2019).

Não se cogita de inconstitucionalidade da norma, ao contrário, o art. 5º da Carta Magna menciona o princípio da igualdade e a necessidade da individualização da pena. Ora, se fossem tratados igualmente duas pessoas, um reincidente e a outra não, o princípio da isonomia seria violado, ademais, não se poderia individualizar concretamente uma sanção penal se ela não fosse levada em conta. É uma questão de lógica não igualar o reincidente do que é primário.

Por outro lado, incide a **causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III da Lei de Drogas**. A perícia realizada no local dos fatos (fls. 88/91) comprovou que o delito foi praticado nas proximidades de estabelecimento de ensino, aproximadamente a 380 metros, devendo haver acréscimo de 1/6, tem-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

“1. O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, é suficiente que o tráfico de drogas tenha sido praticado nas imediações dos locais especialmente protegidos pela norma, sendo desnecessário que a mercancia tenha como alvo os frequentadores destes estabelecimentos” (*AgRg no REsp 1789089/RS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 6.2.2020 – Dje 12.2.2020). No mesmo sentido: *AgRg no Resp 1845613/SC* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 4.2.2020 – J. 12.2.2020 e *HC 480887/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Félix Fischer – J. 7.2.2019 – DJe 19.2.2019.

A pena é final, pois nada mais a modifica.

O valor unitário do dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o inicial fechado.

Para fixar o 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 Código Penal; **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 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 (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).

O apelado registra histórico criminal desfavorável, com anotação **reincidência**, isso revela que não se emendou. Deveria saber das más consequências da realização de um delito e, ao contrário de arrepender-se, reitera a atividade delitiva por acreditar na impunidade.

Denota, pois, periculosidade, ousadia, personalidade desvirtuada e conduta social imprópria, não respeita os princípios ético-jurídicos da sociedade, "viver honestamente" e "não lesar outrem".

Ainda que as substâncias apreendidas não sejam numerosas, é certo que a natureza (cocaína) é especialmente nociva à saúde pública.

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 dos critérios previstos no art. 59.*” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ, 148:490).

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).

Embora divergente nos pretórios, já se decidiu que: “*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.

Dessa forma, retribui-se pela conduta delituosa; previne-se que não ocorra mais e proporciona-se que reflita sobre seus atos, voltando ao convívio em sociedade em harmonia.

Não há possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos ou "sursis". A pena corporal não comporta a benesse, é superior a quatro (4) anos e o apelado é reincidente (art. 44, incisos I e II, do Código Penal). Caso isso fosse feito, não teria consciência da ilicitude da conduta.

O art. 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 provimento do recurso ministerial para condenar **Moisés Ferreira de Godoy** à pena de cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, e ao pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no **artigo 33, “caput”, c/c artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06.**

Recurso livre (fls. 150). 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 (art. 283), que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena, expeça-se mandado de prisão em desfavor do apelado após o trânsito em julgado da condenação.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.