



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000377312

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1541794-34.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado KLEBER CAMARGO PRADO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO ao recurso da defesa e DERAM PROVIMENTO ao recurso da acusação para, reconhecida a agravante da reincidência, readequar as penas de Kleber Camargo Prado para 08 (oito) anos de reclusão, com regime fechado, e 800 (oitocentos) dias-multa, no piso legal, mantendo, no mais, a sentença condenatória 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 FARTO SALLES (Presidente) E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1541794-34.2024.8.26.0050

Apelante/Apelado: Kleber Camargo Prado

Apelado/Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo - SP

Magistrado: Fabrizio Sena Fusari

Voto 11153

Ementa. Direito Penal. Apelação. Tráfico de Drogas. (Artigo 33, “caput”, da Lei 11343/06). Pleito da acusação pelo reconhecimento da reincidência e sua compensação integral com a atenuante da confissão. Possibilidade. Pleito da defesa pela diminuição da pena-base ao mínimo legal ou redução da fração de aumento. Não cabimento. Condenação mantida. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas. Validade. Confissão espontânea do réu. Traficância caracterizada. Regime prisional inicial fechado único possível. Apelo da acusação provido. Apelo da defesa desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Kleber Camargo Prado, contra a sentença (fls. 106/111), que o condenou como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, a cumprir a pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagar 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no mínimo legal, com regime prisional inicial fechado, buscando a diminuição da pena base ao mínimo legal ou redução da fração de aumento (fls. 150/159).

E, igualmente irresignado, recorreu o Ministério Público (fls. 135/139), pleiteando a reforma parcial da decisão de primeiro grau para que seja mantida a penabase exasperada em 3/5 na primeira fase da dosimetria da pena e, na segunda fase, seja reconhecida a agravante da reincidência e haja compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, chegando-se à pena final de 08 anos de reclusão em regime fechado e 800 dias-multa no valor mínimo.

Foram contra-arrazoados os apelos (fls. 144/149 e 162/166).

A Procuradoria de Justiça, no seu parecer, ofertou manifestação pelo desprovimento do recurso da defesa e provimento do recurso ministerial (fls. 177/183).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

O recurso da acusação comporta provimento e o recurso defensivo não comporta provimento.

O apelante apelado foi condenado pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 31 de outubro de 2024, por volta das 10h30min, na Rua Gregório de Torres, 446, na Travessa Vicentina, no Jardim Iporanga, na Cidade e Comarca de São Paulo, trazia consigo, para fins de tráfico, fornecimento e entrega a consumo de terceiros, 100 (cem) porções de *tetrahydrocannabinol*, sob a forma de maconha, com peso líquido de 280,10 gramas, 119 (cento e dezenove) porções de *tetrahydrocannabinol*, sob a forma de skunk, com peso líquido de 21,90 gramas, 25 (vinte e cinco) porções de cocaína, sob a forma de crack, com peso líquido de 12 gramas, 90 (noventa) porções de cocaína, com peso líquido de 17,40 gramas, e 03 (três) porções de cloreto de metileno, popularmente conhecido como lança-perfume, com peso líquido de 39,50 mililitros, substâncias entorpecentes e que determinam dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, na ocasião, policiais civis efetuavam o cumprimento de mandado de busca, referente ao Processo 1540292-60.2024.8.26.0050, no local dos fatos, ocasião em que avistaram o acusado na companhia de um segundo indivíduo, que, ao avistar a guarnição, fugiu correndo, o que deu ensejo à abordagem de Kleber.

Ato contínuo, em revista na bolsa, que o acusado trazia consigo, foram localizadas 100 porções de maconha, 119 de skunk, 25 de crack, 90

de cocaína e 03 de lança-perfume, além de papéis com anotações do tráfico.

Assim, o acusado foi preso em flagrante e conduzido ao distrito policial, onde optou por permanecer em silêncio.

A quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos e o modo como se encontravam acondicionados deixam claro que as drogas tinham como destino a mercancia ilícita.

A materialidade resultou evidenciada através do auto de prisão em flagrante (fls. 01/05), boletim de ocorrência (fls. 06/09), auto de exibição e apreensão (fls. 11/12), laudo de constatação preliminar (fls. 17/22), fotografia (fl. 24), termo de retificação de laudo pericial (fls. 53/54), laudo (fls. 76/83), pela prova oral coligida nos autos, bem como pelo laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 84/87), que revelou resultado positivo para *maconha, skunk, lança perfume, cocaína e cocaína na forma de crack*.

A autoria, do mesmo modo, é incontroversa.

O acusado Kleber Camargo Prado, na Delegacia de Polícia, fez opção pelo silêncio.

Em Juízo, o réu confessou a prática do delito. Disse que trabalhava com reciclagem e estava em situação de rua. Ofereceram dinheiro para que levasse a bolsa com drogas até Santo Amaro. Sabia que havia drogas na bolsa. Não sabia das folhas de anotações de drogas. Não conhecia o rapaz que saiu correndo. Depois que saiu da cadeia, trabalhava com reciclagem, mas recebia muito pouco e não conseguiu outra oportunidade de trabalho.

A testemunha Guilherme Eduardo Cardoso, policial civil, ouvido na fase inquisitiva e em Juízo, sob o crivo do contraditório, afirmou que estava realizando cumprimento de mandado de busca na localidade e procuravam pelo numeral da residência objeto do mandado, quando avistaram o réu de costas manipulando objetos no chão. Havia uma bolsa ao seu lado. Sua atitude chamou atenção da equipe. Deduziu que o réu estaria manipulando entorpecentes, o que acabou se confirmando. Havia outra pessoa com o réu que logrou êxito em se evadir. Depois da abordagem, descobriu que o local era um ponto de tráfico de drogas. As drogas estavam na bolsa ao lado do réu. Não conhecia o acusado. Estavam em três equipes para cumprimento dos mandados. Uma das equipes encaminhou Kleber para

a Delegacia de Polícia. Havia anotações de tráfico. O réu disse que havia perdido.

A testemunha Marco Antônio Matias Peixe, policial civil, ouvido na fase inquisitiva e em Juízo, sob o crivo do contraditório, afirmou que estavam em operação do Departamento de Homicídios para cumprimento de mandados de busca. Estavam no local que era uma comunidade e em uma das esquinas de uma viela depararam-se com dois indivíduos que estavam fazendo uma contagem das drogas para iniciar as vendas. Um deles correu; o outro foi rendido e não ofereceu resistência. Os fatos se deram às 10:00 horas. Apreenderam anotação de caderno com contabilidade de tráfico e as drogas que estavam com eles. Havia mais de um tipo de drogas. Não conhecia o acusado. Ele não parecia estar sob efeito de drogas. O réu disse que tinha que ganhar o pão de cada dia e que já tinha tirado cadeia. O menino que fugiu anotava a contabilidade, enquanto o réu separava a droga.

Assim, a prova resultou cristalina de que o tráfico ocorreu e foi cometido pelo apelante, merecendo inteira credibilidade a versão ofertada pelas testemunhas policiais na fase policial e em Juízo, que conta ainda com a confissão espontânea do réu, formando uma boa e robusta prova incriminadora.

Verifica-se que, no caso vertente, a prova oral é robusta em apontar a prática do delito do artigo 33, *caput*, da Lei Federal 11343/06, por parte do apelante.

A começar pela confissão do acusado, realizada em Juízo, sob o crivo do contraditório e na presença de seu defensor. Assinalo que não há nos autos qualquer motivo para desacreditar nessa confissão, eis que também corroborada pelo restante do conjunto probatório, de modo que se afigura como prova válida e eficaz, consoante artigo 197 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

“A confissão judicial, exceto especialíssimas circunstâncias, tem especial valor para o deslinde da causa, mormente quando se encontra em consonância com os demais elementos de convicção coligidos no processo, sob o crivo do contraditório, não pairando dúvidas quanto à prática delituosa e à autoria atribuída aos apelantes. Assim, é o que basta para a fundamentação da sentença condenatória, ainda que fosse a confissão o único elemento incriminador a pesar em desfavor dos réus, somente perdendo sua força se contrariada pelas provas colhidas em juízo, o que não é o caso” (TJSP, Apelação Criminal 990.09.274150-0, 14ª Câmara de Direito

Criminal, Relator Des. Marco Antônio de Lorenzi, Data de registro 23/04/2010).

“A confissão espontânea, não posta em dúvida por qualquer elemento nos autos, constitui prova valiosa para justificar a condenação” (TACRIM, Apelação 134.893-1/8, Relator Antonio Mansur, Julgado em 05/05/2003).

“A confissão judicial, sem margem para divagação doutrinária ou hermenêuticas, constitui elemento seguríssimo de evidente prova” (JUTACRIM 93/236).

Além disso, a admissão veio devidamente corroborada pelos coesos e detalhados depoimentos ofertados pelos policiais.

A jurisprudência pátria tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando como aqui, esteja coerente ao quadro probatório colacionado e não discrepe do produzido em sua essência.

Nesse sentido: *“Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade das testemunhas em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorre e desde que não tenham interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do Julgador” (JTJ LEX 176/314).*

Com efeito, os policiais, funcionários públicos que são, gozam de fé pública e seus depoimentos devem ser aceitos como verdadeiros, máxime quando encontram eco nos demais elementos trazidos para o bojo do processo.

De resto, é de maciça jurisprudência, prolatada inclusive pelas Cortes Superiores: *“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. Ordem denegada” (STJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Habeas Corpus 115516/SP, Julgado em 03/02/2009).*

Dessa forma, deve o depoimento de policiais ser tido como outro qualquer, ou seja, para desacreditá-lo, é necessário demonstrar a invalidade concreta e não apenas suposta.

Não há dúvida, portanto, de que todos os entorpecentes

apreendidos pertenciam ao acusado e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes, fato confirmado pelo próprio réu. A quantidade de drogas, que excede em muito o considerado para consumo próprio, bem como a forma que estavam acondicionadas, apontavam a destinação para o comércio clandestino.

Assim, constata-se que a prova oral, somada à apreensão de expressiva quantidade de drogas (*maconha, skunk, lança perfume, cocaína e crack*), durante a diligência, além de anotações com contabilidade de tráfico, do local dos fatos, conhecido ponto de venda de drogas, da forma de acondicionamento dos entorpecentes, prontos para a venda, da confissão espontânea do réu, bem como as circunstâncias da abordagem, são mais que suficientes para embasar um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas.

Evidente o dolo direto do agente, isto é, a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no tipo do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06.

Na verdade, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no artigo 33, da Lei de Drogas, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico.

Ademais, a quantidade de drogas apreendidas, e as demais circunstâncias do caso concreto, afastam a possibilidade de desclassificação para o delito de consumo, nos moldes do artigo 28, § segundo, da Lei 11343/06.

Ressalte-se, por outro lado, que o tipo penal em questão é de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, portanto, que o agente pratique qualquer um dos verbos nucleares (vender, guardar, transportar) contidos no artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, com a intenção de traficar entorpecentes, para que o delito previsto no dispositivo legal mencionado resulte configurado.

Além do mais, desnecessários atos de mercancia para a caracterização do delito de tráfico de entorpecentes, bastando a evidência, diante das circunstâncias, como as dos autos, que para tanto se destinassem os tóxicos regularmente apreendidos.

No mesmo sentido: “*Importante ressaltar, ainda, que para a configuração do crime de narcotráfico, sequer é exigido qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, não sendo necessária a*

traditio para consumação do delito” (RJTJSP, Apelação Criminal 0000272-15.2018.8.26.0470, Des. Marco Antônio Cogan, Data do Julgamento: 06/02/2020).

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a manutenção da condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11343/06, artigo 33, “caput”).

Em suma, o quadro probatório contém elementos de convicção, de modo a não deixar dúvidas sobre a prática, pelo recorrente, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, não se verificando, no caso em tela, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386, “caput”, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, diante do conjunto probatório coligido, não há dúvidas em relação à autoria e à materialidade do delito.

Portanto, inviável a aplicação dos princípios da presunção da inocência ou “*in dubio pro reo*”.

Inclusive, a própria defesa, em suas razões recursais, sequer impugnou a certa condenação, até em homenagem à coerência da linha defensiva.

Passo à análise das reprimendas impostas, restritos os limites de atuação recursal nesta instância, diante do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*.

E, inicialmente, o Juiz sentenciante, sopesadas as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42, da Lei de Tóxicos, corretamente fixou a pena base em 08 anos de reclusão e 800 dias-multa, considerando a expressiva quantidade, natureza e diversidade de drogas apreendidas, além dos maus antecedentes ostentados pelo réu, por crimes distintos do configurador da reincidência, além de exasperar a pena base do acusado também pois, conforme laudo pericial (fls. 76/83), foram apreendidas anotações de tráfico, régua, isqueiro, caneta e uma mochila, contendo a inscrição de numerais (15-3-3 PCC) que fazem menção à facção criminosa da capital paulista, circunstância que indicava seu envolvimento em organização criminosa, aptos a exasperar a pena base, extrapolando e muito os elementos inerentes ao tipo penal. Portanto, anotada a

obediência ao artigo 59, do Código Penal, e ao artigo 42, da Lei Federal 11343/2006, a pena base do réu foi corretamente fixada em 3/5 acima do mínimo legal, isto é, em 08 anos de reclusão e 800 dias-multa, tendo sido muito bem fundamentado pelo Juiz sentenciante tal aumento, dentro do seu âmbito de discricionariedade, diante das circunstâncias judiciais francamente desfavoráveis ao acusado.

Não há que se falar em fixação da pena base no mínimo legal ou redução da fração de aumento, pois nos termos do artigo 42, da Lei Federal 11343/2006, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59, do Código Penal, e podem justificar a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Nessa linha, vale atentar aos precedentes da jurisprudência superior:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PARTICIPAÇÃO DE MENORES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. 3. Nos termos do art. 42 da Lei 11343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado. 4. Hipótese em que a pena-base foi majorada, motivadamente, em um ano de reclusão, considerando o envolvimento de adolescentes no comércio ilícito de drogas, assim como a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas (25 buchas de cocaína e 19 de crack), o que não se mostra desproporcional. 5. O regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes. Habeas corpus não conhecido” (STJ, Habeas Corpus 371303/RS, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Publicado em 25/11/2016).

Considerando a quantidade, diversidade e natureza das drogas e verificando que as circunstâncias do crime são desfavoráveis, pois algumas das drogas que o acusado trazia consigo, para fins de tráfico, eram a cocaína e o

“crack”, cujo potencial lesivo é superior às outras espécies de entorpecentes, além da expressiva quantidade, deve ser mantida a pena-base como fixada pelo Juiz sentenciante.

A cocaína e o “crack” são substâncias proscritas que provocam toxicodependência num intervalo bastante curto de tempo, de modo que, em prol da tutela da saúde pública e, em especial, da integridade dos usuários, dominante é o entendimento que sustenta o incremento punitivo em hipóteses como a presente.

Além disso, correta a justificativa utilizada para a elevação da básica também pelos maus antecedentes ostentados pelo réu.

No caso vertente, de fato, como bem apontou o Promotor de Justiça, o acusado possui quatro condenações transitadas em julgado, na 15ª Vara Criminal da Barra Funda, Processo 0006803-86.2008.8.26.0002, na Segunda Vara Criminal da Barra Funda, Processo 0010180-81.2007.8.26.0050, na 25ª Vara Criminal da Barra Funda, Processo 0076765-91.2002.8.26.0050, e na Primeira Vara Criminal de Guarulhos, no Processo 0049450-36.2011.8.26.0224.

Compulsando o Sistema SAJ, constata-se que a Folha de Antecedentes realmente aponta que a condenação, referente ao Processo 0006803-86.2008.8.26.0002, da 15ª Vara Criminal, data do fato em 21/08/2006, artigo 12, da Lei 6368/76, não foi atingida pelo período depurador. Isso porque, conforme o PEC 7016657-64.2008.8.26.0050 (fl. 31), houve a soma e unificação, em 10 de janeiro de 2012, tornando-se o processo atual o PEC 7000077-14.2008.8.26.0161. E ainda (fl. 30) consta que o PEC 7000077-14.2008.8.26.0161 só teve a sentença extinção da pena em 23 de outubro de 2024. Ou seja, quando do cometimento dos fatos objeto deste processo de conhecimento (31/10/2024), não havia passado o período depurador desde a extinção da pena.

Na verdade, apenas alguns dias se passaram.

Em relação à condenação referente ao Processo 0010180-81.2007.8.26.0050, da Segunda Vara Criminal, data do fato em 05/02/2007, pelo artigo 157, § segundo, inciso II, do Código Penal, também não foi atingida pelo período depurador. Conforme anotado (fl. 30), a condenação se transformou no PEC

7000077-14.2008.8.26.0161, cuja extinção da pena se deu apenas em 23 de outubro de 2024.

Do mesmo modo em relação à condenação referente ao Processo 0049450-36.2011.8.26.0224, da Primeira Vara Criminal de Guarulhos, data do fato em 31/07/2011, por infração ao artigo 33, “caput”, com o artigo 40, “caput”, da Lei Federal 11343/2006, não foi atingida pelo período depurador. Foi unificada no PEC 7000077-14.2008.8.26.0161, cuja extinção da pena se deu apenas em 23 de outubro de 2024.

Assim, a única condenação que foi alcançada pelo período depurador é aquela referente ao Processo Penal 0076765-91.2002.8.26.0050, da 25ª Vara Criminal da Barra Funda.

Portanto, das quatro condenações citadas na sentença, três não foram atingidas pelo período depurador. Aliás, o réu é duplamente reincidente específico, pelo Processo 0049450-36.2011.8.26.0224 e pelo Processo 0006803-86.2008.8.26.0002 (este último pelo princípio da continuidade normativo típica).

O Ministério Público, em suas razões recursais, pleiteia que três das quatro condenações mencionadas em sentença sejam sopesadas na primeira fase da dosimetria da pena e que a condenação sobejante, desde que não tenha sido atingida pelo período depurador, seja utilizada na segunda fase da dosimetria da pena, a fim de configurar a agravante da reincidência, que poderá ser compensada com a atenuante da confissão espontânea.

O que deve ser deferido.

Assim, verifica-se que o acusado possui de fato maus antecedentes (devidamente comprovados pela certidão às fls. 27/32, com o Processo 0006803-86.2008.8.26.0002 da 15ª Vara Criminal, Processo Penal 0010180-81.2007.8.26.0050, da Segunda Vara Criminal, e ainda o Processo Penal 0076765-91.2002.8.26.0050, da 25ª Vara Criminal da Barra Funda), não utilizados para gerar reincidência, mas que justificam o aumento da pena base acima do mínimo legal.

Não há que se falar em ocorrência de *bis in idem* pela valoração de maus antecedentes e reincidência, tendo em vista que os maus

antecedentes utilizados para elevar a pena na primeira fase da dosimetria (Processo 0006803-86.2008.8.26.0002, da 15ª Vara Criminal, Processo 0010180-81.2007.8.26.0050, da Segunda Vara Criminal, e também o Processo Penal 0076765-91.2002.8.26.0050, da 25ª Vara Criminal da Barra Funda) e a reincidência utilizada na segunda fase para compensação com a atenuante da confissão espontânea (Processo 0049450-36.2011.8.26.0224, da Primeira Vara Criminal de Guarulhos, data do fato em 31/07/2011, pelo artigo 33, “caput”, com o artigo 40, “caput”, da Lei Federal 11343/2006), foram pautados em condenações distintas.

Portanto, são delitos distintos, situação plenamente possível e acertada.

Na linha da orientação perfilhada na Súmula 241, do STJ, configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência, o que não ocorreu no presente caso.

Ademais, o Código Penal adotou sistema trifásico para fixação da reprimenda, sendo que mencionadas circunstâncias incidem em diferentes fases da aplicação da reprimenda.

Isto porque na individualização da pena todas as circunstâncias apresentadas pelo acusado devem ser ponderadas, até mesmo porque inadequado seria punir da mesma forma condenados que apresentam uma ou várias condenações, pois, obviamente, a reprovabilidade a incidir na conduta deste é maior.

Neste sentido, é o entendimento pacificado dos Tribunais Superiores:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. APLICADA A FRAÇÃO DE 1/6. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DISTINTAS. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas patamar estabelecido. Em

sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. 3. Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 126.315/SP (julgado em 15.09.2015, Rel. Min. Gilmar Mendes, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e in casu, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal. 4. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente e, por conseguinte, exaspera a pena em 1/6 (um sexto), o que não revela constrangimento ilegal. 5. Não há falar em bis in idem, no que diz respeito à primeira e segunda fases da dosimetria, tendo em vista que as condenações anteriores - utilizadas para valorar negativamente os antecedentes e caracterizar a agravante da reincidência - são distintas. Habeas corpus não conhecido” (Habeas Corpus 356274/ RJ, Habeas Corpus 2016/0125890-5, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Data do Julgamento 16/06/2016, Data da Publicação 24/06/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. NEGATIVA DE AUTORIA DO ROMPIMENTO DO OBSTÁCULO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DO BIS IN IDEM. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Tendo em vista que o acusado é reincidente, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, inciso II, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 342.167/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Julgado em 06/04/2017, DJE 17/04/2017).

Mesmo que eventualmente alguma das penas estabelecidas nas condenações mencionadas na certidão do acusado e utilizadas para configuração de maus antecedentes tenha terminado há mais de cinco anos, não pode simplesmente ser ignorada, até porque os antecedentes criminais não se confundem com a reincidência, que possui um período depurador, conforme a regra dos artigos 63 e 64, incisos I e II, ambos do Código Penal.

Portanto, não há que se falar na fixação da pena base no mínimo legal, tendo em vista que o réu possui maus antecedentes devidamente comprovados, que não geraram reincidência, mas justificam o aumento da pena base acima mínimo legal.

Como é cediço, vencido o período depurador previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, a condenação transitada em julgado, poderá servir para valorar os antecedentes do acusado.

Aliás, a sistemática dos maus antecedentes, prevista no Código Penal, é aceita pelo Superior Tribunal de Justiça.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. CONDENAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de cinco anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. Na hipótese, analisando o aumento da pena-base aplicado pela sentença condenatória e mantido pelo eg. Tribunal de origem, o v. acórdão evidenciou os maus antecedentes, uma vez que o paciente detém duas condenações definitivas pelos crimes de homicídio e furto tentado. Agravo regimental não provido (STJ, Agravo no Habeas Corpus 401.390/MS, Relator Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 12/12/2017, DJE 19/12/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. (...) 4. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no artigo 64, inciso I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes. 5. A confissão espontânea do sentenciado por delito de tráfico de drogas de que é mero usuário não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. Pleito de compensação com a agravante de reincidência prejudicado. Precedentes. 6. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 430.172/SC,

Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 01/03/2018, DJE 07/03/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE FURTO. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE CINCO ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. DIVERSAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PENA-BASE PROPORCIONALMENTE EXASPERADA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Com efeito, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (artigo 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do artigo 59, do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais. 3. É assente nesta Corte Superior que é possível o aumento da pena-base em decorrência de condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de 05 (cinco) anos, pois, embora não caracterizem a reincidência, tais condenações podem ser utilizadas para fins de maus antecedentes. Habeas corpus não conhecido (STJ, Quinta Turma, Habeas Corpus 367390/SC, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 28/03/2017).

Registre-se que a individualização da pena é uma imposição constitucional e não se afigura correto que uma pessoa que possui condenação anterior - ainda que eventualmente em período superior ao decurso do prazo depurador - receba pena igual àquele agente que nunca praticou outro crime.

Além disso, não se trata de “induzir ao raciocínio de que a pessoa que já sofreu condenação penal terá registros criminais valorados pelo resto da vida, mas que, havendo reiteração delitiva, a depender do caso concreto, o juiz poderá avaliar essa sentença condenatória anterior” (STF, RE 901145/SP, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 26/10/2018)”.

Assim, correta a valoração negativa desta circunstância judicial, devendo ser mantido o aumento pelos maus antecedentes, não havendo que falar em ofensa aos princípios da proporcionalidade, da individualização da pena, da proibição de penas de caráter perpétuo, ou *bis in idem*, como quer fazer entender a

defesa.

Além disso, correto o aumento da pena-base também por ser o apelante integrante de uma facção criminosa, pois conforme laudo pericial de fls. 76/83 foram apreendidas anotações de tráfico, régua, isqueiro, caneta e uma mochila contendo a inscrição de numerais (15-3-3 - PCC) que fazem menção à facção criminosa da capital paulista, circunstância que indica seu envolvimento em organização criminosa.

O acusado era integrante da facção criminosa PCC (laudo pericial de fls. 76/83), apesar de não exercer uma posição de destaque nessa facção (comando ou liderança), inquestionavelmente dela fazia parte, tendo o Juízo de Primeiro Grau, através de seu livre convencimento e discricionariedade, aferido essa circunstância, sem qualquer violação ao princípio da congruência.

Assim, correta a valoração negativa destas circunstâncias judiciais, devendo ser mantido o aumento da pena-base.

No mais, verifica-se que o Juízo monocrático fundamentou, suficientemente, o recrudesimento da pena básica do apelante, em respeito ao princípio da individualização da pena.

Em outras palavras, não há irregularidade na fixação da pena-base em 3/5 acima do mínimo, uma vez que justificado de maneira razoável, por meio de dados concretos, bem como respeitados os critérios da discricionariedade juridicamente vinculada, não se constatando, desse modo, qualquer deficiência.

Assim, correta a valoração negativa destas circunstâncias judiciais, não havendo que se falar em fixação da pena-base no mínimo legal ou redução da fração de aumento.

Quanto à fração utilizada, diverso do que ocorre com as causas especiais de aumento ou de diminuição, em que a lei prevê uma fração mínima e máxima, na primeira e na segunda etapa da dosimetria, o montante a ser elevado subordina-se ao convencimento do julgador, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É reservada, portanto, ampla margem de discricionariedade no *quantum*, desde que respeitados os limites mínimos e máximos da sanção fixada abstratamente, de forma que garanta a sua individualização e contribua para a

efetivação dos objetivos da reprimenda.

Nesse cenário, desde que apresentados fundamentos concretos e idôneos, justamente como este caso exige, o magistrado não só pode como deve impor a sanção inicial em qualquer valor previsto no preceito secundário cominado.

Ademais, o Juiz possui discricionariedade na aplicação da pena, cabendo-lhe impor a reprimenda mais adequada para desestimular a reiteração criminosa.

Conforme leciona o mestre Rogério Greco acerca do primeiro estágio da operação, *“nos tipos penais incriminadores existe uma margem entre as penas mínima e máxima, permitindo ao juiz, depois da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59, do Código Penal, fixar aquela que seja mais apropriada ao caso concreto”*.

No mesmo sentido, caminha a jurisprudência:

“Acrescente-se que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbitrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado” (STJ, Agravo no AREsp 396.788/SP, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, Julgado em 18/06/2014, DJE 01/08/2014).

Assim sendo, não há que se falar em abrandamento das bases.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea.

Com razão a acusação ao pleitear o reconhecimento da agravante da reincidência (devidamente comprovada pela certidão de fls. 27/32 - Processo 0049450-36.2011.8.26.0224, da Primeira Vara Criminal de Guarulhos, data do fato em 31/07/2011, por artigo 33, “caput”, com o artigo 40, “caput”, da Lei Federal 11343/2006), e a compensação com a atenuante da confissão, mantendo a pena anteriormente fixada de 08 anos de reclusão em regime fechado e 800 dias-multa. no valor mínimo. E, ainda, que seja a reincidência específica, não há como não compensar integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão ante o pedido explícito da acusação (fl. 138), sob pena de *reformatio in pejus*.

Na terceira fase, impossível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § quarto, da Lei Antitóxicos, pois, sendo o apelante reincidente

e ostentando maus antecedentes, além de ter sido apreendidos petrechos (régua, isqueiro, caneta), folhas contendo anotações típicas de contabilidade de tráfico, e ainda, havendo inscrição que faz menção à facção criminosa na bolsa apreendida, não faz jus à aplicação da referida causa de diminuição prevista na lei referida.

Descabe, na espécie, o redutor do § quarto do artigo 33 da Lei Federal 11343/06, posto que o acusado é comprovadamente reincidente e ostentar maus antecedentes. E, sopesar essas circunstâncias para afastar o redutor na terceira etapa, não fere o princípio da proporcionalidade e se mostra correto, tendo em vista a vedação legal expressa da benesse aos reincidentes e que ostentam maus antecedentes, porquanto prevê a aplicação do benefício ao agente primário e de bons antecedentes, que também não se dedique a atividades criminosas e tampouco integre organização dessa natureza.

É forçoso consignar, ainda, que a consideração da reincidência, na segunda fase da dosimetria, para a compensação com a atenuante da confissão e, na derradeira etapa do sistema trifásico, para o arredamento da minorante prevista no artigo 33, § quarto, da Lei Antidrogas, não importa em “bis in idem”, uma vez que não há duplo aumento da pena, mas apenas o não preenchimento dos requisitos necessários para aplicação da referida causa de diminuição, cuja incidência não é obrigatória.

Constitui, assim, correta utilização de uma mesma circunstância em momentos distintos e para finalidades diversas, com o objetivo de se alcançar, ao final, apenamento proporcionalmente adequado à prevenção e reprovação da conduta criminosa.

Dessarte, reconhecida a reincidência do apelante, devem ser mantidos os efeitos dela decorrentes.

Note-se que a reincidência determina a aplicação da agravante por expressa disposição legal do artigo 61, inciso I, do Código Penal, refletindo a intensa reprovação do agente que não introjetou valores comunitários, após sofrer sanção penal anterior em parco período de tempo. Concomitantemente, tal circunstância evidencia o descumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo exigidos para a aplicação do benefício referente à diminuição da pena, reservado para agentes que não tenham contato reiterado com a prática delitiva e que tenham o crime

praticado como um fato episódico em sua vida.

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à ausência de ofensa ao princípio do “non bis in idem” quando aplicada a agravante pela reincidência e, ao mesmo tempo, considerada como causa obstativa da diminuição da pena.

Recurso em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico transnacional de drogas. Artigo 33, caput, c/c o artigo 40, I, da Lei 11343/2006. Pena. Dosimetria. Apelação exclusiva do Ministério Público. Devolução, ao tribunal ad quem, do conhecimento de toda a matéria, nos limites do recurso. Inexistência de reformatio in pejus. Reincidência. Reconhecimento como agravante e para o afastamento da incidência da diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006. Admissibilidade. Bis in idem. Não ocorrência. Recurso não provido. 1. Dentro dos limites da matéria impugnada na apelação do Ministério Público, o conhecimento do tribunal ad quem é o maior possível, razão por que o redimensionamento da pena não importa em reformatio in pejus. 2. A reincidência constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena (art. 68, CP), ao passo que a primariedade constitui inafastável requisito de natureza subjetiva para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11343/06. 3. Não havendo dupla valoração negativa da reincidência, mas, sim, estrita observância das regras legalmente aplicáveis à espécie, não há que se falar em bis in idem. Recurso não provido (STF, RHC 121598/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado em 21/10/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CARACTERIZADA. CERTIDÃO CARTORÁRIA. DOCUMENTO IDÔNEO. PERÍODO DEPURADOR. CÔMPUTO DA DATA DO CUMPRIMENTO OU DA EXTINÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. 4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006). 5. 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. 6. Mantido o quantum da pena em patamar superior a 04 e não excedente a 08 anos, e verificada a reincidência do agente, inviável a aplicação do regime aberto ou semiaberto, assim como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos dos artigos 33, § 2º, e 44, I e II, ambos do Código Penal. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 408423/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 12/12/17).

Não há que se falar, ainda, em violação aos princípios constitucionais da individualização da pena, da isonomia, da exteriorização ou materialização do fato, da razoabilidade ou da proporcionalidade ou mesmo em “bis in idem” ante a não aplicação da redução da pena previsto no § quarto do artigo 33, da Lei de Drogas, pois houve plena observância às condições determinadas pelo próprio ordenamento jurídico objetivando o consentimento de tal redução.

Para que se opere a redução em estudo, exige-se, cumulativamente, (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; nem (4) integrar organização criminosa.

Portanto, não há que se falar na aplicação do redutor, porquanto o apelante não preenche os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06.

Em relação ao regime prisional, há que ser mantida a fixação do regime prisional inicial fechado para início do cumprimento da pena, tendo em vista sobretudo o alto grau de periculosidade do réu, que é reincidente e ostenta maus antecedentes, e a gravidade do delito, de modo que, ante a gravidade em concreto da infração penal, já que fere bem jurídico difuso (saúde pública) e dilacera inúmeras famílias, e com escopo na própria individualização da pena, também direito fundamental, não há outro regime a ser imposto ao réu, senão o fechado, consoante artigo 33, § § segundo e terceiro, do Código Penal.

Isto por que o bem tutelado é difuso, o que atrai a gravidade em concreto do delito, escapando do teor das Súmulas 718 e 719 do STF.

Além disso, a fixação do regime prisional inicial fechado no presente caso está de acordo com o previsto na Súmula 719, do STF, tendo em vista que tal decisão foi suficientemente motivada.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"Na espécie, a sentença encontra-se devidamente fundamentada, expondo, de modo inequívoco, as razões de convencimento do magistrado que o conduziram à fixação do regime inicial fechado. No presente caso, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, ao que tudo indica, está em conformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, tal como parece ter ocorrido. Verifico que a opção pela fixação do regime

inicial fechado deu-se em razão da gravidade concreta das circunstâncias que envolveram o delito, bem como da periculosidade revelada por essa prática. Tais fundamentos, a meu juízo, autorizam a imposição do regime prisional mais gravoso." (RHC 128827, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgado em 21.02.2017, DJE de 13.03.2017).

De outro lado, a gravidade do delito é concreta, como já dito, (não sendo o caso de incidência das Súmulas 440 e 269 do STJ), em razão da quantidade e qualidade das drogas apreendidas (maconha, skunk, lança perfume, cocaína e crack), que traz efeitos nefastos aos usuários, dilacerando inúmeras famílias, além da reincidência e dos maus antecedentes do réu, de modo que, mais uma vez pautado na individualização da pena, e com supedâneo na isonomia em sua acepção material, e a fim de que a Constituição, neste particular, não seja letra morta (força normativa), não há outro regime a ser imposto, senão o fechado, particularidade na qual a decisão guerreada fica mantida.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE FURTO. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE CINCO ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. DIVERSAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PENA-BASE PROPORCIONALMENTE EXASPERADA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Quanto ao regime fechado, este deve ser mantido tal como determinado pela Corte de origem, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis e o paciente é reincidente, não sendo aplicado ao caso o Enunciado 269 da Súmula desta Corte Superior. Habeas corpus não conhecido (STJ, Quinta Turma, Habeas Corpus 367390/SC, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 28/03/2017).

Não é apenas o montante da pena ou a gravidade abstrata da conduta que devem balizar a modalidade prisional, mas também a necessidade de justa e suficiente resposta jurisdicional, apta à reprovação e, principalmente, a obstar a reiteração criminosa.

O regime fechado foi corretamente fixado, sendo o único dotado de suficiência para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, considerando o disposto no artigo segundo, § primeiro, da Lei Federal 8072/90.

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 segundo, do Código 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 terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.”* (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Fica claro que o cometimento de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem a convivência social.

Ademais, nunca é demais lembrar que, na aplicação da lei, aqui vista em sentido amplo, deve o juiz atentar-se para os fins sociais da norma e ainda para o bem comum.

Assim preconiza o artigo quinto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*.

Ademais, importante salientar que a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado para os crimes hediondos e assemelhados, em verdadeiro mandado de criminalização, o que denota, que seu descumprimento representaria, inclusive, descumprimento ao princípio da força normativa e ao caráter vinculante das normas constitucionais.

No presente caso, o diagnóstico de periculosidade é razoável e encontra eco nos autos para considerar o réu perigoso à ordem pública.

Convém lembrar que, embora a Lei Federal 11464/07 tenha revogado parcialmente o artigo segundo da Lei Federal 8072/90, excluindo a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos ou equiparados, permanece incólume a exclusividade do magistrado de analisar cada caso concreto e decidir por conceder ou não o direito de responder ao processo em liberdade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que *“a vedação da liberdade provisória a que se refere o artigo 44, da Lei 11343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por diploma legal de caráter geral, qual seja, a Lei 11464/2007”* (Habeas Corpus 93000/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 25.04.2008).

Houve, em suma, motivação suficiente e em sintonia

com o caso concreto, e se justifica a fixação do regime fechado.

Assim, não há que se falar na fixação do regime prisional inicial semiaberto ou aberto para cumprimento da reprimenda.

Demais disso, a gravidade das circunstâncias em que envolvida a prática criminosa, além do *quantum* da pena aplicada e da reincidência e dos maus antecedentes do réu, demonstram ser insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tornando assim ausentes os requisitos estatuídos no artigo 44, incisos I, II e III, do Código Penal.

Neste sentido:

“O pleito de substituição da sanção corporal, de igual modo, não comporta acolhimento, não só em razão do quantum fixado, mas, sobretudo porque tal benesse não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza, tampouco é socialmente recomendável, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal” (Apelação 0017664-42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, Relator Des. Juvenal Duarte, Julgado em 24/02/2011).

É da jurisprudência do STJ ainda:

“Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou” (Habeas Corpus 203.403/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado em 21/06/2011, DJE 01/07/2011).

Os cálculos da detração penal ficarão a cargo do Juízo das Execuções, pois a ele compete a verificação do preenchimento dos requisitos para eventual colocação em modalidade prisional mais branda.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da defesa e **DOU PROVIMENTO** ao recurso da acusação para, reconhecida a agravante da reincidência, readequar as penas de Kleber Camargo Prado para 08 (oito) anos de reclusão, com regime fechado, e 800 (oitocentos) dias-multa, no piso legal, mantendo, no mais, a sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR