



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000383849

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501645-55.2023.8.26.0559, da Comarca de Monte Aprazível, em que é apelante GUSTAVO FERNANDO LEMOS DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para, na segunda fase da dosimetria, agravar a pena em somente 1/6, redimensionando-se o “quantum” final para cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, 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 sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 16359

Apelação Criminal nº 1501645-55.2023.8.26.0559

Comarca: 1ª Vara de Monte Aprazível

Juíza de Direito: doutora Kerla Karen Ramalho de Castilho Magrini

Apelante: Gustavo Fernando Lemos da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Gustavo foi condenado a seis anos e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, por tráfico de drogas, com possibilidade de apelar em liberdade. Em 11.8.2023, foi flagrado com 26 porções de crack, pesando 5,25 gramas, e dinheiro proveniente de venda de drogas. A defesa apelou pedindo absolvição, desclassificação do crime, aplicação de redutor de pena, redução da pena, regime aberto e substituição por penas restritivas de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em determinar se há provas suficientes para manter a condenação por tráfico de drogas, se é possível desclassificar a conduta para o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, e se é possível aplicar redutores ou modificar o regime de cumprimento da pena.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por documentos e depoimentos de policiais que flagraram o recorrente em atividade de tráfico.

2. A negativa do apelante não convence, pois os depoimentos dos policiais são coesos e corroborados por provas materiais. A alegação de ser usuário não afasta a condição de traficante, e a reincidência impede a aplicação do redutor de pena.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena para cinco anos e dez meses de reclusão.

2. *Tese de julgamento:* 1. A reincidência impede a aplicação do redutor

de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. 2. A presunção de legitimidade dos depoimentos policiais prevalece na ausência de provas contrárias. 3. A alegação de uso pessoal não desclassifica a conduta de tráfico.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e § 4º; Código Penal, art. 44, incisos I e II, art. 59, art. 33, §§ 2º e 3º; Constituição Federal, art. 5º, XLIII e XLVI, art. 144, incisos IV e V, § 4º e § 5º; Código de Processo Penal, art. 188, art. 283, art. 387, parágrafo 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, AgInt no AREsp 1333528/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 19.8.2019; STJ, REsp 1698909/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.8.2018; STJ, AgRg no Ag no REsp 1417563/MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 17.10.2017; STJ, REsp 1898968/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 2.3.2021; STJ, HC 493801/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 4.6.2019; STJ, AgRg no REsp 1781652/PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14.5.2019; STJ, HC 495389/PE, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 11.4.2019; STJ, HC 427.620/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15.3.2018; STJ, AgRg no HC 468.578/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.2.2019; STJ, AgRg no HC 687003/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 7.6.2022; STJ, AgRg no HC 650717/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.4.2022; STJ, HC 401261/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 27.6.2017; STF, RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.3.2017; STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches; STF, HC 91360/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.5.2008; STF, HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.2.2006; STF, HC 82966/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 20.5.2003; STF, HC 69657/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 18.12.1992.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 311/312

O apelante, **Gustavo**, foi condenado à pena de seis (6) anos e oito (8) meses de reclusão, em **regime inicial fechado**, além do pagamento de seiscentos e sessenta e seis (666) dias-multa, no piso, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006**, com possibilidade de apelar em liberdade, porque em **11.8.2023**, por volta de **12 horas e 22 minutos**, na Rua João Antônio Macri, nº

509, Jardim do Lago, Monte Aprazível/SP, trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, vinte e seis (26) porções de crack, pesando 5,25 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Policiais militares realizavam patrulhamento quando foram informados de que, no local dos fatos, dois indivíduos estariam comercializando entorpecentes. Chegando ao local, viram Luís Fernando Inocência Ferreira entregando a quantia de R\$ 10,00 para o recorrente. Diante das evidências, efetuaram a abordagem e, em revista pessoal em Luís Fernando, nada ilícito foi encontrado. Com o apelante, foi encontrado um invólucro plástico contendo 26 pedras de crack, a quantia de R\$ 10,00, recebida de Luís Fernando, bem como a quantia de R\$ 149,00, em notas diversas. Na bermuda e na carteira dele, encontraram a quantia de R\$ 400,00, também em notas diversas. O celular do recorrente foi apreendido.

No apelo oferecido pela douta Defesa sustentou-se **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** desclassificação para a rubrica do artigo 28 da Lei de Drogas; **c)** aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas; **d)** redução da pena; **e)** regime inicial aberto; e **f)** substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 334/347).

Contrarrazões a fls. 351/357, para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 7.3.2025 (fls. 329).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 364/366).

A prova oral foi colhida e gravada por meio audiovisual no SAJ, fls. 188 e 198.

II – Fundamentação

O recurso comporta parcial provimento, respeitando o entendimento da culta e dedicada Magistrada, doutora Kerla Karen Ramalho de Castilho Magrinini.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 1/6, 15 e 30/31, boletim de ocorrência de fls. 44/46, auto de exibição e apreensão de fls. 49/50, laudo de constatação de fls. 55/57 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 98/99, crack foi apreendido.

A *autoria* é atribuível ao recorrente.

No distrito, **ele negou o delito**. Havia discutido com sua esposa, razão pela qual foi ao "Bar do Zaqueu" e ficou consumindo bebidas alcoólicas e fazendo uso de crack. Luiz Fernando e Eraldo estavam no bar bebendo. **Enquanto estava no bar, os policiais aparecem e abordaram-no, encontrando algumas pedras de crack que estavam em seu poder, as quais destinavam-se ao próprio consumo**. O dinheiro encontrado em seu poder é proveniente de sua atividade como pintor e polidor de carro. **Não estava comercializando entorpecentes**. Não havia vendido nenhuma pedra de crack para Luiz Fernando. Adquiriu o entorpecente de um desconhecido na rodoviária de São José do Rio Preto, pelo valor de R\$ 100,00 (fls. 30/31).

Em Juízo, **o apelante negou o crime**. Estava com drogas para seu consumo quando chegaram dois rapazes e um deles queria comprar, mas lhe disse: **“não vou vender, porque é para meu uso, se vocês quiser beber, fica aí no bar, é com vocês mesmo”**. Não estava traficando e, sim, usando a droga. Iria consumir toda a droga. Geralmente, fuma em torno de seis a sete pedras por dia. Pegou um pouco a mais porque iria fumar sete naquele dia e guardaria um pouco para fuma depois, para não ficar voltando e correndo risco, pois é um bairro

perigoso. Tinha comprado a droga no mesmo dia em São José do Rio Preto, pelo valor de R\$ 250,00. Havia acabado de chegar e ficou no bar. O dinheiro que estava em seu poder era proveniente de seu trabalho como pintor. Recebe por semana cerca de R\$ 500,00. Havia trabalhado duas semanas e recebeu R\$ 1.000,00. Consigo, havia cerca de R\$ 480,00 ou R\$ 580,00. **O rapaz disse que adquiriu droga do interrogando porque se negou a vender droga para ele.** Nesse dia, chegaram a discutir, porque não queria dinheiro e ele insistiu. Pegou o dinheiro pois acreditava que ele queria outra coisa. Então, depois que ele falou da droga, disse-lhe: “não quero os seus R\$ 10,00”, “tô, pode pegar”, ocasião em que foram abordados. Os R\$ 10,00 dele estavam com o interrogando.

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.

Victor Henrique, policial militar, depôs que realizavam patrulhamento pelo Jardim do Lago e **receberam uma denúncia de populares de que, no local dos fatos, havia pessoas praticando o tráfico ilícito. Dirigiram-se ao local informado e visualizaram Luiz Fernando entregando uma nota de R\$ 10,00**

para o recorrente, ocasião em que eles foram abordados. Eles estavam em três indivíduos, sendo o apelante, Luiz Gustavo e Eraldo Tenório. Com Luiz Fernando e Eraldo, nada ilícito foi localizado. **O recorrente tinha em uma das mãos a quantia de R\$ 10,00 e, na outra, um invólucro contendo 26 porções de crack, já fracionados para a venda.** No bolso da bermuda dele, localizaram a quantia de R\$ 149,00 em notas diversas e, em sua carteira, o montante de R\$ 400,00, também em notas diversas. Questionado, o apelante negou o tráfico e disse ser usuário. Luiz Fernando disse que é usuário de drogas e foi ao local comprar entorpecentes, como de costume. Diante disso, o recorrente foi conduzido à Delegacia. No período entre março e agosto, essa é a terceira vez que faz a condução do recorrente por tráfico de drogas, sempre com drogas e dinheiro em notas diversas. **Luiz Fernando confirmou que aquele dinheiro era para adquirir crack do apelante, tendo sido surpreendido entregando o valor para ele.** Já vinha recebendo diversas denúncias de populares sobre o envolvimento do recorrente com o tráfico de drogas, praticado naquele local. Ele está sempre pelo local dos fatos, conhecido como ponto de tráfico de drogas. Ele se identifica como usuário, mas, todas as vezes que é abordado, está com entorpecentes fracionados e dinheiro.

Rafael, policial militar, afirmou que **realizavam patrulhamento pelo bairro quando receberam denúncia de que havia indivíduos praticando o tráfico ilícito.** Dirigiram-se ao local indicado na denúncia, onde surpreenderam o recorrente com Eraldo e Luiz Fernando praticando o tráfico ilícito. Com Luiz Fernando e Eraldo, nada ilícito foi encontrado. **Com o apelante, localizaram em uma das mãos vinte e seis porções de crack e, na outra, o valor de R\$ 10,00.** Em revista pessoal, encontraram no bolso dele a quantia de R\$ 149,00 em notas diversas e na carteira, salvo engano, R\$ 400,00. **Questionado, ele negou que estava traficando, porém, Luiz Fernando confirmou que foi ao local comprar crack com os R\$ 10,00 que estavam na mão do apelante, quando foram surpreendidos pelos policiais.** Diante disso, os três foram conduzidos à

Delegacia. **A equipe surpreendeu-os quando Luiz Fernando havia acabado de entregar R\$ 10,00 para o recorrente.** O apelante é conhecido de todas as equipes de Monte Aprazível, pois havia diversas denúncias citando o nome dele. Muitas vezes, ele foi surpreendido no local com quantidades e conduzido por outras equipes. O local é conhecido como ponto de venda de drogas.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, pois afirmaram que, após receberem denúncia de populares sobre a prática do tráfico ilícito no local dos fatos, para lá se dirigiram e surpreenderam-no recebendo o valor de R\$ 10,00 de Luiz Fernando, certo que, durante revista pessoal, foram encontrados em seu poder vinte e seis pedras de crack e Luiz Fernando confirmou que foi ao local comprar crack, bem assim que aquele valor que estava na mão do apelante havia sido entregue por ele com essa finalidade. 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

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.

Luiz Fernando, ouvido em Juízo nos autos nº 0000613-77.2023.8.26.0369, como prova emprestada neste processo, depôs que foi à represa, passou no bar e comprou uma pinga. **O rapaz estava lá e deu R\$ 10,00 para ele. Ele mandou aguardá-lo do outro lado para entregar, mas, quando foi pegar, foram abordados. Nenhuma droga foi encontrada consigo, apenas com o rapaz. Não chegou a comprar o entorpecente.**

Luiz Fernando confirmou que foi ao local comprar droga e havia entregado o valor de R\$ 10,00 para o recorrente, mas, quando ele foi buscar, foram abordados.

Ressalte-se que no Superior Tribunal de Justiça é assente o entendimento sobre a admissibilidade da prova emprestada, uma vez observado o devido contraditório, ainda que as partes não tenham participado do feito para o qual a prova será transladada (*AgInt no AREsp 1333528/SP* – T3 – Terceira Turma – Relator Ministro Marco Aurélio Belizze – J. 19.8.2019 – DJe 22.8.2019). Isso na seara cível, aplicável na criminal, pela analogia das situações. No mesmo sentido, em relação a aceitação da prova emprestada *REsp 1698909/SP* – T2 – Segunda Turma – Relator Ministro Herman Benjamin – J. 16.8.2018 – DJe 20.11.2018. No caso, as degravações realizadas em outra investigação (fls. 50/55) foram submetidas ao contraditório e reproduzidas pelos policiais ouvidos em audiência.

A "admissão da prova emprestada decorre da aplicação dos princípios

da economia processual e da unidade de jurisdição, almejando máxima efetividade do direito material com mínimo emprego de atividades processuais, aproveitando-se as provas colhidas de forma idônea perante outro juízo" (*AgRg no Ag no REsp 1417563/MG* – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Félix Fischer – J. 17.10.2017 – DJe 23.10.2017).

“A utilização da prova emprestada é admitida por esta Corte Superior e pelo Supremo Tribunal Federal, desde que seja possibilitado o exercício do contraditório e à ampla defesa, com a mesma amplitude das garantias existentes nos autos em que foram produzidas.” (STJ - *REsp 1898968/RS* – T6 - Sexta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz - J. em 2.3.2021 – DJe em 11.3.2021), como ocorreu nos autos.

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 entorpecente para o comércio, conduta que também se tipifica e deve ser combatida. A destinação mercantil ficou demonstrada pelo teor da denúncia recebida pelos policiais, confirmada diante do flagrante do recorrente recebendo a quantia de R\$ 10,00 e em poder de 26 pedras de crack.

Para a configuração do narcotráfico sequer se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despicienda a “traditio” para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Relator Des. Guilherme G. Strenger – J. em 29.1.2020).

O apelante poderia até mesmo ser usuário de drogas, todavia, isso

não se deu de maneira exclusiva, sendo imprescindível para caracterizar o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. A mera alegação de ser usuário não afasta, por si só, a condição de traficante.

Sobre o tema já decidiu esta Colenda Câmara: *"Além do mais, o fato de serem usuários de entorpecentes não exclui o de estarem também envolvidos com o tráfico, pois é comum usuários praticarem o comércio ilegal exatamente para sustentar o próprio vício."* (**Apelação Criminal nº 3000574-96.2013.8.26.0363** - Relator Desembargador Paiva Coutinho – J. em 12.2.2020).

A pena comporta reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base foi fixada no piso: cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa.

Na **segunda fase**, a pena pode ser agravada em somente 1/6, pela reincidência e por se tratar de somente uma condenação definitiva apta a configurar referida agravante (processo nº 1500019-28.2019.8.26.0369, fls. 186), tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

No Excelso Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se:

"3. O ordenamento jurídico não estabelece um critério matemático para a majoração da pena, na segunda fase da dosimetria, tampouco as circunstâncias agravantes ou atenuantes denotam qualquer baliza objetiva nesse sentido. Apenas previu o legislador que a incidência daquelas hipóteses sempre alteraria a reprimenda, agravando-a ou atenuando-a." (**HC 493801/MS** – T 5 - Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – J. 4.6.2019 – DJe 17.6.2019).

Ainda:

"7. Para a fixação da pena provisória, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.012.815/DF, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018)." (*AgRg no REsp 1781652/PA* – T6 – Sexta Turma – Relator Ministro Sebastião Reis Júnior – J. 14.5.2019 - DJe 24.5.2019).

Por fim, para justificar o acerto da fixação feita:

"3. O ordenamento jurídico não estabelece um critério matemático para a alteração da pena, na segunda fase da dosimetria, tampouco as circunstâncias agravantes ou atenuantes denotam qualquer baliza objetiva nesse sentido. Apenas previu o legislador que a incidência daquelas hipóteses sempre alteraria a reprimenda, agravando-a ou atenuando-a. A fração de 1/6 tem sido a usualmente adotada pela jurisprudência desta Corte, ressalvada fundamentação concreta que justifique outro patamar. Precedentes." (HC 495389/PE – T5 – Quinta Turma – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik – 11.4.2109 – DJe – 29.4.2019).

Na **terceira fase, em razão da reincidência**, não era mesmo possível a incidência da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, até porque evidencia o envolvimento do apelante com a criminalidade. E não se cogita de "bis in idem", mas, sim, de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. 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 - Relator Ministro 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 artigo 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 - Relatora Ministra Laurita Vaz – J. em 19.2.2019 – DJe em 11.3.2019).*

Não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência para agravar a pena e para não reduzir-se na terceira etapa da fixação. Esse tratamento está em conformidade com a Carta Magna, que exige maior rigor para quem pratica o tráfico de drogas, equiparado a hediondo, com a real individualização penal, distinguindo o reincidente daquele que é primário, ou seja, não teve, ainda, experiência no meio criminoso. A opção do legislador ordinário foi proporcional e razoável. Conciliou o que já era de praxe no meio jurídico, agravar a pena quando alguém já foi condenado anterior, aquém do quinquênio depurador, mas, ao mesmo tempo, diferenciar o infrator que insiste em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

Já se decidiu: "4. Tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem." (**AgRg no HC 687003/SP** – T5 – Quinta Turma –

Relator Ministro Ribeiro Dantas – J. 7.6.2022 – DJe 14.6.2022).

"1. A reincidência obsta a aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, pois expressamente previsto em tal norma que tal benefício somente pode ser aplicado a agente primário, de bons antecedentes. 2. Não constitui infração ao princípio do non bis in idem a utilização do instituto da reincidência, ao mesmo tempo, como agravante e como causa impeditiva da diminuição da pena." (*AgRg no HC 650717/SP* – T6 – Sexta Turma – Relatora Min^a Laurita Vaz – J. 19.4.2022 – DJe 25.4.2022).

"- Por decorrer de expressa previsão legal descrita no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistente bis in idem na utilização da reincidência como agravante e para justificar o afastamento do tráfico privilegiado, pois é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas da dosimetria da pena, gerando efeitos diversos. Precedentes." (*HC 401261/SP* – T5 - Quinta Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 27.6.2017 – DJe 1.8.2017).

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 conseqüências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessite a subtrair bens, clandestinamente, com grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (artigo 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado (**artigo 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Artigos 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de**

entorpecentes é equiparado a crime hediondo. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (*Habeas Corpus* nº 69657/SP – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Relator Ministro Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O artigo 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (*Habeas Corpus* nº 82966/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (*Habeas Corpus* nº 82959/SP – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (*Habeas Corpus* nº 91360/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Não há violação de dispositivo legal, artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

Em que pese o montante da pena, o apelante é reincidente. Ele reitera na prática de delitos e possui tendência para esse comportamento. Demonstra, pois, conduta social inapropriada. Poderia emendar-se, pois tem consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: "(...) o artigo 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto)." (*RHC 134829/RJ* – T2 - Segunda Turma - Relator Ministro Ricardo Lewandowski - J. em 28.3.2017 - DJe em 5.4.2017).

No mesmo sentido: "***Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no artigo 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta.***" (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, mas preferiu realizar o delito ao invés de comportar-se de maneira correta. Ou seja, quer tornar a prática de crimes como meio de subsistência.

O **delito também é concretamente grave**, pois o recorrente foi surpreendido em conhecido ponto de tráfico, comercializava substância das mais nocivas (crack) e era afamado no meio policial pelo envolvimento reiterado com a traficância, tendo sido conduzido em outras oportunidades para a Delegacia também em poder de drogas e dinheiro após ter sido surpreendido naquele mesmo local.

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

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

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

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

O apelante optou em realizar crime de nefastas consequências, com vistas ao "lucro fácil", totalmente inconcebível, numa sociedade em que há

milhões de desempregados, numa crise gritante, em que vários não escolheram esse caminho, por zelarem pelos princípios seculares da honestidade e não causar lesão a outrem.

Dessa forma, com a imposição de regime prisional mais severo, retribui-se pela conduta criminosa perpetrada; previne-se que não a cometa, prevenção especial, e outras infrações penais, prevenção geral, e, por fim, retorne ao convívio social, após assimilar a terapêutica penal, de maneira harmônica.

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

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

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

O apelante é reincidente (artigo 44, inciso II).

Caso isso fosse feito, não teria consciência da ilicitude que fez.

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

III – Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para, na segunda fase da dosimetria, agravar a pena em somente 1/6, redimensionando-se o “quantum” final para cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso em liberdade (fls. 318). 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.