



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000406305

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503553-49.2024.8.26.0548, da Comarca de Cosmópolis, em que é apelante ESLEY SOUSA LUZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16482

Apelação Criminal nº 1503553-49.2024.8.26.0548

Comarca: Cosmópolis

Juíza de Direito: doutora Leticia Lemos Rossi

Apelante: Esley Sousa Luz

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Esley foi condenado a seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de seiscentos e oitenta dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006. Em 26.8.2024, foi flagrado com 52 porções de maconha, 59 de cocaína e 79 pedras de crack, sem autorização legal. A defesa apelou alegando nulidade da sentença, cerceamento de defesa, insuficiência probatória, e pleiteou diminuição da pena e regime mais brando.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) alegação de cerceamento de defesa pela dispensa da oitiva de testemunha sem anuência da defesa; (ii) nulidade da sentença por provas frágeis; (iii) possibilidade de aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06; (iv) fixação de regime inicial mais brando.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A preclusão lógica ocorreu pela ausência de manifestação da defesa quanto à dispensa da testemunha, superando a alegação de cerceamento.

4. A sentença analisou adequadamente as provas, não havendo nulidade. A materialidade e autoria do tráfico foram comprovadas por depoimentos e laudos. A reincidência e maus antecedentes impedem a

aplicação da minorante e justificam o regime fechado.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A preclusão lógica impede a alegação de cerceamento de defesa. 2. A reincidência e maus antecedentes justificam a manutenção do regime fechado.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, "caput"; Código de Processo Penal, art. 402, art. 155, art. 188, art. 387, § 2º; Constituição Federal, art. 5º, XLIII, XLVI; Código Penal, art. 33, § 2º, art. 44.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, AgRg no HC 915529/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, T6, j. 9.9.2024; STJ, AgRg no AREsp 2301358/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 27.4.2023; STJ, AgRg no HC 787997/SP, Relª. Minª. Laurita Vaz, T6, j. 27.3.2023; STJ, AgRg no REsp 1390118/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, T6, j. 23.5.2017; STJ, AgRg no AREsp 973919/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, T6, j. 23.5.2017; STJ, HC 389132/SP, Rel. Min. Félix Fischer, T5, j. 16.5.2017; STJ, HC 306536/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 18.5.2017; STJ, HC 389871/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, T5, j. 16.5.2017; STJ, HC 386049/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 16.5.2017; STJ, HC 363726/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 9.5.2017; STJ, AgRg no REsp 1635522/ES, Rel. Min. Félix Fischer, T5, j. 18.4.2017; STJ, HC 175577/SP, Rel. Min. Og Fernandes, T6, j. 4.10.2011; STJ, HC 212990/SP, Relª. Minª. Laurita Vaz, T5, j. 4.10.2011; STJ, AgRg no HC 601669/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 25.8.2020; STJ, AgRg no HC 601085/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 18.8.2020; STJ, AgRg no AREsp 1676929/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, T5, j. 18.8.2020; STJ, AgRg no HC 5807699/SP, Rel. Min. Félix Fischer, T5, j. 18.8.2020.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 130/131

O apelante, Esley, foi condenado à pena de seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa, no mínimo estabelecido em lei, como incurso no **artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere, porque, no dia 26.8.2024, por volta de 12h15, na via pública da Rua Tomaz Antonio Gonzaga, proximidades do número 685, bem como no imóvel situado na mesma rua, número 635, bairro Uirapuru, Cosmópolis/SP, o recorrente trazia consigo, para fins de tráfico e entrega a terceiros, 52 (cinquenta e duas) porções de maconha, 59 (cinquenta e nove) porções de cocaína, e 79 (setenta e nove) pedras de cocaína na forma de crack, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. laudo de exame químico-toxicológico a fls. 72/74). O sentenciado estava dedicado à prática do crime de tráfico de drogas e, na data e local dos fatos, com o objetivo de traficância, colocou as drogas acima descritas em uma sacola e dirigiu-se a um ponto de traficância para vendê-las. Ocorre que policiais militares decidiram cercar o local e visualizaram dois indivíduos a quem deram ordem de parada. Todavia, enquanto um deles permaneceu no local, Esley empreendeu fuga, segurando uma sacola na mão. Durante a perseguição, os agentes visualizaram o recorrente arremessando a sacola por cima do telhado de uma casa, sendo que, em seguida, Esley foi abordado. Em busca pessoal, foi localizado um papel com anotações referentes ao tráfico e a quantia de R\$ 94,00 (noventa e quatro reais). Na sacola por ele dispensada e recuperada pelos policiais foram localizadas as substâncias entorpecentes acima descritas. O indivíduo que foi visto com o apelante na ocasião, posteriormente identificado como *Luan Santana de Castro*, confidenciou aos policiais ser usuário de cocaína e afirmou que havia comprado

um “pino” de Esley. A quantidade e variedade dos entorpecentes, a forma de acondicionamento e as demais circunstâncias da apreensão e prisão de denunciado demonstram a intenção de traficância.

Nas razões de apelação oferecidas pela digna Defesa, requereu-se **a)** nulidade da sentença, pois baseada em provas frágeis, além disso, alegou cerceamento de defesa, em razão da dispensa, sem anuência expressa da defesa, da oitiva da testemunha *Luan*, que teria presenciado os fatos; **b)** absolvição por insuficiência probatória; **c)** diminuição da pena aplicada; **d)** aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06; **e)** fixação de regime inicial mais brando (fls. 134/141).

Contrarrazões a fls. 160/163, para manutenção da respeitável sentença.

Houve trânsito em julgado para a Acusação, em 21.2.2025 (fls. 171).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não acolhimento do apelo (fls.182/186).

A prova oral foi colhida e registrada em meio audiovisual, com gravação disponível a fls. 129.

II – Fundamentação

Quanto ao alegado cerceamento de defesa decorrente da dispensa da oitiva da testemunha Luan, sem anuência expressa da defesa

Verifica-se que, conforme consta do termo da audiência (fls. 129),

diante da ausência da testemunha *Luan Santana de Castro*, pelo Ministério Público foi dito que desistia da oitiva da testemunha o que foi deferido pela MM. Juíza.

A defesa nada mencionou a esse respeito na ocasião oportuna (cf. termos da audiência de fls. 1.29), tampouco nas demais oportunidades de manifestação, inclusive nos memoriais orais, com fundamento no artigo 402 do Código de Processo Penal. Assim, a matéria restou superada pela preclusão.

A preclusão que ocorreu foi lógica, ou seja, decorre da incompatibilidade da prática de um ato processual com relação a outro já praticado (ou omissão). A temporal é a oriunda do não-exercício da faculdade, poder ou direito processual no prazo determinado (perda do prazo recursal, por exemplo). A consumativa consiste em fato extintivo, caracterizado pela circunstância de que a faculdade processual já foi validamente exercida (oferecimento de resposta à acusação no prazo especificado em lei). Em oposição a esta última, as duas primeiras também são denominada "impeditivas". Quando se passa de um ato para outro, o anterior é firme e inatacável. Quando mais rígido o procedimento, como o é o brasileiro, por desenvolver-se por fases claramente determinadas pela lei, maior se torna a importância da preclusão (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 03-1996, p. 332).

Ademais, a atual sistemática do processo penal não se coaduna mais com uma atividade probatória estéril. O julgador deve perquirir qual o propósito da parte em produzir determinada prova e, caso verifique que ela é redundante, inútil, impertinente, protelatória ou irrelevante, tem o dever de indeferi-la, sob pena de ofensa aos princípios da eficiência, razoabilidade, economia processual, razoável duração do processo. Ou seja, deve indeferir as

provas que não trarão às partes qualquer resultado útil.

Ademais, **não se verifica nulidade da sentença, a Magistrada analisou as provas produzidas tanto pela acusação quanto pela defesa, acertadamente, excluiu as provas irrelevantes e protelatórias.** A análise da instrução processual e da decisão condenatória não demonstram qualquer interesse da Magistrada em prejudicar o recorrente, tendo explanado os motivos que culminaram na condenação, tudo isto com pleno respeito aos princípios contraditório e ampla defesa.

Nos termos do artigo 155, do Código de Processo Penal "*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*".

Nesse sentido é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PRETENSÃO DE REVISÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO WRIT. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO. IMPARCIALIDADE DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. CRIME CUJA NATUREZA DENOTA ESPECIAL ATENÇÃO À PALAVRA DA VÍTIMA. CONCLUSÃO INVERSA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SE IMPÕE. 1. Inviável a utilização do writ como forma de revisar decisão transitada em julgado, em especial quando inexistente

constrangimento ilegal manifesto. **2. Hipótese em que a impetração pretende anular a condenação, sob o fundamento da imparcialidade do Magistrado, mas a análise da audiência de interrogatório e a sentença não denotam o interesse do Juízo na condenação do acusado.** **3. O interrogatório se inicia com as perguntas do Juiz, não havendo falar em nulidade em razão de o Magistrado ter conduzido parte do ato processual.** 4. Em relação à alegação subsidiária de que não existem provas nos autos de que a vítima estivesse com a capacidade de autodeterminação reduzida na ocasião da prática dos atos libidinosos, não há como alcançar conclusão inversa das instâncias ordinárias - mais próximas dos fatos, das partes e da ação penal -, sob pena de reexame de provas, inviável na via estreita do writ. 5. Ademais, o entendimento desta Corte Superior de Justiça é cediço no sentido de que, em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima tem especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos (AgRg no AREsp n. 2.404.351/AM, Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, DJe 28/5/2024). 6. Agravo regimental improvido (*AgRg no HC 915529 / PR* - T6 - Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça – Relator Ministro Sebastião Reis Júnior – J. em: 9.9.2024 - DJe 12.9.2024 – destacou-se).

Assim, rejeita-se a preliminar.

No mérito, o apelo não comporta acolhimento, mantida a respeitável sentença proferida pela ilustre Magistrada, doutora Leticia Lemos Rossi, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 4/9, boletim de ocorrência de fls. 10/13, auto de exibição e apreensão de fls. 16/17, fotografias de fls. 18/20, auto de constatação preliminar de fls. 21/22, laudo de exame químico toxicológico de fls. 72/74, bem como pela prova produzida em Juízo, "crack", "maconha" e cocaína foram

apreendidos.

A autoria é atribuível ao acusado.

Na fase investigativa, fls. 9, o apelante ficou em silêncio, respaldado em norma de ordem constitucional.

Em seu interrogatório judicial, ele negou a acusação. Disse que foi ao local comprar droga, conversava com o outro menino. Os policiais não viram quem correu. Foi pressionado pelos policiais para dizer que traficava. **Não sabe quem atirou a sacola no telhado. Não correu. Não viu quem jogou a sacola. Não conseguiu comprar nada.** Não viu o policial encontrar a sacola. **Tinha apenas R\$ 10,00 que ia usar para comprar droga.** É usuário compulsivo, já teve internação. Tem esquizofrenia.

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 versão escusatória não convence, mostra-se inverossímil e não está em sintonia com as demais provas.

A testemunha, **Bruno**, policial militar, depôs que estava em operação junto a outra viatura, adentrou pela área de mata e a outra equipe pela área urbana. **Ao entrar na área de mata, percebeu a presença de dois indivíduos, um deles se evadiu ao visualizar a equipe policial, com uma sacola. O outro foi abordado na área urbana. Esse disse que era usuário e compraria drogas do recorrente. O apelante também acabou sendo abordado na área urbana, após dispensar uma sacola em cima de um telhado. Ao retorno ao local, recuperou a sacola contendo drogas e conduziu o apelante à Delegacia. Estava na área da mata. Os indivíduos conversavam, quando visualizaram os policiais, saíram cada um para um lado. Visualizou o recorrente dispensando a sacola. Tinha dinheiro com o recorrente dentro do maço de cigarro. Não o conhecia. O local é ponto de venda de drogas.**

No mesmo sentido, o depoimento do policial militar **Júlio** que narrou que realizava operação pela cidade, sendo que uma parte da equipe adentrou a comunidade pela área de mata e outra pela área urbana. **Ao adentrar pela comunidade, visualizou o recorrente conversando com outro indivíduo e, ao verem a viatura, empreenderam fuga para área de mata dando de encontro com os outros policial, que o viram dispensar uma sacola contendo três tipos de entorpecentes, maconha, cocaína e crack, além de dinheiro e anotações de tráfico. O outro indivíduo que foi detido, confirmou que foi comprar drogas e já tinha entregado dinheiro para o recorrente, mas não deu tempo de receber a droga. Abordou o Luan. A outra equipe deteve o recorrente.**

Não há motivos para rechaçar os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o recorrente não demonstrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste mostras que queiram mentir. Eles

desejam, sim, mostrar 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 (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.

Diante desse cenário, não há dúvida quanto à caracterização do tráfico.

Apesar da negativa do apelante, com nítida tentativa de enfraquecer a credibilidade da narrativa dos policiais militares, sugerindo, pois, que estava no local para comprar entorpecentes, uma vez que é usuário de drogas. Não se comprovou quais motivos os agentes públicos teriam para alterar a dinâmica dos fatos, somente para imputar, falsamente ao apelante, crime de tal gravidade, sendo que sequer se conheciam antes dos fatos.

Em resumo, os insuspeito depoimentos dos policiais militares, que

confirmaram terem surpreendido o recorrente em conhecido ponto de drogas, inclusive, reproduziram a admissão do outro indivíduo abordado, Luan, o qual informou que estava no local comprando drogas do recorrente, além do fato de terem visualizado o recorrente dispensando uma sacola, na qual continha anotações típicas do tráfico (fls. 20), certa quantia em dinheiro (R\$ 94,00 – fls. 16) e considerável quantidade e variedade de entorpecentes (52 (cinquenta e duas) porções de maconha, 59 (cinquenta e nove) porções de cocaína, e 79 (setenta e nove) pedras de cocaína na forma de crack – fls. 21/22), com alto potencial deletério, embalados individualmente, prontos para a distribuição a terceiros, provam o tráfico feito pelo recorrente.

O fato é típico. Foi demonstrado que ele trazia consigo entorpecentes para o comércio. Sabe-se que para a caracterização do tráfico, não se faz necessário seja o agente surpreendido no próprio ato da venda do entorpecente. É que o artigo 33 da Lei de Drogas possui múltiplo conteúdo, de maneira que basta a prática de qualquer uma das condutas descritas no tipo penal para a sua configuração, como ocorreu na hipótese vertente, pois o apelante foi flagrado trazendo consigo entorpecentes para fins de tráfico (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Rel. Des. Guilherme G. Strenger – J. 29.1.2020).

Ademais, o recorrente 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).

Assim, as provas são robustas para a condenação.

A dosimetria não comporta ajuste.

Na **primeira fase**, o apelante é possuidor de maus antecedentes (processo nº 1502174-73.2024.8.26.0548 – fls. 47/48 e termo de renúncia de recurso anexo, cf. fls. que seguem), assim, sua pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo legal, fração que se mostra proporcional e razoável à espécie, tem-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Na **segunda fase**, presente a agravante da reincidência específica (processo nº 1501649-58.2023.8.26.0150, fls. 47), a pena é majorada em mais 1/6, tendo-se seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa.

Na terceira fase, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, inclusive pela prática do mesmo delito, não é possível incidir a causa de diminuição do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do próprio dispositivo, não se podendo descartar, diante das circunstâncias do caso concreto, reiteração criminal e as circunstâncias da prisão revelam que não era principiante ou traficante ocasional (***AgRg no HC 547176/SP*** - T6 - Sexta Turma - Relatora Ministra Laurita Vaz - J. 17.12.2019 - DJe 4.2.2020; ***AgRG no HC 526085/SP*** - 5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 3.12.2019 - DJe 16.12.2019; ***HC 4780001/SP*** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - J. 5.2.2019 - DJe 14.2.2019 e ***AgRg no HC 530668/ES*** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. 19.11.2019 - DJe

3.12.2019 - nos dois últimos mencionaram a reincidência também).

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.

Os maus antecedentes também impedem o redutor: "2. Se no momento do julgamento da ação penal por tráfico de drogas já houver condenação transitada em julgado por fato pretérito, ou seja, cometido em momento anterior ao que ensejou a denúncia que está sendo examinada, resta configurada a existência de maus antecedentes, afastando-se a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006." (*AgRg no AREsp 2301358/PR* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 27.4.2023 – DJe 3.5.2023). Também: *AgRg no HC 787997/SP* – T6 – Sexta Turma – Rel^a. Min^a. Laurita Vaz – J. 27.3.2023 – DJe 31.3.2023.

Ademais, a prova dos autos não deixou dúvida quanto à sua dedicação à atividade criminosa. O recorrente foi flagrado realizando a mercancia ilícita em local de grande circulação de usuários de drogas e traficantes. Pela considerável quantidade e natureza de droga apreendida é evidente que não era principiante, fazia do comércio vil seu meios de vida, estando ligado a algo organizado, traficantes de maior porte.

O benefício em questão é reservado para casos específicos em que o crime não é organizado e seja episódio na vida de alguém, sob pena de ser mera válvula de impunidade e de incentivo ao crime. O que não é o caso dos autos.

No Preclaro Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu:

"Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas." - **AgRg no REsp 1390118/PR** - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017. No mesmo sentido: **AgRg no AREsp 973919/MG** - Rel. Min. Nefi Cordeiro - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017; **HC 389132/SP** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 31.5.2017; **HC 306536/PE** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 18.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 389871/SP** - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 386049/SP** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 19.5.2017; **HC 363726/RS** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 9.5.2017 - DJe em 17.5.2017; **AgRg no REsp 1635522/ES** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 18.4.2017 - DJe em 17.5.2017; **HC 175577/SP** - Rel. Min. Og Fernandes - T6 - Sexta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 17.10.2011; **HC 212990/SP** - Relatora Ministra Laurita Vaz - T5 - Quinta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 14.10.2011.

"Na espécie, não foram atendidas as diretrizes previstas para o

reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, não apenas em virtude da quantidade de entorpecente apreendido - 66,5 gramas de cocaína (e-STJ, fl. 52) -, mas também pelo fato de ele haver sido apreendido em conhecido ponto de venda de drogas, além de haver denúncia anônima informando que o paciente comercializava entorpecentes e, principalmente, por ele mesmo haver confessado que havia aceitado a proposta de "um rapaz" para vender drogas e que praticava a traficância para angariar fundos para auxiliar sua mãe doente (ambas à e-STJ, fl. 53), tudo isso a indicar que ele não se tratava de traficante eventual." (*AgRg no HC 601669/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 25.8.2020 – DJe em 31.8.2020). No mesmo sentido: *AgRg no HC 601085/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 18.8.2020 – DJe em 24.8.2020; *AgRg no AgRg no AREsp 1676929/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – J. em 18.8.2020 – DJe em 25.8.2020 e *AgRg no HC 5807699/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Félix Fischer – J. em 18.8.2020 – DJe em 25.8.2020 – sublinhou-se.

A pena é final, pois mais nada a altera. Cada dia-multa fica no mínimo legal, pelas condições insatisfatórias econômicas.

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 art. 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 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 inserta no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247).

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

Ele ostenta maus antecedentes e é reincidente específico. Reitera na prática de delitos, possuindo 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 art. 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, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julg. 28.3.2017).*

No mesmo sentido: “***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).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabia das consequências danosas de sua atitude, preferiu realizar o delito ao invés de se comportar de maneira correta.

Não se pode perder de vista a variedade e a natureza dos entorpecentes (maconha, cocaína, crack), com alto potencial deletério, poderia prejudicar vários "consumidores", se efetivamente vendidos, o que mostra a sua **periculosidade, personalidade e conduta social desvirtuada**, com vista a não respeitar princípios ético-jurídicos importantes, "viver honestamente" e "não causar lesão a outrem". Dessa maneira, tem ausência ou déficit de bons valores.

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).

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

Exsurge pertinente frisar que não existiu ofensa ao enunciado das Súmulas 440, do Superior Tribunal de Justiça, e 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, pois a fixação do regime inicial decorre das condições pessoais do agente e das circunstâncias do fato concreto e não de mera opinião do Magistrado.

Portanto, o regime de segregação plena para o início da execução foi justificado e era o mais adequado.

Dessa forma, retribui-se pela conduta realizada; previne-se que não a cometa mais e outras infrações penais e, por fim, reintegra-se na sociedade, com arrependimento e assimilação a terapêutica penal. Enfim, individualiza-se a sanção penal e implementa-se seus fins.

Com a nova redação do art. 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; acrescente-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.

Incabível a substituição da carcerária por restritivas de direitos, pois a sanção é superior a quatro (4) anos, além de o apelante ser reincidente, existindo, por conseguinte, proibição legal (art. 44, “caput”, inc. I e II, do Código Penal).

“É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 7. Habeas corpus não conhecido.” (STJ - HC nº 382.243/SP - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. em 16.2.2017 – DJe em 23.2.2017).

III - Conclusão

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

Recurso preso (fls. 133). Deverá permanecer no cárcere, porque seria ilógico mante-lo toda a tramitação encarcerado e, agora, que se tem mais certeza de sua responsabilização, libertá-lo, ademais, ele ostenta maus antecedentes e é reincidente e o crime é equiparado a hediondo, viu-se que o apelante é perigoso e ousado, portanto, para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, mister a medida excepcional.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.