



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000411673

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502368-30.2024.8.26.0530, da Comarca de Cravinhos, em que são apelantes RODRIGO ADRIANO NARCIZO DE LIMA e SANDRO DONIZETI DOS SANTOS JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª 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 XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente), RODRIGUES TORRES E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

XISTO RANGEL
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1502368-30.2024.8.26.0530

Apelantes: Rodrigo Adriano Narcizo de Lima e Sandro Donizeti dos Santos Junior

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Cravinhos

Voto n. 16452

DIREITO PENAL. AÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

I. Caso em Exame. Autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas comprovadas. Réus confessos. Defesa busca aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

II. Questão em Discussão. A questão em discussão consiste na possibilidade de aplicação do redutor do parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 aos réus, que são tecnicamente primários e sem antecedentes criminais, mas com histórico de atos infracionais.

III. Razões de Decidir. Os réus possuem passagens pela Vara da Infância e Juventude por atos infracionais equivalentes ao crime de tráfico de drogas, e cumpriram medidas socioeducativas de liberdade assistida. Tais circunstâncias indicam dedicação à atividade criminosa, impedindo a aplicação do redutor.

IV. Dispositivo e Tese. Recurso não provido.

Tese de julgamento: A existência de atos infracionais anteriores impede a aplicação do redutor do parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Ao relatório de fls. 253 e seguintes acrescento a r. sentença ter julgado procedente a ação penal, nos seguintes termos:

*Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido da ação penal que a Justiça Pública move contra e CONDENO os réus **RODRIGO ADRIANO NARCIZO DE LIMA e SANDRO DONIZETI DOS SANTOS JÚNIOR**, qualificados nos autos, como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 c.c. com o artigo 29, caput, do Código Penal, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, em regime inicialmente semiaberto.*

Isto porque ao que se extrai da denuncia de fls. 128/129:

Consta do incluso inquérito policial que no dia 27 de julho de 2024, por volta das 22h45min, na Rua Américo Braschi, 340, Francisco

*Castilho, na Cidade de Cravinhos-SP, RODRIGO ADRIANO NARCIZO DE LIMA, qualificado à fl. 5, e SANDRO DONIZETI DOS SANTOS JÚNIOR, qualificado à fl. 6, agindo em concurso de agentes, **traziam consigo e guardavam 250 porções de cocaína em pó embaladas individualmente em invólucros plásticos com peso bruto de 210 gramas**, conforme auto de exibição de fl. 21/22, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de R\$ 303,00 (trezentos e três) reais, em notas miúdas e um aparelho celular Apple Iphone 6.*

Segundo apurado, RODRIGO e SANDRO são conhecidos nos meios policiais pela prática do crime de tráfico de drogas e estavam no local dos fatos, ponto de venda de entorpecentes.

Ao avistarem os Policiais Militares, que faziam patrulhamento no local, mudaram bruscamente de direção e, em razão da atitude suspeita, foram abordados.

Durante revista pessoal com o denunciado SANDRO, foram encontrados no bolso direito da bermuda 30 pinos de cor branca contendo substância branca semelhante a cocaína e no bolso esquerdo a quantia de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais) e um aparelho Iphone de cor branca.

Já com RODRIGO foram encontrados 29 pinos de cor azul contendo substância semelhante a cocaína no bolso direito e no bolso esquerdo a quantia de R\$ 163,00 (cento e sessenta e três reais).

Em diligências pelo local, a cerca de 10 metros do local da abordagem, em um caminhão estacionado na via, na roda traseira deste veículo, localizaram dois sacos plásticos, um contendo 99 pinos na cor branca e 92 pinos na cor azul, mesmas características dos pinos localizados em posse dos denunciados.

As substâncias foram devidamente apreendidas (fls. 21/22) e realizado o exame toxicológico (fls. 102/103, 104/105, 106/108), que confirmou a natureza do entorpecente, atestando tratar-se efetivamente de cocaína.

Considerando o modo como os fatos se deram, bem como a quantidade e forma de acondicionamento do material, em embalagens individuais, prontas para a comercialização no varejo e, ainda, o dinheiro, em notas miúdas, não restam dúvidas quanto à destinação comercial do entorpecente.

Os acusados foram processados e condenados nos termos da denúncia.

Inconformada com a r. sentença, a defesa técnica interpôs recurso de apelação em favor dos acusados (fls. 277/279). Pleiteia a concessão do benefício do tráfico privilegiado, sustentando que os réus preenchem os requisitos exigidos no art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006. Pugna, ainda, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Contrarrazões (fls. 285/287).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso dos réus (fls. 316/321).

De conformidade com o art. 1º, da Resolução nº 772/17, não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A materialidade restou devidamente comprovada, conforme se verifica do auto de prisão em flagrante (fls. 01/06), boletim de ocorrência (fls. 07/10), auto de exibição e apreensão (fls. 21/22), auto de constatação (fls. 24/27), bem como do exame químico toxicológico, o qual detectou a presença de cocaína, constante da Lista das Substâncias Psicotrópicas e Entorpecentes da Portaria SVS/MS nº 344/1998 e atualizações posteriores (fls. 103/119).

A autoria igualmente conforme se verifica dos depoimentos dos agentes públicos e dos demais elementos trazidos aos autos.

O apelo dos réus visa a concessão do redutor.

Pois bem.

Passa-se à dosimetria.

Rodrigo Adriano Narcizo de Lima e Sandro Donizeti dos Santos Junior

A pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na segunda etapa, incidiram as atenuantes de confissão espontânea (Sandro e Rodrigo) e menoridade relativa (Sandro), sem reflexos na pena, ante o teor da Súmula 231, STJ.

Na terceira fase, o redutor não foi aplicado, vez que os réus possuem histórico de prática de ato infracional.

Conquanto os acusados sejam tecnicamente primários e não tenham antecedentes criminais, observa-se que **ostentam passagens pela Vara da Infância e Juventude por prática de atos infracionais equiparados ao crime de tráfico de entorpecentes** (tendo inclusive cumprido medida socioeducativa de liberdade assistida – Autos nº 0000684-19.2021.8.26.0153, nº 1500463-93.2020.8.26.0153, nº 0000482-42.2021.8.26.0154 e nº 1502128-13.2021.8.26.0153 - fls. 43/44 e 48/49), o que constitui circunstância impeditiva da aplicação da benesse do **parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006**, já que seguramente indicativa de sua dedicação a atividade criminosa.

Explica-se.

Diz aludido dispositivo que nos *delitos definidos no caput e no par. 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*, tendo a Resolução 5, de 15-2-2012, do Senado, suspenso a expressão *vedada a conversão em penas restritivas de direitos* certamente para possibilitar ao juiz, dentro de residual mas imprescindível atividade discricionária (legitimada na individualização judiciária da pena, princípio Constitucional que emana do art. 5º, XLVI, da CF), a busca do ajustamento da sanção à situação concreta (*sub judice*), por vezes a merecer o tratamento mais brando admitido no art. 44 do Código Penal.

Logo, são requisitos para o privilégio, do qual inclusive decorre a **possibilidade de aplicação de penas substitutivas restritivas de direitos**: 1) primariedade; 2) bons antecedentes; 3) **não dedicação a atividades criminosas**; 4) **não integrar organização criminosa**.

No caso em análise, o registro de ato infracional não permite que se atribua ao acusado a pecha de reincidente, nem que dele se diga, com o rigor técnico que a doutrina exige do termo, que ele tem antecedente criminal, já que tanto para uma situação como para outra é imprescindível haver condenação definitiva por prática anterior de crime, com o que não se confunde a responsabilização por ato infracional.

Inobstante, nada impede que o juiz, avaliando a

existência do terceiro requisito (evidentemente menos restritivo que os demais), chegue à conclusão, pelo precedente registro de medida socioeducativa (assim como faria caso verificasse a proliferação de processos – agora não mais em razão do novo Tema aprovado), de que o acusado vem se dedicando a atividade ou atividades criminosas, de modo que o tratamento benevolente obviamente não lhe seja recomendável, já que não mais promissor quanto à consecução dos fins aos quais se destina, notadamente a prevenção/repressão ao crime e a ressocialização de quem o comete.

Afinal, a ideia subjacente ao afastamento do benefício, é que se evite concedê-lo nos casos em que as circunstâncias revelem sua insuficiência, factível quando habitual o envolvimento do acusado com atividades ilícitas, bem assim quando já não tiverem surtido efeito quanto a ele eventuais sanções ou medidas que almejassem demovê-lo da espúria inclinação.

É importante interpretar a lei com o máximo de respeito à sua terminologia (**legalidade**), sem descuidar, porém, das suas **finalidades**, justamente para que materialize a **consecução do bem comum** em razão do qual fora concebida.

Com efeito, quisesse o legislador limitar a não concessão do benefício ao reincidente e ao que tem mau antecedente, não teria relegado ao juiz também averiguar outros dois requisitos impeditivos (dedicação a atividades criminosas ou vinculação a organização criminosa) que, bem menos objetivos ou técnicos, não exigem que seja o réu condenado também por associação ao tráfico ou ao crime organizado nem que já tenha sido condenado com trânsito em julgado, tanto que o próprio STF, por exemplo, já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que para fins de categorizar o indivíduo *como partícipe de organização criminosa*, não é necessária uma decisão definitiva transitada em julgado, e sim os elementos fáticos-probatórios que constam dos autos (HC 195.540, Primeira Turma, rel. Min. Dias Tóffoli, p. 3/05/2021).

E sendo tais elementos fático-probatórios costumeiramente extraídos de suporte indiciário, indireto ou testemunhal (apreensão de anotações, de balança de precisão ou de arma de fogo no local em que encontrada a droga, menção policial de que o tráfico seria habitual com referência a outras

reclamações contra o infrator, a quantidade de droga, com inferência, ainda que só dela, de que o réu esteja embrenhado no tráfico mais estruturado)¹, por qual razão não poder afastar o redutor quando há anterior aplicação de medida socioeducativa por tráfico – circunstância que se prova de forma mais segura, direta e documental?

Ora, se não se puder afastar de réu com vasto passado infracional - ou que já se encontra respondendo a outros processos por tráfico -, o benefício do par. 4º do art. 33, com que razão lhe negar o mesmo benefício com base em indícios ou em testemunhos de que já estivera traficando?

Seria o mesmo que dizer que para demonstrar dedicação ao crime a constatação inequívoca de sucessivas apreensões/prisões em flagrante valessem menos que informações advindas de prova indireta e testemunhal, ou seja, seria privilegiar os elementos de convicção menos tangíveis em lugar dos mais tangíveis.

Daí ser salutar, portanto, que seja relegada ao juiz a apreciação de todas as circunstâncias que entenda relevantes para formação do seu convencimento sobre haver prova de que o réu venha se dedicando ao crime, sendo a prévia imposição de medida socioeducativa - assim como recentes prisões em flagrante por crimes graves ou da mesma espécie - importantes indicativos de que a benesse não se faz merecida.

Aliás, se a ideia é conceder uma chance a quem ainda não foi corrompido pelo crime ou que ao menos não venha fazendo da criminalidade seu meio de vida, cumpre libertar a hermenêutica da mera exação de estanques literalidades, de modo a facultar-se inclusive a excepcional concessão do benefício a determinados reincidentes (aos que só ostentem, por exemplo, condenação por posse de droga para uso pessoal)², tanto quanto nega-lo aos que, embora primários e sem antecedentes, já se encontravam em liberdade provisória por outros processos de tráfico ou que arrastem relevante ficha infracional da recém abandonada

¹ Confira-se, a propósito, AgRg no REsp 1895691/SP, de relatoria da Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020 e publicado no DJe 18/12/2020: “...a **elevada quantidade de droga apreendida** é circunstância que permite aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas. 2. Além disso, a **jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de que a apreensão de balança de precisão é também circunstância que denota envolvimento com atividades criminosas...**”

² Confira-se HC 453.437-SP, julgado em 04/10/2018, da Quinta Turma do STJ.

adolescência.

Compreendida a “mens legis”, permite-se que tanto não se atribua à reincidência e aos “antecedentes” a natureza de entrave intransponível ao benefício, quanto não se aniquile os demais requisitos mediante descabida exigência de que se confundam com os dois primeiros ou de que, em detrimento de prova mais segura, só sejam reconhecidos com base em prova menos segura.

E assim como se passa a admitir, em determinados casos, a concessão do benefício mesmo que o réu seja reincidente ou tenha antecedente, também se passa a fazê-lo quando tiver anterior condenação por ato infracional, como se extrai do **HC 662.834 (STJ)**, no qual o Relator, ministro Joel Ilan Paciornik, concluiu que o ato infracional praticado pelo réu enquanto menor de idade não servia para apontar dedicação à atividade criminosa do tráfico já que sem qualquer relação com o tráfico (no caso, o ato infracional anterior consistiu em divulgar nas redes sociais vídeos íntimos de menor com quem o paciente mantivera relação).

"Assim, sendo o paciente primário, sem antecedentes e a quantidade de droga apreendida não sendo de elevada monta, possível o reconhecimento da aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006", concluiu.

Sem o acurado filtro da jurisdição, dificilmente a letra da lei terá o alcance desejado, atingindo seus mais louváveis fins e cumprindo sua função político-social, que só se viabilizam pela mais refinada percepção de que mesmo a compreensão dos dois primeiros requisitos não prescinde da ponderação do sentido global trazido à norma pelos derradeiros, qual seja, o de que o acusado não seja pessoa com alguma dedicação relevante ao crime.

Ilustrando: tanto não será alijado do benefício aquele que porventura seja reincidente em razão de uma única condenação anterior por um delito culposos de trânsito (de menor potencial ofensivo), quanto não será agraciado com ele o indivíduo que, havendo cumprido medidas socioeducativas por atos infracionais equivalentes ao tráfico e roubo, também já tenha, alcançada a maioridade, sido preso em outras ocasiões por tráfico e roubo, sem anterior condenação definitiva.

A propósito, releva ressaltar ser constante, na jurisprudência, a busca desse objetivo, de preservação de alguma liberdade ao juiz na análise da situação que se lhe apresenta (função jurisdicional) – como se vê, quanto ao tráfico, no reiterado afastamento das vedações legais peremptórias (*ex lege*) à liberdade provisória, à aplicação de regime diverso do fechado e à substituição da pena de prisão por restritivas.

Procura-se afirmar como indissociável, especialmente do postulado da individualização da pena, o resguardo de um mínimo de discricionariedade judicial, pois o que se julga, diferentemente da realidade sobre a qual se legisla, não é uma hipótese ou uma categoria, mas sim uma conduta específica praticada por um determinado réu, servindo para ilustrar essa ideia até mesmo as **súmulas 718 e 719 do STF**, que exigem do juiz que queira impor regime mais severo do que o permitido pela pena aplicada, a apresentação de motivação idônea, fincada no caso concreto, não em mera opinião sobre a gravidade em abstrato do delito.

E ainda que nos exemplos pertinentes ao tráfico o texto legal tenha sido coartado com potencial benefício ao acusado, nada mais natural que a mesma discricionariedade, ao menos na efetivação do que nele está positivado, deva ser resguardada também quando potencialmente o desfavoreça, sob pena de colocar-se, a jurisprudência, a serviço do denominado garantismo monocular, que se a um lado almeja o máximo de respeito dos direitos e garantias do réu, a outro ignora quase por completo o interesse social na correta aplicação da sanção penal.

Individualizar a pena significa aproximá-la tanto quanto possível do merecimento do acusado e de sua concreta necessidade social, seja para mais, seja para menos, afinal, como se sabe, o processo penal, ainda que mediante o rigoroso resguardo das garantias individuais, não pode descurar do seu maior propósito, qual seja, implementar o direito penal, assegurando-lhe **efetividade**.

Dizendo de outro modo, o processo penal deve ser regido pelo imperativo do equilíbrio, preservando o interesse público que o justifica (adequada aplicação da lei penal em substituição à vingança privada), uma vez garantidos os direitos individuais do acusado.

Razoável, portanto, o prestígio atribuído ao princípio da individualização da sanção penal na jurisprudência, seja pela devida aplicação da lei nas partes em que o reconhece e reforça, seja pelo afastamento da lei daquelas partes que o amesquinham ou aniquilam.

Assim, se a um lado a jurisprudência paulatinamente oblitera do texto legal os pontos que obstam “a priori” sua aplicação de modo mais ajustado ao caso concreto (vedação peremptória à liberdade provisória, imposição obrigatória do regime fechado, vedação indiscriminada à aplicação do art. 44 do CP), nada mais coerente que, a outro, seja ao menos prestigiado o texto nas partes incentivadoras da mesma **busca por ajustamento**, afinal, parte-se em boa base do **princípio da confiança social no magistrado** quando se trata de a ele atribuir a função de dizer o direito, sobretudo a pena, obviamente sob a toada do postulado da persuasão racional.

Quer dizer: se está bem que apesar da equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos (já na Constituição), a jurisprudência suprima do texto legal expressões que, amesquinhando a função jurisdicional, tolham o magistrado de apreciar o caso com suas especificidades; igualmente está bem que a jurisprudência valorize, na lei, as expressões que clamam para que o juiz atue em função do mesmo objetivo, ou seja, julgue o caso conforme características e gravidade reais, desvestido de expedientes ficcionais que estejam, ou não, a favor do réu.

Como se sabe, o texto legal pertinente ao tráfico impedia o juiz de conceder **liberdade provisória**, até que o STF, em 10 de maio de 2012, ao julgar o HC 104.339/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, o que foi reafirmado pela Suprema Corte em 18 de maio de 2017, em julgamento de recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral, fixando então a tese: “**é inconstitucional a expressão 'e liberdade provisória', constante do caput do art. 44 da Lei 11.343/2006**” (RE n. 1.038.925/SP, rel. Min. Gilmar Mendes).

Também em caráter de repercussão geral, a mesma Suprema Corte sedimentou a tese de que **é inconstitucional a obrigatoriedade de**

fixação do regime fechado exclusivamente com base no art. 2º, par. 1º, da Lei 8072/90 (lei dos crimes hediondos): “É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, parágrafo 1º, da Lei 8072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal”.

Igualmente ocorreu quanto ao disposto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas, já que o e. STF fixou o entendimento, que se pode conferir no HC 97.256-RS de relatoria do Min. Ayres Brito, de que **a restrição legal à substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, também era inconstitucional por ofender o princípio da individualização da pena, leia-se, da discricionariedade judicial para julgar o caso concreto com suas especificidades.**

Não sem razão que a reboque do derradeiro entendimento veio a Resolução n. 5 do Senado, que, como já dito, suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do parágrafo 4º do art. 33, **reservando tal análise ao juiz diante do caso concreto.**

Enfim, a busca, em especial quando se trata de individualizar a pena, é para que em boa medida seja preservada a função jurisdicional de presunções, limitações, abstrações ou ficções que distanciem o julgador de analisar o caso em sua real magnitude.

Logo, fazer tábula rasa da expressa exigência legal de não dedicação ao crime para anuir à tese de que o acusado mereça a benevolência penal, ainda que notoriamente envolvido com o tráfico de drogas desde a adolescência, antagoniza a ideia que a jurisprudência nitidamente prestigia, qual seja, a de que **cabe ao juiz avaliar o caso e suas especificidades, dentre as quais, acreditamos, a vida pregressa do réu ainda quando infrator, já que não nascera aos 18 anos.**

É certo que se convencionou chamar a sanção aplicada ao adolescente de “**medida socioeducativa**”. À razão de que o menor não comete propriamente crime, mas **ato infracional** (vide **art. 228 da CF e o ECA**).

Não menos certo, contudo, que **alcançada a maioridade o que se aplica é pena**, para cuja individualização não prevalece a anterior distinção como barreira ficcional a impedir o juiz de avaliar o caso e o réu

como merecem, ou seja, considerando tratar-se de crime grave cometido por quem já vinha se dedicando a traficar entorpecentes e que, **mesmo havendo cumprido medida socioeducativa, que pressupõe alguma responsabilização na esfera especial, não se mostrou “reeducado”**, quer dizer, não se mostrou demovido da inclinação espúria.

Vale insistir. A prática de ato ou atos infracionais à época de adolescente não deve, em absoluto, ser ignorada como se antes de completar os 18 anos nada tivesse ocorrido na vida do acusado (ficção). Mesmo porque o que a norma do art. 228 da Constituição estabelece quanto aos atos infracionais é **“inimputabilidade” que não se confunde com a do art. 26, “caput”, do Código Penal**, tanto que, ao determinar que o adolescente se submeta às regras da legislação especial, abre espaço para sua **responsabilização na forma que o ECA determina**. Confira-se.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

A inimputabilidade por doença/deficiência mental é, como se vê, de outra ordem, sendo ela – sim – infensa a qualquer juízo de reprovabilidade, já que parte do pressuposto de não ter havido autodeterminação, de modo a autorizar não mais do que “tratamento individual e especializado” (par. 3º do art. 112, ECA).

No comportamento do adolescente há consciência e autodeterminação, tanto que passível, o infrator, de imposição de medidas na expectativa de que ele seja corrigido. E refrear a autodeterminação que se observa na reiteração da prática infracional, agora como delitiva, naturalmente exige mais do que a aposta no que já não surtiu efeito: medidas restritivas diversas da prisão - ou com ela assemelhadas -, aplicadas então sob a denominação de socioeducativas.

Cabe frisar: se a medida é “socioeducativa” é porque parte do pressuposto de que a pessoa a quem aplicada pode ser **educada** ou **reeducada**, situação diferente, portanto, da de quem, por doença mental ou desenvolvimento mental deficitário, não tenha qualquer capacidade de se conduzir em conformidade com a lei e mereça, pois, ser apenas **tratada**.

Além disso, não se diga que o afastamento do redutor com base em consideração de ato infracional estaria a implicar em seu indevido sancionamento penal indireto ou diferido, pois, fosse assim, poder-se-ia dizer o mesmo da aferição de antecedentes e da reincidência que, como cediço, autorizam inclusive a majoração penal em função da apreciação de crimes pelos quais, bem ou mal, o réu já fora punido.

Aliás, importante afirmar que, diferentemente do que acontece com os antecedentes e a reincidência (que igualmente impedem, a priori, a concessão do benefício), não se está atribuindo mais pena ao acusado em função de anterior prática infracional. Está se afastando dele o benefício, ou seja, a norma de abrandamento penal erigida em socorro somente dos mais jejunos na prática delito-infracional e que, pressupõe-se, mereçam uma primeira chance de se emendar sem o rigor sancionatório ordinariamente previsto para o crime (medida de política criminal erigida não só em favor do acusado, mas da sociedade, à qual também não interessa a desnecessária exposição do principiante à possível arregimentação no ambiente carcerário).

A propósito assim já se manifestou o **STF**: ...Isso não significa que foram considerados, como crimes, os atos infracionais praticados. Significa, apenas, que todo o contexto fático comprova que o requisito de não dedicação a atividades criminosas não foi preenchido (HC nº 179.012 de relatoria do Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/2/20).

Por fim, não dá para desprezar outro perigo gerado pela desconsideração do passado infracional do acusado que nitidamente vem fazendo do tráfico seu meio de vida: a consequente prognose penal favorável, ainda que imerecida, refrearia o vigor das medidas de acautelamento, notadamente a prisão preventiva, já que por revelar-se proporcionalmente mais drástica que a sanção em perspectiva, ela fatalmente atrairia a pecha de não homogênea.

Enfim, a conclusão a que se chega é de que, registrando, o réu, antecedentes por infração ou infrações equivalente(s) ao tráfico de drogas na Vara Especializada da Infância e Juventude, não merece a aplicação do benefício do par. 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, já que evidente sua dedicação à atividade criminosa.

Tal exegese não afronta o TEMA Nº 1139 do STJ (que veda a consideração de inquéritos/processos em curso) e, a propósito, é amplamente adotada pela jurisprudência, o que pode ser conferido nos seguintes julgados.

STJ:

AgRg no HC 658.774 - SP Reynaldo Soares da Fonseca 04/05/2021 STJ/5ªT

AgRg no HC 612884 - SP João Otávio de Noronha 01/12/2020 STJ/5ªT

TJSP:

AP 1505924-49.2019.8.26.0228 Lauro Mens de Mello 20/05/2021 TJSP/6ªC

AP 1500004-02.2020.8.26.0603 Cesar Mecchi Morales 21/05/2021 TJSP/3ªC

AP 1503133-39.2021.8.26.0228 Gilberto Ferreira da Cruz 21/05/2021 TJSP/15ªC

AP 1500105-45.2019.8.26.0580 Diniz Fernando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

20/05/2021 TJSP/1ªC

AP 0017488-85.2017.8.26.0320 (*) Nelson Fonseca

Júnior 09/03/2021 TJSP/10ªC

AP 1501083-71.2020.8.26.0617 Hermann Herschander

08/03/2021 TJSP/14ªC

AP 1501380-40.2019.8.26.0544 Fátima Gomes

05/03/2021 TJSP/9ªC

AP 1523210-40.2019.8.26.0228 Xavier de Souza

06/05/2021 TJSP/11ªC

AP 0000576-63.2015.8.26.0617 Juscelino Batista

03/05/2021 TJSP/8ªC

AP 1505238-02.2019.8.26.0408 Geraldo Wohlers

03/05/2021 TJSP/5ªC

AP 1509855-17.2018.8.26.0577 Camilo Léllis

29/04/2021 TJSP/4ªC

AP 1501399-12.2020.8.26.0544 Reinaldo Cintra

13/04/2021 TJSP/7ªC

(*) Não afastou a causa de diminuição apenas por não haver certidão comprobatória nos autos.

Desta c. 13ª Câmara Criminal:

AP 1501159-66.2019.8.26.0347 rel. Moreira da Silva –
26/02/2021.

AP 1500162-97.2019.8.26.0116 rel. Augusto de
Siqueira – 23/10/2020.

Desta relatoria:

AP

1500832-33.2020.8.26.0559; rel. Xisto Rangel - Data do Julgamento: 20/05/2021;
13ª Câ. Criminal.

Quanto ao e. STF, pode-se observar entendimento convergente no seguinte v. acórdão, proferido recentemente no HC 195.540 de relatoria do Min. Dias Tóffoli:

Logo, deve ser mantida a negativa de incidência da causa especial de redução da pena, já que ficou demonstrado que o paciente se

dedica a atividades tipificadas como crime. Consoante pontuou o Ministro Gilmar Mendes ao denegar a ordem no HC nº 179.012, '(...) é indiscutível que, na adolescência, o agravante não praticou crimes, em seu sentido técnico-jurídico. Ocorre que o tribunal de origem apenas registrou que a prática dos referidos atos infracionais comprova que o agravante não é nenhum principiante. Vale destacar os diversos atos infracionais já praticados pelo ora paciente, quais sejam: a) Recepção de motocicleta em 17 de março de 2014, quando o réu tinha 14 anos; b) Tráfico de entorpecentes em 17 de julho de 2015, quando o réu tinha 15 anos; c) Tentativa de homicídio no interior da Fundação CASA em 07 de março de 2016, quando o réu tinha 17 anos. Isso não significa que foram considerados, como crimes, os atos infracionais praticados. Significa, apenas, que todo o contexto fático comprova que o requisito de não dedicação a atividades criminosas não foi preenchido (DJe de 6/2/20)'. No mesmo sentido: HC nº 192.147, de minha relatoria, DJe de 14/10/20; HC nº 178.364, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 25/11/19; e HC nº 152.100, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 22/2/18, entre outras. Ademais, ressalto que estamos diante do dispositivo do tráfico privilegiado, da participação ou não em atividades de organização criminosa. E, para fins de categorizar a individualização - no caso, o paciente, na ação penal, o acusado - como partícipe de organização criminosa, não é necessária uma decisão definitiva transitada em julgado, e sim os elementos fáticos-probatórios que constam dos autos. Considero, assim, adequada a fundamentação que afasta a aplicação da minorante do tráfico de drogas, em razão do motivado convencimento acerca de anterior envolvimento do paciente em crimes desse jaez... (Primeira Turma, Sessão Virtual de 23.4.2021 a 30.4.2021, publicada em 03/05/2021).

Logo, a pena resulta mesmo em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no mínimo legal.

Quanto ao regime prisional, constata-se que as circunstâncias judiciais foram consideradas neutras na primeira etapa da dosimetria, e que o fato de os réus terem passagens pela prática de infrações equiparadas ao tráfico de drogas, bem ou mal, já afastou o redutor.

Aliás, até porque tecnicamente primários, viável que os acusados iniciem o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto (art. 33, par.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2º, “b”, CP).

Desta forma, sopesados novamente os critérios do art. 59, nos termos do art. 33, parágrafo 3º, do Estatuto Repressivo, mantenho o regime semiaberto, que se indica pela escala da pena, que supera 04 anos, mas é bem inferior a oito.

Nem se cogite de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos haja vista o impeditivo do art. 44, I, do Código Penal.

Em face do exposto, **nega-se provimento ao recurso dos réus**, ficando mantida a r. sentença.

XISTO RANGEL

RELATOR