



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000418228

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500320-27.2022.8.26.0544, da Comarca de Várzea Paulista, em que é apelante/apelado SEBASTIANA TAICI DOS SANTOS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO ao recurso defensivo e DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial, para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal 1500320-27.2022.8.26.0544

Apelante/ Apelada: Sebastiana Taici dos Santos

Apelado/ Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Várzea Paulista

Magistrada: Heloisa Helena Palhares Montenegro de Moraes

Voto 11195

Ementa. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas. Validade. Responsabilização inevitável. Legalidade e compatibilidade evidenciadas. Conjunto probatório seguro e coeso. Traficância caracterizada. Dosimetria irretocável. Fixação de regime prisional inicial semiaberto afastado. Pleito ministerial acolhido para fixar-se o regime fechado. Apelo defensivo desprovido e apelo ministerial provido.

Trata-se de apelação, interposta por Sebastiana Taici dos Santos, contra a sentença (fls. 246/253), que a condenou como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, a cumprir a pena de 05 (cinco) anos de reclusão e pagar 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal, com regime prisional inicial semiaberto.

O Ministério Público apelou, requerendo a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena (fls. 262/267).

A Defesa apelou, requerendo a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § quarto, da Lei de Tóxicos, e a aplicação do instituto da detração (fls. 305/309).

Foi contra-arrazoado o apelo (fls. 288/291 e 313/315).

Em seu parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso defensivo e pelo provimento ao recurso ministerial (fls. 324/330).

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

É o relatório.

A apelada foi condenada pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 03 de fevereiro de 2022, por volta das 17h40min, na Rua Maranhão, 180, na Vila Popular, na Cidade e Comarca de Várzea Paulista, Sebastiana Taici dos Santos, agindo em concurso com o adolescente Kauan Pereira dos Santos Soares, tinha consigo e mantinha em depósito, para fins de tráfico, 07 (sete) porções de crack e 10 (dez) porções de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de guardar uma quantia (R\$ 45,00), em dinheiro, sem indicação de origem lícita.

Segundo apurado, foi expedido o mandado de busca e apreensão nos Autos 1500075-71.2022.8.26.0655, versando sobre crime de tráfico de drogas, que ocorria defronte ao prédio 180, da Rua Maranhão, onde seria comercializada a droga, bem como em uma residência situada no prédio 164 da mesma rua, local em que os entorpecentes eram armazenados.

Assim, os policiais civis em cumprimento ao referido mandado, constataram que o tráfico estava ocorrendo na entrada da viela, pois flagraram o adolescente Kauan a recepcionar um transeunte que lá chegou para a aquisição de tóxicos.

Em seguida, o adolescente autorizou a entrada do interessado na viela, onde ele entregou o numerário à acusada Sebastiana, que retirou pequenos objetos de uma sacola plástica, repassando-os ao adquirente.

Desse modo, configurada a conduta típica da traficância, os policiais se aproximaram e detiveram o adolescente, que nada de ilícito tinha consigo.

Contudo, a própria acusada retirou de seu bolso o dinheiro proveniente da venda das drogas. E, no interior da sacola, em que ela carregava, foram encontradas as porções de entorpecentes retro descritas, tendo Sebastiana confessado informalmente a traficância.

Ato contínuo, os policiais fizeram vistoria na casa 164, cujos moradores foram cientificados acerca do teor da diligência, mas nada de ilícito lá havia, inexistindo vínculo com o adolescente e a acusada.

Assim, considerando as investigações prévias que culminou com a expedição de mandado de busca e apreensão, quantidade da droga encontrada, incomum para ser considerada de consumo pessoal, a forma em que as encontrou, o encontro de dinheiro, e a confissão informal da acusada é forçoso convir que a droga apreendida destinava-se à entrega e consumo de terceiros.

A materialidade resultou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 08/10), auto de exibição e apreensão (fl. 11), laudo de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 22/24), pelo laudo de exame químico toxicológico (fls. 99/101) e pela prova oral coligida.

Observe-se que tanto a defesa quanto a acusação apelaram somente no tocante à dosimetria e ao regime prisional fixado, de forma que passo a apreciar a materialidade e autoria de forma sucinta.

Nesse ponto, fica claro que o recurso ataca parcialmente a sentença, devendo assim ser analisada, nos estritos termos do artigo 599 do Código de Processo Penal:

“Artigo 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele”.

Diante disso, indiscutível que as partes possuem livre arbítrio para questionar, total ou parcialmente, a decisão de primeiro grau, transmitindo a esta Corte a possibilidade de conhecimento limitado da matéria, especialmente em atenção ao princípio “*tantum devolutum quantum appellatum*” e, consequentemente, impedindo a análise de matéria diversa daquela recorrida.

Nesse sentido:

*“Embora o recurso de apelação seja dotado de efeito devolutivo amplo no que concerne à profundidade (cognição vertical), no plano horizontal, o órgão julgador, em regra, fica adstrito às matérias expressamente impugnadas no apelo, em respeito ao postulado do *tantum devolutum quantum appellatum*. Vale dizer: a apelação não impõe, ao Tribunal, a revisão de todo o processo-crime – premissa que não se altera mesmo diante da possibilidade de concessão de habeas corpus, de ofício. Essa iniciativa – exclusiva do Magistrado, e que visa a sanar ilegalidades em causas nas quais foi inaugurada a sua competência –, não se presta à obtenção de pronunciamento judicial*

sobre questões que nem passaram pelo juízo de admissibilidade” (Agravamento Regimento no Habeas Corpus 702.446/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, Julgado em 15/03/2022).

No presente caso, diante dos elementos de prova que constam no processo, não era mesmo de se cogitar a absolvição da acusada, devendo permanecer inalterada a sentença.

A autoria e a materialidade do crime são incontestáveis, visto que ambos a ré foi presa em flagrante pelos policiais, tudo corroborado pela confissão de ambos em juízo, oportunidade em que descreveram a ação delituosa, não sendo, sequer, alvo de inconformismo da defesa.

Assim, a prova exsurgiu cristalina de que o delito ocorreu e foi cometido pela acusada, merecendo inteira credibilidade a versão ofertada pelas testemunhas na fase policial e em juízo, formando uma boa e robusta prova incriminadora, sendo impossível cogitar qualquer forma de absolvição.

Passo à análise das reprimendas.

Na primeira fase, a pena base foi fixada acima do mínimo legal, uma vez que a ré estava em liberdade provisória pelo Processo Penal 1500269-16.2022.8.26.0544, quando foi presa comercializando os entorpecentes, demonstrando a sua recalcitrância criminosa e personalidade voltada à prática criminosa, o que deve ser mantido, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, incide a atenuante da confissão, de forma que a pena foi reduzida para o patamar mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Por fim, na terceira fase, sem causas de aumento, o juízo *a quo* aplicou o redutor previsto no § quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, tendo em vista que o conjunto probatório demonstrava que a ré estava dedicada às atividades criminosas como meio de vida.

Como bem ponderou o culto representante do Ministério Público: *“no tocante a diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11343/06, a acusada não é merecedora de tal causa de diminuição, visto que foi presa em 27/01/2022, ou seja, 1 semana antes dos fatos deste processo, também em razão do tráfico de drogas, tendo sido liberada*

em audiência de custódia (Processo 1500269-16.2022.8.26.0544). Logo, evidente que a apelante se dedica a atividades criminosas, o que impede a aplicação da causa de diminuição de pena” (fl. 315)

Os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06 (primariedade, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa) são de observância cumulativa, de modo que a ausência de qualquer deles, enseja a não aplicação da causa de diminuição de pena.

Como bem fundamentado, ficou demonstrado que a acusada se dedica às atividades criminosas, tendo em vista que a acusada, apenas uma semana antes dos fatos dos presentes autos, foi liberada em audiência de custódia exatamente pelo mesmo crime de tráfico de drogas, evidenciando a conduta reiterada destinada à prática de crimes, circunstância impeditiva da aplicação do redutor, tudo a demonstrar que a ré fazia do crime o seu meio de vida, demonstrando seu envolvimento com a atividade criminosa.

Cumprir destacar que inquérito policiais e ações penais em andamento, embora não possam caracterizar maus antecedentes, podem impedir a concessão do benefício do artigo 33, parágrafo quarto, da Lei de Drogas, por caracterizar dedicação às atividades criminosas.

Nesse sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que, além da reincidência e dos maus antecedentes, até mesmo inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11343/06, quando indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas” (Agravo no Habeas Corpus 603.339/SP, Relator Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 22/09/2020).

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

Induvidoso que, ao prever no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei de Drogas, a possibilidade de ser o agente beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa, pretendeu o legislador, com o chamado tráfico privilegiado, punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, “aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida”. Situação, por óbvio, não caracterizada no caso vertente.

Sobre o benefício do parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, sem representar direito subjetivo da acusada, configurando mera faculdade do Juiz, que na dosimetria da pena deve se ajustar, com rigor e precisão, às diretrizes dos artigos 42, da Lei de Drogas, e 59, *caput*, do Código Penal. Até porque se o favor legal fosse pelo legislador entendido como direito da ré, teria se utilizado do verbo “dever”, ao invés de fazer constar naquele dispositivo, “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”. Daí porque, valoradas as circunstâncias analisadas, não faz ela jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei Federal 11343/06.

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

Claro está que as provas carreadas deixam evidente a dedicação da acusada às atividades criminosas.

Portanto, não há que se falar na aplicação do redutor, porquanto a apelante não preenche os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06, de forma que não há que se falar na aplicação do benefício, fixando-se a pena definitiva do crime de tráfico de drogas em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

O Juízo *a quo* fixou o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, uma vez que tecnicamente primária, tendo o Ministério Público se insurgido, requerendo a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena.

O pleito ministerial comporta acolhimento, uma vez

que é único dotado de suficiência para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, considerando o disposto no artigo segundo, § primeiro, da Lei Federal 8072/90.

Cabe invocar ensinamento do STF: *“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59”* (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Merece destaque o julgado do STJ: *“A Lei Federal 11464/2007, ao introduzir nova redação ao artigo segundo, parágrafo primeiro, da Lei Federal 8072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda aos condenados pela prática desses tipos de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade da sanção firmada* (Habeas Corpus 188.950/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 05.04.2011, DJE 06.05.2011).

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

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

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

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

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

Convém lembrar que, embora a Lei Federal 11464/07

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

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

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

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

Nesse sentido:

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

É da jurisprudência ainda:

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

Embora não se desconheça o teor do artigo 387, § segundo, do Código de Processo Penal, não há de se cogitar de sua aplicação imediata

nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos do comportamento dos réus no cárcere e do efetivo lapso que permaneceram presos, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada por primeiro pelo Juízo das Execuções, evitando-se, ainda, supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Com efeito, o artigo 42, do Código Penal, trata da detração para fins de pena e, inegavelmente, tem como órgão competente o Juízo da Execução Penal (artigo 66, inciso III, alínea “c”, da LEP).

O pressuposto de validade processual repousa perante o Juízo das Execuções, porquanto a matéria atinente à detração não comporta discussão no processo de conhecimento, devendo a questão ser analisada quando da execução do julgado, consoante se infere do artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei de Execuções Penais, regra não contrariada pela alteração legislativa promovida pela Lei Federal 12736/2012.

Assim:

"APELAÇÃO. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E MUNIÇÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. APRECIÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. Restando demonstrado pelo robusto conjunto probatório que o apelante portava, sem autorização legal ou regulamentar, a arma de fogo de uso restrito e as munições apreendidas, incensurável se mostra a solução condenatória proferida. Ademais, nenhum reparo merece a sentença no que tange à aplicação da detração penal. O legislador inseriu o § 2º no artigo 387 do CPP, por meio da Lei 12736/12, dispondo que o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade". Cabe ao Juízo da Execução Penal apreciar se o condenado preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício, sendo ele, portanto, o competente para a apreciação do referido pleito, consoante o preceituado no artigo 112 da Lei 7210/84. Desprovemento do recurso" (TJRJ, Apelação 0400285-32.2014.8.19.0001, Relator: Des. Antonio Eduardo Ferreira Duarte, Data de Julgamento: 13/10/2015, Data de Publicação: 19/10/2015).

E, apesar de a Lei Federal 12736/2012 ter acrescentado o § segundo ao artigo 387, do CPP, determinando que o Juiz da condenação deva considerar a detração quando proferir a sentença, não revogou o artigo 66, da Lei de Execução Penal, que atribui ao Juízo da Execução a competência para deliberar sobre

a detração, sendo ele o mais indicado.

Diante disso, o pleito de detração deverá ser formulado perante o Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais, a teor do que dispõe o artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei Federal 7210/84.

Note-se que o próprio artigo 44, do Código Penal, estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena e da lei penal.

E, neste ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai contra o tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, nenhuma das restritivas de direitos seria resposta proporcional e coerente, até porque, se o fosse, o tráfico estaria equiparado, ao menos quanto às reprimendas ao delito de consumo, quando o primeiro é realmente mais grave, e, em verdadeira afronta à própria individualização da pena e à isonomia em sua acepção material.

Além do mais, não obstante a edição da Resolução 005, de 15 de fevereiro de 2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei Federal 11343/06, pelo STF, nos autos do Habeas Corpus 97256/RS, na parte em que “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da quantidade e nocividade dos tóxicos apreendidos (cocaína), com a observação de que o réu, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando e arruinando suas vidas futuras.

Neste sentido:

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

É da jurisprudência ainda:

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

E vale apontar a incoerência de se aplicar regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que tais benesses são insuficientes para a correta repressão do delito em análise e às circunstâncias concretas do crime em apreço, nos termos do artigo 33, § terceiro, e artigo 44, incisos I e III, ambos do Código Penal, não se cogitando em ofensa às Súmulas 718 e 719 do STF.

Aliás, julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça trata da impossibilidade da substituição por pena restritiva de direitos e a imposição de regime de cumprimento diverso do fechado em crimes de tráfico, posicionamento que merece transcrição:

“No mais, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque, não obstante a edição da Resolução 005, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei 11343/06 pelo STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, com a observação de que o apelante, com seu ilícito comportamento, procurava difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras, acrescentando a isso o fato de ter se utilizado de um adolescente para a nefasta mercancia. (...) Por fim, no que tange ao regime prisional, diante da gravidade concreta dos fatos em apreço, correta a adoção da modalidade fechada, para início do cumprimento da reprimenda corporal, ex vi do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal. O delito pelo qual foram os apelados condenados tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar” (Apelação Criminal 0101341-36.2011.8.26.0050, Julgado em 06/04/2016, Des. Guilherme Strenger).

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo e **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial, para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

TEIXEIRA DE FREITAS
Relator