



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000426379

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1543858-17.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ARIANE NEPOMUCENO DE CAMPOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1543858-17.2024.8.26.0050
Comarca de São Paulo – 22ª Vara Criminal Central
Apelante: Ariane Nepomuceno de Campos
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Voto nº 29723

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE – Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos, a quantidade de drogas, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes – Não se pode negar valor aos depoimentos de policiais quando eles são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente a ré - Recurso não provido.

Vistos.

Ariane Nepomuceno de Campos interpôs recurso de Apelação da r. sentença, datada de 30.01.2025, proferida pelo MMº Juiz de Direito da 22ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo, que a condenou à pena de 09 anos e 04 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 933 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (fls. 125/134).

Em suas razões, a Defesa arguiu, em preliminar, a ilicitude da apreensão dos entorpecentes por invasão de domicílio, após o recebimento de denúncia anônima. No mérito, pleiteou a absolvição, alegando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a redução da pena base ao piso mínimo, a desclassificação do crime para tráfico para o artigo 28, da Lei nº 11.343/06 e a revogação da prisão preventiva (fls. 162/170)

O Ministério Público, nas contrarrazões, reiterou as razões finais, requereu o não provimento do apelo e "*a condenação da recorrente ao pagamento das custas (art. 804 do Código de Processo Penal), ressalvado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC, a ser aferido pelo Juízo da execução*" (fls. 173/188).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 200/221).

É o relatório.

Inicialmente, observo que o pedido formulado pelo Ministério Público em sede de contrarrazões recursais não pode ser conhecido, diante da ocorrência, em 04.02.2025, do trânsito em julgado para a Acusação (fls. 191) e, especialmente, porque constou expressamente na r. Sentença: "*Arcará a condenada, com o pagamento das custas do processo, nos termos do art. 4º, § 9º, da Lei Estadual nº 11.608/03*" (fls. 134).

Em relação à preliminar, anoto que a alegação de nulidade aventada pela Defesa não pode ser acolhida. Isto porque não há que se falar em invasão de domicílio, pois, *in casu*, segundo os depoimentos dos policiais, a ré autorizou o ingresso dos agentes na residência. Aliás, a própria ré confirmou, na Delegacia, ter autorizado "*os policiais a entrarem para uma vistoria*" (fls. 09). E, ainda que ela não tivesse autorizado, havia fundada suspeita da prática de crime, uma vez que, como relataram os policiais, "*uma mulher havia comparecido à delegacia e informado que, ao final da Rua Augusto Gomes de Ciqueira, havia um local onde drogas eram armazenadas para abastecer um*

ponto de tráfico na comunidade Pira" (fls. 08), sendo que, compareceram ao local e, durante breve observação, viram a acusada saindo do barraco, onde, na sequência, foram apreendidas as drogas descritas na denúncia. Nada existe, portanto, de irregular ou ilícito.

Frise-se, ainda, que o crime de tráfico de entorpecentes é um crime permanente, ou seja, se prolonga no tempo, sendo o bem jurídico permanentemente agredido, de forma que a situação de flagrância perdura no tempo, o que torna desnecessária a expedição de mandado de busca, conforme posicionamento jurisprudencial:

“CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGA DA. 1. Hipótese em que se sustenta a nulidade do acórdão que manteve a condenação do paciente, ao argumento de que a prova colhida seria ilícita, posto que sua obtenção teria ocorrido com invasão de domicílio e à noite. II. A Carta da República, em seu art. 50, inciso XI, assegura a inviolabilidade do domicílio, mas excepciona as hipóteses de prisão em flagrante, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial. III. Caracterizado o delito de tráfico de entorpecentes, cuja permanência lhe é própria, podem os agentes públicos adentrar o domicílio do suspeito, independentemente de mandado judicial, para reprimir e fazer cessar a ação delituosa. Precedentes. IV. Ordem denegada.” (STJ, 5ª Turma, HC 39082/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, v.u., j. 17.02.2005; in DJU de 07.03.2005, p. 311).

“PENAL. PROCESSUAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. APREENSÃO EM DOMICÍLIO PARTICULAR. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL. “HABEAS CORPUS”. 1. A CF, art. 5º, XI assegura a inviolabilidade do lar, à exceção de hipóteses de prisão em flagrante, desastre, e prestação de socorro ou determinação judicial. 2. O TRÁFICO de entorpecentes é crime permanente,

prescindindo, assim, da prévia expedição de mandado judicial. Não é ilegal a apreensão de entorpecentes e arma ilegalmente mantida, efetuada quando da prisão em flagrante do acusado. 3. “Habeas Corpus” conhecido; pedido indeferido.” (STJ, 5ª Turma, HC 111 O8ISP, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u.j. 16.12.1999; in DJU de 21.02.2000, p. 14).

Ressalta-se, ainda, por oportuno, que a denúncia anônima pode, sim, e deve gerar procedimento investigatório. Com efeito, diante de denúncia, tinha a autoridade policial o dever de diligenciar a respeito, sendo que a confirmação da veracidade dos fatos não se deu somente em razão dela, mas sim com as demais circunstâncias que envolveram a apreensão da grande quantidade de drogas no "barraco" de onde a acusada foi vista saindo.

Nesse sentido: *“PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL -TRANCAMENTO - Alegação de investigação baseada em 'denúncia anônima' - Possibilidade - Notícia de eventual prática de crimes que devem ser apurados - Investigação conduzida pelo Ministério Público - Admissibilidade - Há justa causa para o prosseguimento das investigações - Excesso de prazo descaracterizado -Alegação de constrangimento ilegal - Não ocorrência - Ordem denegada.” (TJ-SP - HC: 3919896820108260000 SP 0391989-68.2010.8.26.0000, Relator: Ribeiro dos Santos, Data de Julgamento: 20/01/2011, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/02/2011).*

“HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA E DE VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. 1. A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita (“denúncia anônima” e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação. 2. Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de “denúncia anônima” dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente. Entendeu-se não haver flagrante forjado o resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de

entorpecentes (HC 74.195, rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma, DJ 13.09.1996). 3. Elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal. Não houve emprego ou utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo instaurado contra o recorrente, não incidindo, na espécie, o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. 4. Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. 5. Outras questões levantadas nas razões recursais envolvem o revólver de substrato fático-probatório, o que se mostra inviável em sede de habeas corpus. 6. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.” (STF - RHC: 86082 RS, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Data de Julgamento: 05/08/2008).

Neste contexto, irrelevante que não se tenha notícia de investigação prévia acerca da referida denúncia anônima, ou mesmo que não tenham sido juntados aos autos os relatórios de investigações eventualmente realizadas, ou gravações da abordagem, pois os demais elementos de provas disponíveis cumpriram sua finalidade e foram seguros ao indicar que as buscas efetuadas foram legais e sem qualquer vício.

Observe-se ainda que eventuais irregularidades ocorridas durante o inquérito não implicam em nulidade do processo. A esse respeito, confira-se o habeas corpus nº 0069078-82.2003.8.26.0000. TJSP. Rel. Des. Sinésio de Souza. 4ª Câmara. Dir. Crim. Registrado em 12.02.2004.

Diante disso e não se constatando a ocorrência de qualquer prejuízo real à apelante – hipótese única que autorizaria a decretação de nulidade (art. 563 do Código de Processo Penal) –, fica refutada a preliminar e passo a analisar o mérito.

A ré foi denunciada como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 12.11.2024, por volta de

07h30, na Rua Augusto Gomes de Siqueira, Parelheiros, na cidade e Comarca da Capital, tinha em depósito, trazia consigo e guardava, para fins de entrega ao consumo, 35 "tijolos" de maconha, com peso líquido de 24,3 kg, substância que causa dependência física e psíquica, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (fls. 62/64).

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença que a condenou nos termos da inicial.

Em que pesem as razões apresentadas, o recurso interposto não pode ser provido, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele foi avaliado com propriedade pelo MMº Juiz de Direito sentenciante.

Com efeito, a materialidade delitiva ficou evidenciada em face do boletim de ocorrência (fls. 02/05), do auto de exibição e apreensão (fls. 10), do laudo de constatação (fls. 11/13), da fotografia de fls. 27, do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 54/56), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

Interrogada em Juízo, a ré negou a prática do delito, alegando, em síntese, que, na noite anterior, foi convidada por um indivíduo desconhecido, que se apresentou como "*Roberto, Robertinho*", para ir até o "*barraco*" dele, onde fariam um programa sexual em troca de drogas. Segundo a acusada, aceitou o convite e, após consumir drogas, bebida alcoólica, realizar o programa sexual combinado, passou a noite no local e, na manhã seguinte, "*Robertinho*" saiu dizendo que buscaria mais drogas para eles, mas, ao sair do banho, notou que ele ainda não havia retornado, razão pela qual saiu do "*barraco*" para verificar se ele estava voltando, momento em que foi abordada no portão

por policiais armados. Sustentou tê-los informado que não morava no local, mas eles determinaram que voltasse ao interior do imóvel, no que anuiu, por inocência, por estar alcoolizada e sob efeito de drogas. Confirmou, outrossim, que os policiais encontraram as drogas sobre o sofá e, mesmo tendo alegado que não sabia da existência do material ilícito no local, foi algemada e conduzida à Delegacia (fls. 118/124 – gravação audiovisual).

Os demais elementos de prova trazidos aos autos, contudo, confirmaram a prática do crime por ambos acusados.

Em depoimento bastante seguro, a testemunha Antônio Celso da Silva Júnior, policial civil, esclareceu que, após receber denúncia anônima sobre o depósito de drogas existente no local dos fatos, que abastecida a comunidade "Pira", situada na região da Penha, seguiu em diligência, em cumprimento da ordem de serviço expedida pela autoridade policial e, tendo conversado com alguns moradores da pequena comunidade, foi informado que, dos sete "barracos" lá existentes, apenas dois deles não tinham moradores fixos. Segundo o policial, durante breve observação, notou que a acusada saiu de um desses dois "barracos", razão pela qual ela foi abordada e, não tendo esclarecido a contento o que fazia no local, pediram autorização para vistoriar o imóvel, que lhes foi concedida, ensejando a apreensão de grande quantidade de maconha, em tabletes, encontrada sobre o sofá existente logo na entrada do imóvel, que se encontrava praticamente sem condições de habitação em razão do grande volume de lixo depositado no local (fls. 118/124 – gravação audiovisual).

No mesmo sentido, foi o depoimento da testemunha Renato Saletti, também policial civil, o qual narrou os fatos

à semelhança de seu colega, confirmando, dentre outras, o teor da denúncia anônima recebida; a ida até o local, onde os policiais avistaram a acusada saindo do "barraco" onde foram apreendidas as drogas, sobre um sofá, após ela ter autorizado o ingresso da equipe. Acrescentou que a denúncia anônima indicava uma pequena comunidade de Parelheiros, onde estariam armazenadas as drogas que abasteceriam a comunidade "Pira", situada no bairro da Penha, nesta Capital, razão pela qual a autoridade policial autorizou a diligência que culminou na apreensão de grande quantidade de maconha, confirmando, assim, a sobredita denúncia anônima (fls. 118/124 – gravação audiovisual).

Cabe ressaltar, nesse passo, que os depoimentos prestados pelos policiais são, em essência, coerentes e harmônicos. Assim, não se pode negar valor a tais depoimentos pelo simples fato de terem sido prestados por agentes públicos, até porque, agindo no estrito cumprimento do dever funcional, com obediência aos preceitos legais, são merecedores de toda confiança, como de resto qualquer pessoa há de merecer, até prova em contrário, inexistente nesses autos.

Nesse sentido: “*DEPOIMENTO POLICIAL VALIDADE. Testigo que tem validade como qualquer outro e somente pode ser questionado mediante impugnação específica e não somente pela origem - Condenação mantida*” (TJSP. Apelação nº 0000268-54.2007.8.26.0634. Relator: Amado de Faria. Julgamento em 09/02/2012).

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento: “*O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se*

evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos”. (HC. nº. 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Ademais, nada existe nos autos a indicar que os policiais estivessem perseguindo a apelante, ou que tivessem qualquer motivo para incriminar falsamente pessoa que sabem ser inocente. Logo, nada há nos autos a infirmar as palavras deles.

Considere-se ainda que em casos de crimes graves, como o tráfico de entorpecentes, a grande maioria das pessoas evita servir como testemunha, imperando verdadeira lei do silêncio, razão pela qual desprezar os depoimentos policiais nesses casos implicaria em consagrar a total impunidade.

Por outro lado, a testemunha Fábio Nepomuceno, tio da acusada, arrolada por sua Defesa, em nada contribuiu para a elucidação dos fatos, pois não presenciou o ocorrido, limitando-se a mencionar que a acusada é viciada em todos os tipos de drogas, assim como toda a família dela, e que, no dia seguinte à prisão, compareceu ao local dos fatos para realizar "*investigação privada*", por ser policial militar há 28 anos, mas não encontrou ninguém disposto a lhe prestar informações sobre o ocorrido, diante da "lei do silêncio", nada concluindo, portanto, além do fato de que os policiais que efetuaram a prisão na área do 42º Distrito Policial, estavam lotados no 10º Distrito Policial da Penha, circunstância satisfatoriamente esclarecida pelos relatos dos próprios policiais, como já se destacou (fls. 118/124 – gravação audiovisual).

Assim, a grande quantidade de drogas

apreendidas (35 "tijolos" de maconha, com peso líquido de 24,3 kg), reveladora da prática do tráfico em larga escala, e as circunstâncias em que se deu a prisão (com a apreensão das drogas no interior do "barraco" do qual a ré havia acabado de sair, situado no endereço informado aos policiais por meio de denúncia anônima indicando o armazenamento de drogas no local), tudo somado à confissão informal da ré, no sentido de que *"estava no local apenas para vigiar o entorpecente"* (fls. 07), evidenciam que as drogas apreendidas efetivamente se destinavam à entrega a consumo de terceiros, caracterizando o delito do artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Como se não bastasse, a versão em Juízo da acusada, no sentido de que desconhecia a existência dos entorpecentes na residência, ficou completamente isolada nos autos. Ressalte-se que foi encontrada no imóvel significativa quantidade de maconha e que, segundo os depoimentos dos policiais, a droga estava sobre o sofá existente na entrada do pequeno "barraco" por eles averiguado com a prévia autorização da ré, o que, por si só, evidencia não ser sua versão verídica.

Em suma, não se incumbiu a ré de fazer prova de seu "álibi", como lhe competia, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

A esse respeito: *"Quem oferece álibi e o não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela Justiça Pública."* (Apelação nº 1.046.477/3, 11ª Câmara do TACrimSP, rel. Juiz Renato Nalini, j. 17.2.1997, v.u., DOE-Caderno 1-Parte II, ed. de 12.3.1997, p.34).

Por fim, destaca-se que, mesmo não tendo os policiais presenciado ato de mercancia de entorpecente, tal fato não

enseja o afastamento da prática da conduta típica, pois a simples ação de ter em depósito, trazer consigo e guardar os entorpecentes, para o fim de entrega a consumo de terceiros, já caracteriza o crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Impõe-se ressaltar, ainda, que a alegação de que é viciada não obsta a configuração do crime (RJTJESP 101/498), pois, sabidamente, é comum que usuários se envolvam com o comércio de drogas para obter dinheiro para manter o próprio vício.

Em face de tão sólido conjunto probatório, que é uníssono em incriminar a ré pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, a condenação foi de rigor, sendo impossível a absolvição ou a desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Quanto às penas, a sentença não merece qualquer reparo.

O MMº Juiz, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixou a pena-base 3/5 acima do piso mínimo, em 08 anos de reclusão e pagamento de 800 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, "*considerando a grande quantidade de droga encontrada (24,3 kg de maconha)*" (fls. 132), o que se mostrou adequado à gravidade concreta dos fatos.

A propósito: "*O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos*" (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje. de 05-06-12, grifei).

Ressalte-se, ainda, que a imposição de pena

tem por escopo não somente a prevenção especial (reeducar e recuperar o infrator), mas, também e principalmente, exercer a prevenção geral.

Nesse sentido: “*O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo*” (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, HC 76.196/GO, rel. Min. Mauricio Correa, RTJ, 176/742 ou Guilherme De Souza Nucci, Individualização da Pena, 1ª ed., RT, 2005, págs. 338-9, nota 5, grifei).

Na segunda fase, presente a circunstância agravante da reincidência (fls. 28/29 - Processo nº 1511431-95.2023.8.26.0228), as penas foram majoradas em 1/6, resultando em 09 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 933 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, no que a acusada foi beneficiada, por se tratar de reincidência específica, o que evidencia que o aumento deveria ser em maior patamar. Todavia, a sentença, neste ponto, não pode ser objeto de reforma, ante a impossibilidade da “*reformatio in pejus*”.

Na terceira etapa, à falta de causas de aumento ou de diminuição de pena, tornou-se a reprimenda definitiva no patamar em que se encontrava, cumprindo anotar que se deixou corretamente de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por ser a ré reincidente, inclusive específica, o que torna irrelevante qualquer discussão quanto aos demais requisitos para concessão desse benefício.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não apenas em razão da quantidade de

pena e da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por se verificar que, *in casu*, a ré ostenta reincidência específica, óbice legal à concessão do benefício.

Anote-se, a propósito, que, não obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, além da quantidade de pena ser incompatível com o benefício, a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, como já mencionado, demonstram a altíssima reprovabilidade da conduta dos acusados.

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, face à quantidade de pena, à reincidência específica, à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pelas mesmas razões, não há que se cogitar da fixação de outro regime, que não o fechado, estabelecido na sentença.

Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas da reincidência e das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão,

reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.

Anoto também, por oportuno, que ainda que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, por maioria, tenha deferido a ordem e declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, portanto, o regime integral fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos e assemelhado, posteriormente, houve por bem o Poder Legislativo editar a Lei nº 11.464/2007, para disciplina da Lei nº 8.072/90, estabelecendo, sim, a obrigatoriedade do regime fechado para os agentes dos crimes em comento, mas apenas para o início do desconto da pena privativa de liberdade.

A dinâmica da realidade fez com que, já em face do novo diploma legal, a Suprema Corte declarasse, *incidenter tantum*, também a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com o especial escopo de expungir a obrigatoriedade do regime fechado, ainda que para o limiar da execução penal.

Contudo, saliento que a declaração de inconstitucionalidade da norma que estabelece o regime inicial fechado aos agentes condenados por crimes hediondos e assemelhados, recentemente proclamada pela Suprema Corte, não tem reflexo sobre os casos em geral, mormente em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas *inter partes*, enquanto não acionado o mecanismo previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Dessa forma, como não publicada ainda a correspondente resolução por parte do Senado Federal, pode-se afirmar que a norma infraconstitucional em questão ainda conserva a sua

validade e eficácia, não tendo como se falar em inconstitucionalidade.

Por fim, anoto que a decisão que não concedeu o direito de apelar em liberdade, ainda que de forma sucinta, foi devidamente fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* pelo MMº Juiz sentenciante, o que atende às disposições do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ademais, a referida prisão não afronta, de modo algum, o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), sobretudo em se considerando que a Carta Constitucional de 1988 também contempla a possibilidade da prisão decretada pela autoridade judiciária competente, consoante o preceito do artigo 5º, inciso LXI.

Neste sentido, já se pronunciou esta C. Corte de Justiça: “*LIBERDADE PROVISÓRIA - Direito de aguardar em liberdade o julgamento - Benefício pleiteado com base no princípio da presunção de inocência consagrado no inc. LVII do art. 5º da CF - Inadmissibilidade - Consagração que não importou revogação das modalidades de prisão (em flagrante, preventiva ou decorrente de pronúncia) anteriores ao trânsito em julgado da sentença previstas na lei ordinária, conforme, aliás, o "caput" e os incs. LIV e LXI do próprio art. 5º da Carta Magna.*” (TJSP - R44/280).

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator