



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000433105

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1527134-83.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEANDRO SILVA NASCIMENTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para reduzir a fração aplicada na reincidência, estabelecendo a sanção final em seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, 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 Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 16393

Apelação Criminal nº 1527134-83.2024.8.26.0228

Comarca: 23ª Vara Criminal de São Paulo

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Valeria Longobardi

Apelante: Leandro Silva Nascimento

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Leandro foi condenado a 7 anos de reclusão e 700 dias-multa por tráfico de drogas, após ser flagrado com 44 porções de maconha e 31 porções de cocaína na "Cracolândia", em São Paulo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em (i) a suficiência das provas para a condenação por tráfico de drogas; (ii) a adequação da pena aplicada; e (iii) regime inicial mais brando.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por diversos documentos e depoimentos de guardas municipais.

4. A negativa do réu não convence frente às provas robustas e depoimentos consistentes dos guardas municipais.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena para seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e 680 dias-multa, mantendo-se o regime inicial fechado.

TESE DE JULGAMENTO: 1. A condenação por tráfico de drogas pode se basear na posse de entorpecentes sem necessidade de flagrante de venda. 2. A reincidência e maus antecedentes justificam a manutenção do regime inicial fechado.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/06, art. 33; Código de Processo Penal, arts. 188, 301, 302, 303, 387, § 2º; Constituição Federal, art. 5º, XLIII, XLVI; Lei nº 13.022/2014.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, HC 471.229/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 19.02.2019; STF, RE 1281774 AgR-ED/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 10.05.2022; STF, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25.09.2023.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 140/142

O apelante, **Leandro**, foi condenado à pena de sete (7) anos de reclusão, em **regime inicial fechado**, e ao pagamento de setecentos (700) dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/06**, sem possibilidade de apelar em liberdade, porque no dia **15.11.2024, por volta das 16h**, na Rua dos Protestantes, nº 100, República, nesta capital, transportava e trazia consigo, para fins de tráfico ilícito, 44 porções de maconha (73,8 g) e 31 porções de cocaína (0,17g), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Apurou-se que o apelante estava no local dos fatos, onde funciona a denominada “Cracolândia”, praticando comércio proscrito. Ele foi flagrado por guardas municipais em atitude suspeita. Ao ser abordado, os entorpecentes mencionados foram encontrados em sua posse, além da quantia de R\$ 56,00 em notas diversas.

Nas razões de apelação, sustentou-se **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** readequação da pena; e **c)** regime mais brando (fls. 186/194).

Contrarrazões da Acusação (fls. 200/203), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

O Ministério Público não ofereceu recurso.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 215/222).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 150).

II – Fundamentação

O apelo comporta parcial acolhimento, respeitando o entendimento da culta e dedicada Magistrada, doutora Valeria Longobardi.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1, boletim de ocorrência de fls. 3/5, auto de exibição e apreensão de fls. 10/11, laudo de constatação de fls. 14/17, exame químico-toxicológico de fls. 100/102 e prova produzida em Juízo, cocaína e maconha foram apreendidas.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, optou pelo silêncio, respaldado em norma de ordem constitucional (fls. 9).

Em Juízo, negou o delito. Durante o horário da limpeza, estava na frente. Uma pessoa jogou uma blusa. Colocou na cintura. Foi abordado pelos policiais. As drogas foram encontradas. É viciado em crack desde a infância. É apenas usuário de drogas. Trabalhava e tratava o vício.

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 negativa não convence.

Alexandre, guarda civil metropolitano, depôs que estavam de patrulhamento pela área conhecida por “Cracolândia”, onde há fluxo constante de comércio de entorpecentes. O apelante andava juntamente com outro indivíduo nesse fluxo. **Há uma prática denominada “limpeza”, onde eles se deslocam para outra área. Nesse momento resolveram abordá-lo.** Ao perceber que seria abordado, tentou empreender fuga. Conseguiram alcançá-lo. Em revista pessoal, encontraram os entorpecentes e uma quantia em dinheiro. Ao ser abordado, negou a conduta. Quando encontraram as drogas, disse que seriam para uso próprio. Em conversa informal, disse que iria “atravessar” para alguém. Geralmente é isso o que acontece. Eles recebem uma porção de droga para levar a substância.

Pablo, guarda civil metropolitano, depôs que efetuaram a abordagem durante a limpeza do local. Os usuários se deslocam de um quarteirão para o outro. Notou que o apelante estava envolto por grande número de usuários. **Percebeu que o apelante estava intermediando a traficância. Ele tentou se desvencilhar da abordagem. Em busca pessoal, encontraram a droga e o dinheiro.** Não se recorda o que foi alegado.

Os guardas civis municipais confirmaram a acusação e incriminam o recorrente, não há razões para rechaçar suas narrativas.

Eles também são funcionários públicos, cumpridores de seus deveres,

dentre eles, coibição do avanço da prática delitiva. Seria um contrassenso constituir um corpo de servidores para tal tarefa, similar à de policiais militares e policiais civis e, depois, quando depusessem mais tarde, duvidar de suas palavras.

Mais que isso, os guardas municipais são agentes de segurança pública, agem em nome do Estado e, conseqüentemente, suas ações, num sentido lato, têm legitimidade, até prova em sentido contrário, o que inocorreu na espécie.

Já se decidiu: "4. "É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal" (HC 471.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2019, Dje 1º/3/2019)" (**HC 525772/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 17.10.2019 – DJe 24.10.2019).

O guarda civil municipal pode realizar a atividade e assim o faz para auxiliar as polícias militar e civil, tal o incremento da criminalidade. Até mesmo alguém do povo pode realizar a prisão em flagrante (o tráfico é um crime permanente, logo, sempre há a flagrância, art. 303 do Código de Processo Penal).

"2. "É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal" (HC 471.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2019, DJe 1º/3/2019)" (**HC 518097/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 1.10.2019 – DJe 7.10.2019).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

No mesmo sentido: **RHC 94061/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 19.4.2018 – DJe 30.4.2018; **AgRg no AREsp 771369/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - J. 28.11.2017 – DJe 4.12.2017 e **HC 344085/SP** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – J. 30.6.2016 - DJe 1.8.2016, para exemplificar.

Recentemente, houve decisão do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, ou seja, que não haveria possibilidade da ação desses servidores numa prisão em flagrante. Reforçou-se o que estabelece a Constituição Federal de 1988, ou seja, que afirma que os guardas municipais metropolitanos devem se limitar à proteção de bens, serviços e prédios públicos. Segundo o Min. Relator da ação seria caótico autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo (**REsp 1977119/SP** - T6 - Sexta Turma - Rel. Min. Rogério Schietti - J. 16.8.2022 - DJe 23.8.2022).

Há alguns meses, no entanto, no **RE 1281774 AgR-ED/SP - São Paulo**, Emb. Dec. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário, o Min. do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, deu provimento ao inconformismo para reconhecer a "legalidade da prisão em flagrante realizada pelos guardas municipais", pois as Guardas Municipais são previstas na Constituição Federal (art. 144), no Capítulo III, Título V (Da segurança pública) e, portanto, cumprem papel nas atividades estatais de segurança pública, conforme expressa previsão constitucional e regulamentação legal, desempenhando função pública essencial à manutenção da ordem pública, da paz social e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, em especial de bens, serviços e instalações do Municípios, elas desenvolvem atividade de segurança pública, essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF), como se depreende do elenco de suas atribuições constante da Lei nº 13.022/2014 (Julg. 10.5.2022 -

Publ. 11.5.2022), ou seja, predominantemente os guardas metropolitanos cuidam dos bens, serviços e instalações dos Municípios, não exclusivamente, teriam atribuição, pois, **para outras atividades para assegurar a ordem pública e a paz social, impedindo o avanço da criminalidade, que afetaria a segurança de todos.**

Por fim, no dia **25.9.2023**, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da **ADPF 995**, decidiu que a Guarda Municipal exerce função de segurança pública, ainda que não elencada expressamente no art. 144 da Constituição Federal. Nas palavras do Ministro Relator Sua Excelência Alexandre de Moraes: *"As guardas municipais têm entre suas atribuições primordiais o poder-dever de prevenir, inibir e coibir, pela presença e vigilância, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais. Trata-se de atividade típica de segurança pública exercida na tutela do patrimônio"*. **Com isso, ficou pacificado que os guardas municipais podem exercer atividades de policiamento nas vias públicas e efetuar prisões em flagrante.**

Aliás, para legitimar ainda mais a ação dos guardas municipais, foi promulgada e está em vigor o Decreto n° 11.841, de 21.12.2023, que regulamenta a Lei n° 13.022, de 8.8.2014, que dispõe sobre a cooperação das guardas municipais com os órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Leia-se: *"Art. 3º As ações das guardas municipais a que se refere o art. 2º serão realizadas de forma integrada com os órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal e terão como princípios: I - a garantia do respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição; II - a contribuição para a paz social, a prevenção e a pacificação de conflitos; e III - a garantia do atendimento de ocorrências emergenciais. § 1º Para fins do disposto*

neste Decreto, considera-se ocorrência emergencial aquela cujas características exijam a atuação célere e imediata dos órgãos de segurança pública e configurem grave dano ou risco de dano à vida e à segurança das pessoas e do patrimônio. § 2º As guardas municipais, no atendimento das ocorrências emergenciais, realizarão os procedimentos preliminares iniciais, acionarão os órgãos de segurança pública cuja atuação seja necessária e prestarão apoio para a continuidade do atendimento.

(...)

Art. 5º Na hipótese de ocorrências que configurem ilícito penal, as guardas municipais poderão: I - realizar a prisão em flagrante dos envolvidos, na forma prevista nos art. 301 e art. 302 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; II - apresentar o preso e a correspondente notificação circunstanciada da ocorrência à polícia judiciária competente para a apuração do delito; e III - contribuir para a preservação do local do crime, quando possível e sempre que necessário".

E não há retroação de lei menos benéfica, porque a Lei nº 13.202/2014, já estava em vigor desde 8.8.2014, publicação no DOU do referido diploma legal, sendo apenas explicitada, o que já vinha sendo aceito por parcela da jurisprudência, a respeito da incumbência dos guardas municipais (Art. 2º. Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal).

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

O artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tipifica diversas condutas e, como tipo penal misto alternativo, não exige que o agente seja flagrado comercializando substâncias entorpecentes. A realização de uma ou mais dessas ações é suficiente para caracterizar o delito.

No caso, o recorrente trazia consigo e transportava 31 porções de cocaína (17 gramas), 44 porções de maconha (73,8 gramas), conforme fls. 10/11, 14/17 e 100/102, substâncias destinadas ao comércio.

Lembre-se, outrossim, que, para a configuração do narcotráfico não se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despidianda a “traditio” para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal n° 0023429-16.2018.8.26.0050* – 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – Relator Desembargador Guilherme G. Strenger – J. em 29.1.2020).

Portanto, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório.

A dosimetria sofre ajuste.

Na **primeira fase**, a pena-base foi acrescida de 1/6 pelos maus antecedentes (autos n° 0018934-17.2004.8.26.0050, tráfico de drogas, fls. 38/39; 0085441-42.2013.8.26.0050, tráfico de drogas, fls. 40), tem-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Na **segunda fase**, a partir das certidões constantes dos autos (fls. 38/42, 43/52 e 78/88) nota-se apenas uma condenação apta a gerar reincidência (autos n° 0015112- 25.2001.8.26.0050, roubo, baixa em 23.6.2022, fls. 38) que, por ser única, deve agravar a pena em 1/6, tem-se seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa.

Na **terceira fase**, a causa de diminuição prevista no **artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/2006**, é cabível desde que o agente seja primário, de bons

antecedentes, não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa. No caso, o benefício não incide por haver **maus antecedentes** em delito de **mesma natureza**, situação que evidencia dedicação contínua ao narcotráfico, e **reincidência** genérica.

Sobre os maus antecedentes: "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 – Relª. Minª. Laurita Vaz – J. 27.3.2023 – DJe 31.3.2023.

Já se decidiu: "4. Tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem." (*AgRg no HC 687003/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 7.6.2022 – DJe 14.6.2022).

Ainda: "(...) *“A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes.”*(STJ, *AgRg no HC 468.578/MG* - 5ª Turma - Relª. Minª. Laurita Vaz - Julg. 19.2.2019), sem o destaque no original.

Saliente-se que o benefício em questão é reservado para casos

específicos em que o crime não é organizado e seja episódio único na vida de alguém, sob pena de ser mera válvula de impunidade e de incentivo ao crime.

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.

A pena é final, pois nada mais a modifica. O valor unitário do dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o inicial fechado.

Para fixar o regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal; **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 conseqüências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessita 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).

O apelante registra histórico criminal desfavorável, com anotação de **maus antecedentes por tráfico de drogas e reincidência**. Isso revela que não se emendou e faz do comércio ilícito seu meio de vida. Deveria saber das más consequências da realização de um delito e, ao contrário de arrepender-se, reitera a prática delitiva por acreditar na impunidade.

Denota, pois, periculosidade, ousadia, personalidade desvirtuada e conduta social imprópria, não respeita os princípios ético-jurídicos da sociedade, "viver honestamente" e "não lesar outrem".

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

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).

Dessa forma, retribui-se pela conduta delituosa; previne-se que não ocorra mais e proporciona-se que reflita sobre seus atos, voltando ao convívio em sociedade em harmonia.

A redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, permite a escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas. Porém, deixa-se no regime eleito, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Acrescente-se que se houver execução, provisória ou definitiva, esse juízo será feito necessariamente.

Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desses tipos de infrações penais, que têm seu índices aumentado na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir,

apenas contribuir para uma prognose mais eficaz.

Não há possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos. A pena corporal não comporta a benesse, é superior a quatro (4) anos (art. 44, inciso I, do Código Penal) e ostenta maus antecedentes e reincidência (art. 44, inciso II). Caso isso fosse feito, não teria consciência da ilicitude da conduta.

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

O "sursis" também não é viável. A culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, bem como motivos para o crime, por serem desfavoráveis, não permitem a aplicação da benesse.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para reduzir a fração aplicada na reincidência, estabelecendo a sanção final em seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso preso (fls. 148). A prisão deve persistir, pois, agora, existe condenação por respeitável sentença, em regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal, até porque se trata de agente reincidente e com maus antecedentes. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Não é demais lembrar que “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (Súmula nº 9 do ESTJ). RJTJERGS 148/15 e RT 686/391. No mesmo sentido, RT 728/476, JSTJ 19/217 e 42/86-7.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.