



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000443101

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501071-06.2024.8.26.0621, da Comarca de Cachoeira Paulista, em que é apelante BRUNO HENRIQUE DA SILVA BARBOSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), RENATO GENZANI FILHO E CARLA RAHAL.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16504

Apelação Criminal nº 1501071-06.2024.8.26.0621

Comarca: Cachoeira Paulista

Juiz de Direito: doutor Anderson da Silva Almeida

Apelante: Bruno Henrique da Silva Barbosa

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Corréu: Luis Gustavo de Lima

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Bruno foi condenado a seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006. Ele foi flagrado com grande quantidade de cocaína, maconha e skunk, além de dinheiro em espécie, em um local conhecido por tráfico de entorpecentes.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se a condenação por tráfico de drogas deve ser mantida, considerando a alegação de insuficiência probatória e a possibilidade de desclassificação para uso pessoal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do delito foram comprovadas por diversos elementos de prova, incluindo auto de prisão em flagrante, laudos periciais e depoimentos de policiais.

4. A negativa do apelante está dissociada das provas, que indicam sua participação no tráfico. A quantidade e variedade de drogas apreendidas, além do dinheiro encontrado, reforçam a condenação.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A condenação por tráfico de drogas é mantida diante das provas robustas. 2. A reincidência impede a aplicação de benefícios legais, como a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

LEGISLAÇÃO CITADA:

CF/1988, art. 5º, XLIII;

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e § 4º;

Código Penal, art. 59, art. 44, caput, inc. I e II;

Código de Processo Penal, art. 387, § 2º.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, HC 502098/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 30.5.2019;

STJ, HC 479977/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j.
14.5.2019;

STJ, HC 489860/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23.4.2019;

STJ, HC 398.722/SC, Rel. Min. Soares da Fonseca, j. 28.11.2017;

STJ, AgRg no HC 547176/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.12.2019;

STJ, AgRg no HC 526085/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 3.12.2019;

STJ, HC 4780001/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 5.2.2019;

STJ, AgRg no HC 530668/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca,
j. 19.11.2019;

STJ, AgRg no REsp 1390118/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j.
23.5.2017;

STJ, AgRg no AREsp 973919/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j.
23.5.2017;

STJ, HC 389132/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16.5.2017;

STJ, HC 306536/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18.5.2017;

STJ, HC 389871/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 16.5.2017;

STJ, HC 386049/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 16.5.2017;

STJ, HC 363726/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 9.5.2017;

STJ, AgRg no REsp 1635522/ES, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.4.2017;

STJ, HC 175577/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 4.10.2011;

STJ, HC 212990/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 4.10.2011;

STJ, AgRg no HC 601669/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca,
j. 25.8.2020;

STJ, AgRg no HC 601085/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca,
j. 18.8.2020;

STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1676929/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j.
18.8.2020;

STJ, AgRg no HC 5807699/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.8.2020.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 252/253

O apelante, **Bruno**, foi condenado à pena de seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa, no mínimo estabelecido em lei, como incurso no **artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, porque, conforme a inicial acusatória, no dia **26.9.2024**, por volta das **21h**, na Rua dos Trabalhadores, imediações do nº 560, bairro São João, Cachoeira Paulista/SP, o recorrente e *Luis Gustavo de Lima*, associaram-se para praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de entorpecentes. No mesmo contexto temporal e espacial supramencionado, **Bruno** e *Luis* guardavam, para fins de comércio a terceiros, microtubos de cor cinza contendo um total de 8 g (oito gramas) de cocaína; 1.334 g (mil trezentos e trinta e quatro gramas) de cocaína acondicionados em 1.009 (mil e nove) microtubos de cores amarelo, azul, preto e verde; 80 (oitenta) gramas de cocaína em porção a granel acondicionada em saco plástico; 934 (novecentos e trinta e quatro) gramas de maconha acondicionados em 3 (três) tóolos e porções a granel; e 34g (trinta e quatro gramas) de skunk acondicionados em 9 (nove) frascos. Consta nos autos que **Bruno** estava sentado em um banco em um terreno baldio, ao lado de uma sacola plástica. Em seguida, ele foi encontrado em posse de cinco (5) microtubos de cor cinza contendo cocaína, totalizando 8 g (oito gramas), além de R\$ 102,00 (cento e dois reais) em espécie e um telefone celular. Na sequência, foi verificado que na sacola plástica ao seu lado havia 1.009 (mil e nove) microtubos de diferentes cores (amarelo, azul, preto e verde) contendo 1.334 (mil trezentos e trinta e quatro) gramas de cocaína, uma porção a granel de 80 (oitenta) gramas de cocaína, 934 (novecentos e trinta e

quatro) gramas de maconha, distribuídas em três t^obulos e porções a granel, e 34 (trinta e quatro) gramas de skunk, distribuídas em 9 (nove) frascos. Conforme auto de apreensão de fls. 26/27 e 28/29, fotos de fls. 30/40 E laudo de constatação provisório de fls. 44/49 e 50/52. Concomitantemente, Luis encontrava-se nas proximidades e, ao perceber a presença dos policiais, tentou fugir do local. No entanto, foi contido, e em sua posse foram encontrados 4 (quatro) microtubos contendo cocaína e R\$ 340,00 (trezentos e quarenta reais) em espécie. Apesar de Luis ter negado envolvimento no tráfico, alegando que as drogas eram para consumo pessoal, a quantidade de entorpecentes e dinheiro, além da sua proximidade com Bruno indicam sua participação na atividade ilícita.

Ressalta-se que a pretensão estatal foi julgada parcialmente procedente, o recorrente foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e o corréu *Luis Gustavo de Lima* foi absolvido com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Nas razões de apelação oferecidas pela digna Defesa, requereu-se **a)** absolvição por insuficiência probatória; **b)** desclassificação para o delito de porte de entorpecente para uso próprio; **c)** diminuição a pena aplicada; **d)** aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e **e)** conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (fls. 271/278).

Contrarrazões a fls. 289/299, para manutenção da respeitável sentença.

Houve trânsito em julgado da respeitável sentença para o Ministério Público em 17.2.2025 e em 19.2.2025 para a Defesa do corréu Luís (fls. 300).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não acolhimento do apelo (fls. 335/342).

A prova oral foi colhida e registrada em meio audiovisual, com gravação disponível a fls. 194/195 e 219.

II – Fundamentação

O apelo não comporta acolhimento, mantida a respeitável sentença proferida pelo ilustre Magistrado, doutor Anderson da Silva Almeida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 5/18, boletim de ocorrência de fls. 19/23, auto de exibição e apreensão de fls. 26/27 e 28/29, fotografias de fls. 30/40, laudo de constatação preliminar de fls. 44/52, laudo de exame químico toxicológico de fls. 136/138, bem como pela prova produzida em Juízo, cocaína, lidocaína e cafeína foram apreendidas.

A *autoria* é atribuível ao acusado.

Na fase investigativa, o apelante **negou envolvimento no tráfico de drogas**. Narrou que foi ao local para comprar algumas porções de maconha para seu consumo e que estava com a quantia de 200 reais e seu aparelho celular, negando que estava na posse de 5 pinos de cocaína, bem como negou que ao seu lado havia uma sacola plástica com diversos entorpecentes. Sequer presenciou o encontro desta sacola com drogas e dos pinos de cocaína. Outrossim, não estava sentado no momento da abordagem policial. Conhece apenas de vista o investigado *Luis Gustavo* e ele foi abordado instantes depois do interrogando. Estava no "descampado" para comprar maconha, mas a

abordagem ocorreu antes disso. Os policiais estavam escondidos em meio ao mato, sendo que o interrogando não viu outras pessoas correndo. Não sabe informar o proprietário dos ilícitos apresentados. O dinheiro encontrado consigo tem como origem vendas eventuais da sua criação de patos e galinhas em sua casa (fls. 17/18).

O corréu Luis **também negou envolvimento com o tráfico**. Disse que foi ao local sozinho a pé para comprar cerca de 25 gramas de maconha, visto ser usuário. Negou que estava na posse de 4 pinos de cocaína, visto que sequer é usuário desta droga. Trazia consigo a quantia de 340 reais e seu aparelho celular marca Motorola, sendo que o numerário em tela é oriundo do seu trabalho como ajudante geral na empresa Constroluz na cidade de Canas/SP, inclusive com carteira registrada. Não conhece Bruno e nunca o viu antes. Não comprou drogas dele. Não presenciou a abordagem de Bruno (fls. 16)

Em seu interrogatório judicial, Bruno **negou a traficância**. Disse que, era seu dia de folga, **foi ao local, apenas, para comprar 5 pinos de cocaína. Estava saindo do beco e foi abordado pelos policiais. Não viu a referida sacola em nenhum momento**. As drogas foram apresentadas somente na delegacia. Alguns meninos que estavam no local correram. Conhecia Luis do bairro onde mora. **Não viu quem lhe vendeu a droga, pois o local estava escuro. Não confessou os fatos no momento da abordagem**.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar

o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A versão negativa está dissociada das demais provas.

O corréu Luis, por sua vez, narrou que o valor em dinheiro era fruto do seu trabalho. **Foi ao local comprar maconha, quando chegou, não viu ninguém.** Aproximou-se ao matagal e foi agredido e abordado pelos policiais. **Os policiais apreenderam seu celular e o valor em dinheiro. Não reconhece os 4 pinos de cocaína. Não conhece os policiais.**

A testemunha policial militar William depôs que **havia várias denúncias de comércio de entorpecentes naquele local.** Há uma grande área de mata nessa via. **Fizeram uma incursão pelo fundo da mata para tentar localizar os traficantes, quando conseguiu localizar Bruno, sentado e mexendo numa sacola preta. Realizaram a abordagem e viram que dentro da sacola estavam diversos entorpecentes. No bolso de Bruno, ainda havia pinos de cocaína, semelhantes aos que estavam na sacola, dinheiro e celular.** O recorrente disse que *Luis* estava próximo fazendo vendas por lá. Momentos depois, quando outra viatura aproximava-se do local onde *Luis* estava, esse veio correndo na direção de Bruno, ocasião em que foi surpreendido pelos policiais que lá estavam. Com *Luis* havia alguns pinos de cocaína e dinheiro. Eles reagiram a abordagem e foi necessário contê-los. **Os pinos localizados com Bruno e *Luis* eram semelhantes aos que estavam na sacola. O valor em dinheiro encontrada na posse de ambos estava trocado. Não os conhecia antes dos fatos. Não havia outras pessoas no local.**

Marcelo, policial militar, esclareceu que **a equipe foi averiguar denúncia de tráfico no local**. Na ocasião, deslocou-se junto com o sargento pelo fundo do terreno baldio e **conseguiram visualizar Bruno, que estava no local manuseando uma sacola. Abordado, com ele foram encontrados alguns pinos de cocaína, certa quantia em dinheiro e um aparelho celular, na sacola havia grande quantidade de entorpecentes, cocaína e maconha**. O motorista deu a volta e *Luis* tentou correr, mas veio na direção dos policiais que estavam junto com Bruno. *Luis* foi abordado, esse disse que era usuário. *Luis* não estava alterado, acredita que ele realizava o tráfico juntamente com Bruno. Encontraram 4 pinos de cocaína e mais de 300 réias na posse de *Luis*. **Bruno admitiu que estava traficando há 6 meses naquele local. Não o conhecia antes dos fatos.**

Não há motivos para rechaçar os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o recorrente não demonstrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste provas que queiram mentir. Eles desejam, sim, mostrar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham desviado de

suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

"A denúncia anônima, por si só, não causa nulidade das investigações e, conseqüentemente, da prova produzida. Ela pode dar ensejo a mandados de busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e diligências de constatação, por exemplo, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 72854/SP T5 Quinta Turma Rel. Min. Jorge Mussi J. 19.9.2017 DJe 27.9.2017; RHC 53294/RS T5 Quinta Turma Rel. Min. Jorge Mussi J. 12.9.2017 DJe 20.9.2017; HC 396298/SP T5 Quinta Turma Rel. Min. Félix Fischer J. 20.6.2017 DJe 30.6.2017; HC 312620/RJ T6 Sexta Turma Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz J. 10.5.2016 DJe 19.5.2016; HC 258819/SP T6 Sexta Turma Rel. Min. Nefi Cordeiro J. 19.4.2016 DJe 29.4.2016 e HC 276132/PR T5 Quinta Turma Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo Desembargador convocado do TJ/PE J. 18.8.2015 DJe 1.9.2015), apenas para ilustrar, pois existem diversos outros V. Acórdãos sobre a matéria, com o mesmo pensamento."

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

Em resumo, não obstante a versão negativa apresentada pelo apelante, havia denúncias anônimas dando conta da traficância realizada no local. Ele foi abordado em um terreno baldio, ponto conhecido pela prática da mercancia ilícita, enquanto mexia em uma sacola plástica, na qual continha grande quantidade e variedade de entorpecentes, as quais foram apreendidas e periciadas (microtubos de cor cinza contendo um total de 8 g (oito gramas) de

cocaína; 1.334 g (mil trezentos e trinta e quatro gramas) de cocaína acondicionados em 1.009 (mil e nove) microtubos de cores amarelo, azul, preto e verde; 80 (oitenta) gramas de cocaína em porção a granel acondicionada em saco plástico; 934 (novecentos e trinta e quatro) gramas de maconha acondicionados em 3 (três) tóbulos e porções a granel; e 34 g (trinta e quatro gramas) de skunk acondicionados em 9 (nove) frascos – fls. 39 e 44/52). Além disso, em sua posse havia R\$ 102,00 em notas fracionadas, cuja origem lícita sequer foi comprovada, e cinco pinos de cocaína idênticos aos encontrados na sacola, de acordo com os incuspeitos depoimentos policiais, informalmente ele admitiu a traficância, dizendo que realizava o tráfico há seis meses naquele local, tais circunstâncias que evidenciam o tráfico realizado pelo recorrente.

Aliás, não se comprovou quais motivos os milicianos teriam para alterar a dinâmica dos fatos, somente para imputar, falsamente ao apelante, crime de tal gravidade, uma vez que sequer se conheciam antes dos fatos.

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

Ademais, o recorrente poderia até mesmo ser usuário de drogas, todavia, isso não se deu de maneira exclusiva, sendo imprescindível para caracterizar o art. 28 da Lei nº 11.343/2006. A mera alegação de ser usuário não afasta, por si só, a condição de traficante.

Sobre o tema já decidiu esta Colenda Câmara: *"Além do mais, o fato de serem usuários de entorpecentes não exclui o de estarem também envolvidos com o tráfico, pois é comum usuários praticarem o comércio ilegal exatamente para sustentar o próprio vício."* (**Apelação Criminal nº 3000574-96.2013.8.26.0363** - Relator Desembargador Paiva Coutinho - J. em 12.2.2020).

Assim, as provas são robustas para a condenação.

A dosimetria comporta ajuste.

Na primeira fase, considerando a significativa quantidade e a natureza delitória dos entorpecentes apreendidos (mais de 2 kg no total, de cocaína, maconha e skunk), circunstâncias que, de fato, exigem maior rigor na fixação das sanções, por força do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a pena-base foi fixada 1/6 acima do piso, fração razoável e proporcional à espécie, tendo-se cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Tal conjuntura justifica o maior rigor, de acordo com a Lei 11.343/2006, artigo 42, pois é preponderante sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e pode justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado, o que não é o caso dos autos (**HC 502098/SP** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 30.5.2019 - DJe 4.6.2019). No mesmo sentido: **HC 479977/SP** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. 14.5.2019 - DJe 23.5.2019 e **HC 489860/RJ** - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 23.4.2019 - DJe 30.4.2019.

Ressalte-se que mesmo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem admitindo o aumento da pena base pela quantidade de drogas somente em casos que a apreensão supera um quilo de entorpecente (*HC 398.722/SC* - 5ª Turma Do Superior Tribunal de Justiça - Relator Ministro Soares da Fonseca - J. em: 28.11.2017 - Dje 4.12.2017).

Na **segunda fase**, diante da reincidência do recorrente (processo nº 0000156-25.2011.8.26.0156, fls. 210), a pena foi majorada em mais 1/6, obtendo-se seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa.

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

Não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência para agravar a pena e para não reduzir-se na terceira etapa da fixação. Esse tratamento está em conformidade com a Carta Magna, que exige maior rigor para quem pratica o tráfico de drogas, equiparado a hediondo, com a real individualização penal, distinguindo o reincidente daquele que é primário, ou seja, não teve, ainda, experiência no meio criminoso. A opção do legislador

ordinário foi proporcional e razoável. Conciliou o que já era de praxe no meio jurídico, agravar a pena quando alguém já foi condenado anterior, aquém do quinquênio depurador, mas, ao mesmo tempo, diferenciar o infrator que insiste em praticar delitos daquele que teve sua primeira experiência na realização de um crime.

Ademais, a prova dos autos não deixou dúvida quanto à sua dedicação à atividade criminosa. O recorrente foi flagrado pelos policiais militares em ponto conhecido pela traficância, tinha em sua posse grande quantidade e variedade de substâncias entorpecentes. Nota-se que o recorrente não trouxe comprovação do exercício de atividade fixa - fls. 58 - "sercente", é evidente que não era principiante, fazia do comércio vil seu meios de vida, estando ligado a algo organizado, traficantes de maior porte.

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

No Preclaro Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu:

"Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas." - **AgRg no REsp 1390118/PR** - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017. No mesmo sentido: **AgRg no AREsp 973919/MG** - Rel. Min. Nefi Cordeiro - T6 - Sexta Turma - J. em 23.5.2017 - DJe em 30.5.2017; **HC 389132/SP** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta

Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 31.5.2017; **HC 306536/PE** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 18.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 389871/SP** - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 24.5.2017; **HC 386049/SP** - Rel. Min. Ribeiro Dantas - T5 - Quinta Turma - J. em 16.5.2017 - DJe em 19.5.2017; **HC 363726/RS** - Rel. Min. Jorge Mussi - T5 - Quinta Turma - J. em 9.5.2017 - DJe em 17.5.2017; **AgRg no REsp 1635522/ES** - Rel. Min. Félix Fischer - T5 - Quinta Turma - J. em 18.4.2017 - DJe em 17.5.2017; **HC 175577/SP** - Rel. Min. Og Fernandes - T6 - Sexta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 17.10.2011; **HC 212990/SP** - Relatora Ministra Laurita Vaz - T5 - Quinta Turma - J. em 4.10.2011 - DJe em 14.10.2011.

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

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

O regime é o inicial fechado.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserida no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247).

Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas consequências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela 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).

Ele é reincidente. Reitera na prática de delitos, possuindo tendência para esse comportamento. Demonstra, pois, conduta social inapropriada. Poderia emendar-se, pois tem consciência dos malefícios de se cometer uma infração penal, porém, persiste no mesmo erro, logo, a terapêutica penal ficaria frágil com outro regime neste momento.

Supremo Tribunal Federal: (...) *o art. 33, § 2º, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto) (RHC 134829/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julg. 28.3.2017).*

No mesmo sentido: “*Deve ser fixado o regime prisional fechado ao condenado reincidente, diante do disposto no art. 33, parágrafo 2º, c, do CP, qualquer que seja a quantidade de pena imposta*” (RJTACRIM 57/144). De igual raciocínio os julgados em RJTACRIM 42/236; RSTJ 26/340 e JSTJ 8/192).

Sendo assim, o **dolo para a prática do ilícito é mais intenso**. Sabiam das consequências danosas de suas atitudes, preferiram realizar o delito ao invés de se comportar de maneira correta.

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Rel. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância critérios previstos no art. 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ, 148:490).

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

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

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

Com a nova redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o

tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém.

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

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

III - Conclusão

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

Recurso preso (fls. 257). Deverá permanecer no cárcere, porque seria ilógico mante-lo toda a tramitação encarcerado e, agora, que se tem mais certeza de sua responsabilização, libertá-lo, ademais, ele ostenta maus antecedentes e é reincidente e o crime é equiparado a hediondo, viu-se que o apelante é perigoso e ousado, portanto, para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, mister a medida excepcional.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.