



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000447765

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500489-76.2024.8.26.0145, da Comarca de Conchas, em que é apelante ROLDÃO CARDOSO NETO, 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: **Rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso. 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 RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 8 de maio de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16529

Apelação Criminal nº 1500489-76.2024.8.26.0145

Comarca: 1ª Vara de Conchas

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Bárbara Galvão Simões de Camargo

Apelante: Roldão Cardoso Neto

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Roldão foi condenado a oito anos e quatro meses de reclusão, além de 833 dias-multa, por tráfico de drogas, conforme o artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006. Em 6.11.2024, foi flagrado com 1.743 porções de crack, 1.554 porções de cocaína e 72 porções de maconha, sem autorização legal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em (i) a alegação de nulidade por violação de domicílio. (ii) a possibilidade de desclassificação para porte de drogas; (iii) absolvição com fundamento no artigo 386, incisos V ou VII do Código de Processo Penal; e (v) prequestionamento.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A entrada no domicílio foi justificada pela situação de flagrante delito, conforme entendimento do STF e STJ.

4. A quantidade de drogas apreendidas e a ausência de elementos que indiquem uso pessoal afastam a desclassificação para porte de drogas.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A entrada em domicílio sem mandado é lícita em flagrante delito. 2. A quantidade de drogas apreendidas caracteriza tráfico, não porte.

LEGISLAÇÃO CITADA:

CF/1988, art. 5º, XI; Lei nº 11.343/2006, art. 33, "caput"; CPP, art. 303.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, RE nº 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes; STJ, REsp nº 1.574.681/RS.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 151/153

O apelante, **Roldão**, foi condenado à pena de oito (8) anos e quatro (4) meses de reclusão, em **regime inicial**, e ao pagamento de oitocentos e trinta e três (833) dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006**, sem possibilidade de apelar em liberdade, porque em **6.11.2024, por volta das 11h40min**, na Rua Lauro Lisboa Garcia, nº 170, Cohab IV, Conchas/SP, trazia consigo, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico de drogas, 1.743 porções de crack, com peso bruto de 1244 gramas, 72 porções de maconha, com peso bruto de 222 gramas, 1.554 porções de cocaína, com peso bruto de 1599 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pelo local quando avistaram Roldão na calçada, próximo ao local dos fatos. Ao avistar a viatura, o apelante arremessou um objeto que trazia consigo para o interior do imóvel, o que foi presenciado pelos agentes públicos. Realizada a abordagem, foi encontrada com Roldão a quantia de R\$ 20,00, que ele confessou ser decorrente da venda de entorpecentes. Realizada vistoria no objeto descartado pelo recorrente, foi encontrado um pote de plástico com tampa contendo 7 porções de maconha, 23 porções de cocaína e 28 porções de crack. Indagado a respeito, Roldão confessou que possuía mais entorpecentes dentro do imóvel, no interior de uma bolsa. Em busca ao local dos fatos, encontraram a bolsa com 589 microtubos amarelos contendo cocaína, 913 microtubos roxos contendo cocaína, 29 potinhos plásticos contendo cocaína, 827 microtubos rosas contendo crack, 888 microtubos amarelos contendo crack e 65 potinhos

contendo maconha, além de R\$ 72,00 em espécie, uma balança de precisão e saquinhos plásticos.

Nas razões de apelação, sustentou-se **a)** preliminar de nulidade por violação de domicílio e consequente ilegalidade das provas obtidas; **b)** absolvição com fundamento no artigo 386, incisos V ou VII do Código de Processo Penal; **c)** desclassificação para porte de drogas; e **d)** prequestionamento (fls. 181/206).

Contrarrazões da Acusação (fls. 215/219), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado ao Ministério Público em 24.3.2025 (fls. 210).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (fls. 234/240).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 147).

II – Fundamentação

A preliminar deve ser rejeitada.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XI, estabelece que *"a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"*.

Consoante reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores,

entendia-se que o ingresso de policiais em domicílio sem o consentimento do morador ou ordem judicial estaria autorizado, notadamente quando se constatava a ocorrência de delito de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo (art. 5º, inc. XI, segunda parte, da Constituição Federal, e art. 303 do Código de Processo Penal).

Entretanto, a fim de delimitar esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, sob a ótica de repercussão geral, no julgamento do RE nº 603.616/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou a tese no sentido de que *“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”* (Tema 280).

Já o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.574.681/RS, definiu parâmetros para avaliar se a entrada forçada em domicílio é tolerável, por entender que a constatação posterior da situação de flagrância não justificaria a medida invasiva. No julgado, a Turma concluiu que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, deveria haver fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida e não simples desconfiância que culmine numa situação de flagrância por mero acaso. Essas balizas, é claro, somente são aplicáveis na hipótese de ausência de consentimento do morador para a entrada em seu domicílio.

No caso, os policiais poderiam ingressar no imóvel, pois, os policiais presenciaram quando o apelante arremessou um objeto ao notar a aproximação da viatura. Ao ser abordado, confessou que se tratava de drogas

que pretendia vender. Além disso, admitiu que guardava mais entorpecentes dentro de uma mochila no interior da residência. Após indicar a localização do objeto, o policial militar Wesley ingressou no imóvel e a encontrou. A mochila foi aberta na presença do apelante, sendo encontradas centenas de porções de crack, cocaína e maconha em seu interior, além de apetrechos utilizados na preparação/fracionamento, com sacolas e balança de precisão.

A prisão e a diligência no imóvel foram feitas em conformidade com os ditames legais. O direito em análise não é absoluto, quando há flagrância, pode-se agir, caso contrário, outro tipo de violação poderia ocorrer, até mais grave.

Se não tivessem agido, aí sim teriam problemas, por omitirem-se em dever de ofício, cometendo, em tese, a prevaricação.

Cumprе ressaltar que a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que se exige necessária documentação e registro audiovisual, não incide na espécie, pois muito recente, dando novos contornos a entendimento diverso até então (*Habeas Corpus nº 598/051/SP - 2020/0176244-0 - Relator Rogerio Schietti Cruz - J. 5.3.2021*). E a nova interpretação tem período para ser implantada: *"Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal"*.

Por fim, em 2.12.2021, o Ministro Alexandre de Moraes, Supremo Tribunal Federal, anulou parte de decisão do Superior Tribunal de Justiça que impôs aos órgãos da segurança pública de todo o país a obrigação de registrar, em áudio e vídeo, o ingresso no domicílio de suspeito, com forma de comprovar

o consentimento do morador (**RE 1342077**). Segundo o Ministro, ao estabelecer requisitos não previstos na Constituição Federal sobre a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, inciso XI) e impor a obrigação a todos os órgãos de segurança pública do país, de modo a alcançar todos os cidadãos indistintamente, a Sexta Turma do STJ extrapolou sua competência jurisdicional. Ele explica que a natureza do habeas corpus não permite a sua utilização de forma abrangente e totalmente genérica.

Julga-se o mérito.

O apelo não comporta acolhimento, subsiste a sentença prolatada pela culta e dedicada Magistrada, doutora Bárbara Galvão Simões de Camargo.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1, boletim de ocorrência de fls. 19/22, auto de exibição e apreensão de fls. 23/24, auto de constatação provisória de fls. 25/26, exames químico-toxicológicos de fls. 68/70, 71/73, 74/76 e prova produzida em Juízo, crack, cocaína e maconha foram apreendidos.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, **optou pelo silêncio**, respaldado em norma de ordem constitucional (fls. 8/9).

Em Juízo, **negou o delito**. Estava saindo de casa no momento da abordagem. O policial retirou a chave de seu bolso. Disse saber onde estava a droga e entrou na residência. A bolsa estava trancada com cadeado, mas foi arrombada com uma caneta. **Desconhecia o conteúdo da bolsa até ser aberta. Por ser usuário, nenhum traficante colocaria droga sob sua responsabilidade para venda.** A bolsa foi deixada sob sua guarda. As drogas encontradas no pote enrolado na meia foram seu pagamento. A quantidade não

correspondia à informada pelos policiais. Não arremessou a meia. Os policiais a localizaram após ter indicado o local. Não sabe se os policiais têm algo contra ele. Acredita ter havido atrito em razão de discussão com o pai, que anteriormente chamou a polícia. Sempre trabalhou. Foi nesse caminho porque não tinha outra alternativa.

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.

Luiz Carlos, policial militar, depôs que estava em patrulhamento com o soldado Wesley pela Cohab IV. Adentraram na rua dos fatos e lá avistaram o apelante saindo de sua residência. **Assim que notou a presença policial, retornou para sua casa. Ele pegou um objeto e jogou para dentro do imóvel. Ele tentou fechar e trancar o portão.** Conseguiram efetuar a abordagem. Em busca pessoal, encontraram R\$ 20,00 em notas trocadas. **Verificaram o objeto arremessado na varanda era uma meia preta. No interior da meia, encontraram um pote plástico com várias porções de crack, cocaína e maconha.** Ao ser indagado do entorpecente, confessou que

seriam para venda. **Admitiu, ainda, que dentro do imóvel havia mais uma sacola com entorpecentes.** Ele indicou onde a mochila estava. Pegaram a mochila no imóvel e levaram para fora, onde estava sendo abordado. Ele confirmou a mochila. A mochila foi aberta na frente do apelante. **O irmão de Roldão estava presente e acompanhou a abordagem.** Localizaram vários pinos de cocaína, crack, maconha, R\$ 72,00 em dinheiro, sacos plásticos para fracionamento, balança de precisão. Roldão disse que estava guardando para uma pessoa que não poderia falar. **O apelante é conhecido nos meios policiais pela prática do tráfico de drogas. O genitor do recorrente tem uma medida contra ele, em razão da guarda de entorpecentes dentro da residência.** A droga encontrada com ele era para venda. O apelante não disse se as drogas no interior da mochila seriam para venda ou apenas para guarda. Foi a primeira vez que abordou o apelante. A quantidade encontrada é difícil de localizar. Foram mais de 1.500 pinos de crack e mais de 1.500 pinos de cocaína. No ano anterior, foi cumprido um mandado de busca e apreensão na mesma rua versando sobre tráfico. A casa é vizinha. Havia informações prévias de que a casa de Roldão funcionava um ponto de tráfico, com movimentação de pessoas. Os cidadãos paravam a viatura para relatar. **As drogas encontradas na meia eram similares àquelas localizadas na mochila.** Não sabe informar a respeito de “casa bomba”. Somente o soldado Wesley ingressou no imóvel para buscar a mochila.

Sérgio Wesley, policial militar, depôs que realizavam patrulhamento de rotina na Cohab IV, local conhecido pela prática do tráfico de drogas. Acessaram a Rua Lauro Lisboa Garcia, depararam-se com Roldão, já conhecido nos meios policiais. Ele estava próximo ao portão e saía da residência. Assim que notou a presença policial, tentou retornar para a residência. **Presenciaram quando o apelante jogou algo para dentro do imóvel. Em busca pessoal, encontraram R\$ 20,00 no bolso. Ao ser indagado, confessou ter jogado um pote com drogas.** O dinheiro era

proveniente do narcotráfico. **Um pote plástico estava enrolado em uma meia, com algumas porções de maconha, cocaína e crack. Roldão confessou que guardava uma bolsa com certa quantidade de entorpecentes.** Ingressou no local indicado e encontrou a bolsa em um quarto. A bolsa foi aberta no local da abordagem, na frente do apelante. **Havia grande quantidade de drogas, aproximadamente umas 3.200 porções de drogas variadas e uma quantia de R\$ 72,00. Roldão já era conhecido nos meios policiais.** Confessou que estava na venda de drogas e na guarda da bolsa. Ele teve uma ocorrência com o próprio pai que não aceitava o comércio de droga na residência. Eles acabaram tendo uma discussão mais acalorada. O pai pediu o afastamento de Roldão e uma medida protetiva. Já abordaram apelante em outras oportunidades. Tinham ciência de que Roldão praticava o comércio de drogas.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

É importante ressaltar a ausência de indícios de qualquer intenção deliberada de prejudicar o recorrente. Tampouco há evidências de falsidade em suas declarações. Seu propósito é expor os resultados de seu trabalho, visando coibir 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.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

O artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06 prevê diversas condutas, no caso, o recorrente trazia consigo e guardava 1.743 porções de crack, com peso bruto de 1244 gramas, 1.554 porções de cocaína, com peso bruto de 1599 gramas e 72 porções de maconha, com peso bruto de 222 gramas.

O dispositivo em questão, enquanto tipo penal misto alternativo, não exige que o agente seja surpreendido comercializando as substâncias estupefacientes, pois a prática de uma ou mais dessas condutas, é suficiente para a caracterização do delito.

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 despicienda a "traditio" para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* - 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Guilherme G. Strenger - J. em 29.1.2020).

Não se cogita a desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, pois a quantidade de entorpecentes localizados em seu poder não

justificam o porte para uso próprio, também não se encontrou qualquer aparato voltado ao consumo. Além de que eventual condição de usuário não afasta, por si só, a traficância.

Sobre a questão já se manifestou esta C. Corte: “A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (TJSP HC 42.229-3 Rel. Onei Raphael RJTJSP 101/498) (*Apelação Criminal nº 0005242-67.2018.8.26.0564* - 8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Marco Antônio Cogan - J. 8.8.2019, publicação eletrônica no site, p. 15).

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

A dosimetria não exige reparo.

Na primeira fase, a pena-base deve ser mantida acima do piso pela quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos em poder do apelante (1.743 porções de crack, 1.554 porções de cocaína, e 72 porções de maconha) e pelos maus antecedentes (autos nº 0001106-04.2010.8.26.0145, art. 180, CP, fls. 40; 0001184-66.2008.8.26.0145, art. 342, §1º do CP, fls. 40/41; 0001672-50.2010.8.26.0145, art. 180, CP, fls. 41) com acréscimo de 2/3 na sanção, tem-se oito (8) anos e quatro (4) meses de reclusão e oitocentos e trinta e três (833) dias-multa.

Pode-se ter discricionariedade na fixação da pena-base mais elevada, desde que fundamentada e proporcional à conduta lesiva, com dados concretos para tanto, não há critério matemático. No Excelso Superior Tribunal de Justiça: *AgInt no HC 541963/MG* - T5 - Quinta Turma -

Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 18.2.2020 - DJe em 28.2.2020; *AgRg no AREsp 1449050/DF* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 23.4.2019 - DJe em 10.5.2019 e *HC 490375/SP* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Jorge Mussi - J. em 11.4.2019 - DJe em 6.5.2019), apenas para ilustrar a assertiva.

Na **segunda fase**, não havia atenuantes ou agravantes.

Na **terceira fase**, a causa de diminuição prevista no **artigo 33, § 4º, da Lei nº 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**, situação que evidencia dedicação contínua às atividades delitivas.

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.

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.

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 necessite 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**, além de ter sido preso com quantidade expressiva de entorpecentes. 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 (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.

Por fim, ressalte-se, para fins de prequestionamento, que não houve violação a ser reconhecida nos dispositivos da Constituição Federal ou da legislação infraconstitucional.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

Recurso preso (fls. 163). 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 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.

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.