



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000470242

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016290-94.2017.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante [REDACTED] é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para fixar à ré [REDACTED] a pena de cinco anos, sete meses e quinze dias de reclusão, em regime inicial de cumprimento fechado, e a pena de multa equivalente a quinhentos e sessenta e dois dias-multa, fixados no mínimo legal, pela prática da infração prevista no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, mantendo-se, no mais, a r. decisão por seus próprios fundamentos. Comunique-se ao Juízo das Execuções. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA E REINALDO CINTRA.

São Paulo, 12 de junho de 2019.

FREITAS FILHO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação nº 0016290-94.2017.8.26.0196

Apelante: [REDACTED]

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Franca

Voto nº 23591

Tráfico de Entorpecentes – Art. 33, Lei 11.343/06. Conjunto probatório robusto para lastrear o decreto condenatório. Prova da finalidade de entrega a terceiros, advinda da forma de embalagem e da quantidade de droga. Pena base reduzida. Substituição da pena. Incabível - Requisitos dos benefícios não foram satisfeitos. Regime mantido. Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença proferida em 19 de junho de 2018 (fls. 285/293) pela 3ª Vara Criminal da comarca de Franca/SP, acrescenta-se que a ré [REDACTED] [REDACTED] restou condenada à pena de seis anos de reclusão, em regime inicial de cumprimento fechado, e à pena de multa equivalente a seiscentos dias-multa, fixados no mínimo legal, pela prática da infração prevista no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

A defesa se insurgiu contra a r. sentença, apresentando recurso de apelação (fls. 332/350), alegando, em síntese que as provas constantes dos autos não são suficientes para embasar a condenação da ré pelo delito a ela imputado, devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*. Demanda, assim, a absolvição da ré com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e subsidiariamente, requer a desclassificação da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

conduta para aquela prevista no artigo 28, da Lei de Drogas, bem como a redução da pena-base ao seu mínimo legal, a aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu patamar máximo, com a subsequente substituição da pena, além da fixação de regime inicial mais brando.

Devidamente contra-arrazoado o recurso (fls. 354/367), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo integral improvimento do recurso de apelação (fls. 375/383).

É o relatório.

Depreende-se do conjunto probatório que em 05 de setembro de 2017 policiais militares receberam a notícia anônima de que na residência situada na Rua Zelindo Macarini, nº 981, Bairro City Petrópolis, na cidade de Franca/SP, estaria sendo realizado o tráfico de drogas.

Em vista disso, os milicianos se deslocaram até o local indicado e tiveram sua entrada devidamente autorizada, sendo que em buscas pelo interior da casa, lograram êxito em apreender dezessete porções de “*Erythroxilon coca* (“cocaína”) no interior de um pote de plástico na cozinha, bem como a quantia de cento e trinta e quatro reais, em espécie.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Eis que neste momento, ao ser questionada, a ré veio a admitir que as drogas lhe pertenciam e seriam destinadas à venda e inclusive entregou mais quatro porções da mesma droga que estavam em sua posse.

A absolvição é inatendível, tendo em vista que as provas corroboram com os fatos expostos na denúncia.

A materialidade delitiva do crime restou claramente demonstrada nos autos, através do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02), do Boletim de Ocorrência (fls. 08/10), do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 11/12), do Auto de Constatação Provisória (fls. 14/16), do Laudo de Exame Químico-Toxicológico (fls. 39/40), e pela prova oral colhida nos autos.

Também é certa a autoria do delito.

Em depoimentos harmônicos, coerentes e verossímeis, proferidos em ambas as fases da persecução penal, os policiais militares responsáveis pelas diligências, Élcio Rodrigo Bueno Macedo e Felipe Bergamin Marinho ratificaram a versão acusatória, relatando que na data dos fatos foi recebida denúncia de que em determinada residência estaria sendo praticado o tráfico de drogas, assim, os milicianos se deslocaram até o endereço indicado e uma vez franqueada sua entrada procederam com buscas pelo imóvel,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

logrando êxito em apreender porções de “cocaína” no interior de um pote plástico existente na cozinha, tendo o policial Felipe ainda acrescentado que, ao ser questionada, a ré assumiu a propriedade das drogas, apresentando mais quatro porções que trazia consigo, indicando que as mesmas se destinavam à venda. Ao passo que o miliciano Élcio indicou que a ré teria alegado que os narcóticos seriam para seu consumo próprio.

Tais depoimentos não devem ser desqualificados tão-só pela condição profissional das testemunhas, pois não teriam qualquer motivo para imputar falsamente a conduta criminosa a recorrente. Além disso, nada há de concreto nos autos que pudesse desmerecer essa prova.

Este é o entendimento adotado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo sob garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam, com outros elementos probatórios idôneos” (Habeas Corpus nº 74.608-0, rel. CELSO DE MELLO, j. 18.2.97).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No mesmo diapasão já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pela demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito” (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.158.921/SP – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – 6ª Turma, j. 15.5.2011, DJe 1.6.2011).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. (...) Não há falar em ilicitude das provas produzidas, porquanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório” (HC 136.220/MT – Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA – 5ª Turma, j. 23.2.2010, DJe 22.3.2010).

Observa-se que, os policiais apresentaram depoimentos coerentes e uníssonos, sendo que pequenas discrepâncias entre os relatos são perfeitamente normais devido ao decurso do tempo e ao número de ocorrências que estes profissionais atendem.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesse sentido:

Se não bastasse, nada há, nos autos, que macule a credibilidade dos relatos prestados pelos policiais militares, os quais merecem ser recebidos como outra prova qualquer, sendo injusta e preconceituosa a desgastada tese de suspeição de seus depoimentos, observado que algumas contradições, como constou de r. parecer ministerial, nos autos da Apelação nº 964.564.3/4-00, "Não têm sentido as colocações feitas sobre contradições. A mente humana não tem a capacidade de armazenamento como pretendido. São razoáveis e saudáveis algumas diferenças entre depoimentos, pois o oposto seria absolutamente estranho (cf. fs. 409/410)", valendo, para o caso, o entendimento jurisprudencial, a saber:

"Normais pequenas contradições nos depoimentos das testemunhas. Absoluta coincidência entre todos os depoimentos é que pode gerar suspeitas" (TACRIM-SP - EI - Rei. Galvão Coelho - JUTACRIM 55/61).

"Pequenas divergências em depoimentos prestados pelas testemunhas, sem ofensa à essência do que contém, não são motivo para torná-los imprestáveis" (TJPR - EI - Rei. Antônio Carlos Amorim - RTJE 70/278).

"As pequenas contradições na prova decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas, em geral, pelas condições em que a prova é realizada. Assim, de se desconfiar do testemunho demasiado perfeito, sendo, sim, importante, verificar se, embora discrepantes em detalhes mínimos, concordam os depoimentos nos pontos essenciais, quanto às circunstâncias decisivas do fato" (RJDTACRIM, vol. 6, pág. 78, abri l/j unho/90 - Relator: José Habice). (TJSP, Apelação Criminal nº. 0102066-59.2010.8.26.0050, 11ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Antônio Manssur, julgado em: 09/11/2011)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Outrossim, não há porque duvidar dos depoimentos destes que estão em sintonia com as demais provas colhidas durante instrução criminal, inexistindo qualquer indício de que os mesmos tenham sido mendazes ou tivessem qualquer interesse em prejudicar a acusada.

Também não parece plausível que os policiais se dariam ao capricho de alterar a dinâmica dos fatos e juntar a mencionada quantidade de drogas e dinheiro apenas para incriminar a apelante gratuitamente.

Com efeito, não se pode presumir que a ação do policial, investido pelo Estado em função de vigilância e repressão tenha por destinação a incriminação de um cidadão inocente. Seria preciso, para tanto, a existência de indícios mínimos a respeito. E a prova colhida não revela qualquer traço de irregularidade na conduta dos policiais.

Portanto, não há nos autos qualquer indício de falsa imputação de crime a inocente.

A testemunha Celso, companheiro da vítima, ao ser ouvido em juízo, confirmou a apreensão de drogas em sua residência, alegando desconhecer o envolvimento da ré com drogas, afirmando que a mesma teria adquirido os narcóticos com o dinheiro destinado ao pagamento de uma conta de água.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por sua vez, a recorrente, em seu interrogatório judicial, negou os fatos, alegando que a droga encontrada em sua casa se destinava exclusivamente ao seu consumo próprio, afirmando que trabalha como manicure e cabelereira, tendo uma de suas clientes lhe oferecido dinheiro para adquirir drogas e consumirem juntas.

No entanto, tal versão não convence, pois, além de não ter sido comprovada, restou completamente dissociada dos demais elementos de convicção colhidos.

Ressalte-se que causa estranheza que a ré não tenha declinado sequer o nome de sua “cliente” que forneceu o dinheiro para aquisição de drogas a fim de corroborar com sua estória. Ademais, o próprio marido da ré desmentiu sua versão exculpatória, indicando que a mesma teria se valido do dinheiro destinado ao pagamento de uma conta para adquirir os narcóticos.

Ainda, note-se também que a ré permaneceu em silêncio na fase administrativa, comportamento esse, que, embora escudado em garantia constitucional, não condiz com o normal e esperado de pessoa inocente. Pelo contrário, aquele que é injustamente acusado procura demonstrar à exaustão sua inocência, o que, porém, não ocorreu no caso dos autos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tal entendimento encontra respaldo na doutrina moderna:

“Releva notar que a prova do fato criminoso não consistiu somente no testemunho dos policiais; o primeiro indício que se elevou dos autos, poderoso a abafar os protestos de inocência do réu, foi o silêncio a que se restituiu, na fase do inquérito (fl. 7). Como nada respondesse à autoridade policial a respeito da grave imputação de que era arguido, nisso mesmo deu a conhecer sua culpa. É que ninguém deixa de repelir com todas as forças injusta acusação, notadamente se da gravidade da que ao réu desfechou o órgão do Ministério Público. Segundo aquilo do jurisconsulto Paulo, no Digesto (50, 17, 142): Quem cala não confessa, mas também não nega (“Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est non negare”). Ainda: “Muito embora o silêncio do interrogando seja uma faculdade procedimental, é difícil acreditar que alguém, preso e acusado de delito grave, mantenha-se calado só para fazer uso de uma prerrogativa constitucional” (RJTACrimSP, vol. 36, p. 325: rel. José Habice). (TJSP, Apelação Criminal nº 993.05.001105-4, São Paulo, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. CARLOS BIASOTTI, j. 25.6.2009).

Assim, em face da natureza, da considerável quantidade de entorpecentes apreendidos, do fato de estarem embalados individualmente e prontos para entregar a terceiros, e também do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante, fica patente a destinação comercial dos mesmos.

Ademais, o tipo penal do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é um crime de conteúdo múltiplo, descrevendo diversas condutas, mas para a sua caracterização basta a prática de apenas uma delas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesse sentido:

“Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização” (RT 714/357).

Eis que, em que pese os argumentos apresentados pela combativa defesa, revela-se não só correta, como necessária a condenação da recorrente pelo delito de tráfico, pois encontra-se suficientemente baseada no conjunto probatório carreado aos presentes autos.

Ainda, mostra-se igualmente inviável a desclassificação do delito de narcotraficância para a infração prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, posto que a condição de usuário não tem o condão de descaracterizar o crime do artigo 33 da referida norma. Não podendo assim, a apelante alegar ser dependente para se esquivar da responsabilidade da infração penal. Uma conduta não implica na exclusão da outra, ao contrário, é de praxe a prática do tráfico por usuários com o intuito de sustentar o próprio vício. E nos presentes autos, restou claro que a ré não era simples usuária, mas também fornecia drogas a terceiros.

A propósito, o seguinte julgado da Corte Suprema:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga. Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu” (STF 1ª T. HC n. 74.420-6/RJ Rel. Min. Celso de Mello DJU de 19.12.96, p. 51.768).

Não obstante, a ré foi surpreendida em posse de considerável quantidade de estupefacientes, circunstância que se mostra incompatível com a conduta adotada por mero usuário, que de forma geral adquire uma ou outra porção para de imediato consumi-las, exatamente para não ser confundido com o traficante.

Cumpre acrescentar, também, que, conforme consta da literatura médica, a dose letal aos usuários de cocaína corresponde a 0,02g da droga; portanto, a quantidade da substância apreendida representa, uma quantidade elevada de porções ensejadoras do quadro de overdose (Delton Croce e Delton Croce Júnior, obra citada, pg. 636, Guilherme Oswaldo Arbenz, “Medicina Legal e Antropologia Forense”, edição 1.988, pg. 539; STJ, HC 235.257/DF, DJe 26-03-2013). Circunstância esta que confirma a intenção de tráfico.

Ademais, conforme se depreende do conjunto probatório amealhado aos autos, não foi encontrado em poder da ré ou na residência qualquer instrumento destinado ao consumo imediato das drogas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Dessa forma, uma vez configurado o crime descrito na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado a materialidade delitiva e a autoria restaram devidamente incontroversas, e comprovadas de forma exhaustiva pelos elementos de convicção compilados ao longo da *persecutio criminis*.

Contudo, com relação à fixação da pena, com o devido respeito ao entendimento adotado pelo M.M. Magistrado *a quo*, a mesma necessita ajuste, pois foi fixada em demasia. Senão vejamos.

A pena-base aplicada à ré foi estabelecida corretamente acima de seu patamar mínimo legal, tendo em vista que a mesma ostenta maus antecedentes (fls. 126) o que aponta que detém verdadeira personalidade deturbada, e voltada para a prática de delitos.

Ao contrário do alegado pela combativa defesa o limite temporal de cinco anos é utilizado para fins de caracterização de reincidência, podendo, entretanto, decisão cuja punibilidade foi extinta há mais de cinco anos caracterizar maus antecedentes.

Neste sentido é a decisão do Supremo Tribunal Federal:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES EXTINTAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. I - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, em razão do decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores caracteriza maus antecedentes e demonstra a sua reprovável conduta social, o que permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. II - Recurso ordinário em habeas corpus desprovido (RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 106814 – rel. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 8.2.2011).

Ademais, no que tange ao aumento da pena pelos maus antecedentes, levando-se em conta condenações antigas, acrescenta-se que não se está diante de qualquer irregularidade. Pelo contrário, a referida circunstância encontra amparo na própria Constituição Federal, diante da interpretação dos princípios da Isonomia, Proporcionalidade e Razoabilidade, bem como na Individualização da Pena.

Tem-se dessa forma, que tal acréscimo decorre da necessária distinção que se há de fazer entre os agentes, após análise da personalidade de cada um, tendo em vista atos pregressos de seu comportamento social. Sendo clara a injustiça, caso contrário, em que aquele que insiste na prática de crimes receba o mesmo tratamento dado a um condenado primário.

Ora, voltar a cometer um crime revela maior reprovabilidade no fato concreto em julgamento, e que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

merece uma resposta penal mais severa, justificando a imposição dos maus antecedentes.

Deste modo, não há razão para afastamento da referida circunstância.

Entretanto, a quantidade e nocividade do entorpecente apreendido em seu poder não podem ser consideradas nesta fase, sob pena de *bis in idem*.

Assim, eleva-se a pena-base na fração de 1/8, apenas ante a comprovada existência de maus antecedentes, como acima justificado.

Ato contínuo, não cabe razão ao pleito defensivo de aplicação da causa de diminuição prevista pelo artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, em sua fração máxima, pois, não só a ré apresenta condenação anterior por crime idêntico, comprovando sua habitualidade no mesmo, indicando que faz deste seu meio de vida, também restou apurada nos autos a propriedade da mesma sobre nada menos que vinte e uma porções de “*Erythroxilon coca* (“cocaína”), as quais seriam entregues a diversos usuários, o que não permite que a pena permaneça em seu mínimo legal, indicando maior afetação ao bem juridicamente tutelado, conforme o disposto no artigo 42, da Lei de Drogas. Além de apresentar um alto risco à saúde pública com a colocação de tal quantidade de narcóticos especialmente nocivos na rua de cidade interiorana, as quais muitas vezes não contam com a estrutura hospitalar necessária para atender a usuários, em especial em caso de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

overdoses.

Note-se também que não resta dúvidas de que o entorpecente encontrado era “Erythroxilon coca (“cocaína”), substância que se revela ainda mais nociva do que as demais.

A propósito:

“Tráfico de entorpecentes. Acusados surpreendidos mantendo em depósito, no interior de barraco, 212 flaconetes plásticos contendo 101,6g de cocaína e 20 invólucros com 96,4g de maconha, além de dinheiro e caderneta com anotações relativas à contabilidade do nefasto comércio. Palavras dos policiais, no tocante aos aspectos nevrálgicos da dinâmica, coerentes e seguras, dando conta da apreensão dos entorpecentes e do numerário. Pequenas contradições que não turvam a clareza da prova. Negativas dos réus isoladas e discrepantes. Posturas de quem se valiam da droga para a mercancia. Desclassificação para uso, inviável. Condenação bem decretada. Penas de JOSÉ adequadas. Reprimendas de ADRIANO e JOSIVAN, contudo, revistas. Impossibilidade de aplicação da redução prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, até porque a quantidade de entorpecente era elevada, tendo sido apreendida, ainda, cocaína, droga com altíssimo potencial lesivo. Condutas dos recorridos, ademais, hábeis a denotar intensas periculosidades. Preponderância das circunstâncias judiciais do artigo 42, da Lei de Tóxicos, àquelas inscritas no artigo 59, do C. Penal. Regime inicial fechado, para todos, decorrente de Lei. Substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos e “sursis” incompatíveis com a gravidade da conduta dos acusados. Apelos dos réus improvidos e apelo ministerial provido, para afastar a redução das penas impostas a ADRIANO e JOSIVAN” (Apelação 0420258-20.2010.8.26.0000 – grifo do Relator).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Sendo, portanto, incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006.

Dessa forma, a sanção totaliza cinco anos, sete meses e quinze dias de reclusão, e pagamento de quinhentos e sessenta e dois seis dias-multa, pena esta que se torna concreta, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

Também se mostra inviável a aplicação do benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Senão vejamos.

Tal benefício não seria possível no presente diante das circunstâncias do caso concreto, vez que o *quantum* da pena privativa de fixado por este acórdão, como relatado acima, impede a concessão do mesmo. Posto que, o próprio artigo 44 do Código Penal em seu inciso I estabelece como condição para a concessão de tal benefício que ao réu não seja aplicada pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Requisito este que não se faz presente no caso em tela, vedando, portanto, a concessão deste benefício.

Ainda, os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas consequências de seus atos. O que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, “*os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente*”.

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado.

O próprio artigo 33 em seu parágrafo terceiro determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só o *quantum* de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Eis que, no caso em tela a apelante não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, pois demonstra elevada periculosidade, sendo detida em poder de droga de especial nocividade, que seria colocada à disposição de incontáveis usuários, mantendo nefasto vício que ceifa vidas jovens e destrói famílias, demonstrando assim total descaso com a vida alheia na busca pelo lucro. Ademais, a mesma restou condenada anteriormente por crime idêntico o que indica que faz do delito seu meio de vida.

Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2º do Código Penal, é faculdade do Juiz, que pode dosar a qualidade da pena.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesse sentido:

“Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.” (STF. Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98)

“A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais” (TACRIM - SP - Ap. José Habice - j . 09.03.1998 - RJTACrim 37/354)

Sendo que tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate a narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos. O que faz com que a conduta da ré mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

Este é o entendimento adotado de forma majoritária por este Colendo Tribunal de Justiça:

“TRÁFICO DE DROGAS PEDIDO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

SUBSIDIÁRIO - FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO INADMISSIBILIDADE - REGIME INICIAL FECHADO ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. “Ressalto que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado”. RECURSO NÃO PROVIDO.” (TJ/SP. AP 0057527-71.2011.8.26.0050. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. Data do julgamento: 27/06/2013.

“Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts. 33, 'caput', e 35, “caput”, ambos da Lei nº 11.343/06).(…) Regime inicial fechado único possível quanto ao tráfico. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial provido, improvidos os das defesas.” (TJ/SP. AP 0010278-68.2012.8.26.0510. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 02/07/2013)

“Tráfico de entorpecentes. Réu que, em local conhecido como ponto de venda de drogas, ao pressentir a iminência da abordagem por guardas municipais, desvencilha-se de sacola contendo 6 porções de maconha, 19 porções de cocaína e 82 pedras de crack. Localização, em seu poder e ao ensejo de revista, de R\$ 62,00 sem comprovação satisfatória de origem. Palavras dos guardas municipais coerentes e harmônicas. Versões exculpatórias dissonantes e das mais inconsistentes. Alegação de flagrante forjado repelida. Destinação mercantil das drogas bem evidenciada. Pleito de desclassificação da conduta repelido. Condenação, pelo tráfico, bem decretada. Penas que já beneficiam o acusado. Redução, com lastro no artigo 33, § 4º, não questionada pela acusação. Substituição da pena corporal por restritivas de direitos incompatível com crime equiparado a hediondo. Regime fechado necessário e decorrente, inclusive, de lei (Lei nº 11.464/07). Apelo improvido.” (TJ/SP. AP



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

0071629-66.2012.8.26.0114. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal.
Relator(a): Pinheiro Franco. Data do julgamento: 04/07/2013).

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena de inibir a prática de novas ações delituosas.

Arrematando-se, entende este relator que não é automática a aplicação do instituto da detração, em primeiro lugar em razão de tal instituto não ter sido previsto como um critério para fixação do regime inicial de cumprimento de pena e, especialmente na falta de elementos subjetivos do acusado. A aplicação do instituto não pode, pura e simplesmente, *progredir* de regime o condenado levando-se em conta somente o tempo de prisão já cumprido sem a aplicação de qualquer outro critério.

O benefício da detração em sede de apreciação de recuso de apelação não merece ser provido em razão de ser inviável, no atual estágio de cognição, a análise quanto à possibilidade de progressão a regime menos severo, posto que ausentes nos autos elementos necessários à aferição dos requisitos de ordem subjetiva.

Nesse sentido, também já se pronunciou a Colenda 6ª Câmara de Direito Criminal, no julgamento da Apelação nº 3009948-55.2013.8.26.0099, cujo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

preciso voto, do E. Desembargador Marco Antônio Marques da Silva, merece destaque:

“Observo, ainda, que a aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal carece de uma melhor regulamentação, visto que é dispositivo que se assemelha aos regramentos da progressão de regime, matéria pertinente ao juízo das execuções criminais. Com efeito, para a fixação de um regime mais brando com fundamento no tempo de custódia cautelar, o Juízo a quo necessitaria ter acesso a dados pessoais do réu, como atestado de comportamento carcerário, a fim de averiguar se possui os requisitos objetivo e subjetivo. Tal análise, a nosso ver, deve ser feita no âmbito da execução penal. Além disso, uma interpretação literal do referido dispositivo legal poderia propiciar situações de flagrante injustiça, pois, por exemplo, aquele indivíduo que respondeu preso ao processo e foi condenado à pena privativa de liberdade terá o abatimento do período em que permaneceu recolhido por ordem do Magistrado que proferiu a sentença, o que possibilitaria sua progressão de regime tendo por base somente o preenchimento do requisito objetivo; por sua vez, o condenado que respondeu o processo em liberdade só obterá a mesma benesse desde que preencha os requisitos do artigo 112, da Lei de Execuções Penais, fato este que caracterizaria violação ao princípio da isonomia. Portanto, a fim de se evitar incoerências dessa natureza, mais prudente que a matéria atinente à detração penal seja analisada pelo Juízo da Execução”

Importante ressaltar também que a detração deve ser pleiteada no Juízo da Execução da pena ante a inexistência de qualquer informação acerca das condições subjetivas do acusado, especialmente o mérito e o comportamento do acusado na prisão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Diante do exposto, pelo meu voto
DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para fixar à ré [REDACTED]
[REDACTED] a pena de cinco anos, sete meses e quinze dias de reclusão, em regime inicial de cumprimento fechado, e a pena de multa equivalente a quinhentos e sessenta e dois dias-multa, fixados no mínimo legal, pela prática da infração prevista no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, mantendo-se, no mais, a r. decisão por seus próprios fundamentos.

Comunique-se ao Juízo das
Execuções.

Aguinaldo de **FREITAS FILHO**
RELATOR