



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
9ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2019.0000514665

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 0000025-93.2016.8.26.0570, da Comarca de Iguape, em que é apelante [REDACTED] é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª 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 Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR E ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 27 de junho de 2019.

Farto Salles
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
9ª Câmara de Direito Criminal

VOTO n.º. 11.364

APELAÇÃO CRIMINAL n.º. 0000025-93.2016.8.26.0570 (processo digital)

COMARCA: IGUAPE – 2ª VARA

APELANTE: [REDACTED]

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. Materialidade e autoria comprovadas. Relatos seguros e coesos dos policiais militares, que avistaram o réu lançar ao chão sacola com porções de maconha e cocaína em local conhecido pela prática do comércio espúrio, a par da considerável quantia em dinheiro localizada na posse dele, quadro incompatível com a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28, da Lei de Drogas da Lei de Tóxico. Condenação mantida. Pena-base no piso, não obstante circunstância desfavorável representada pela quantidade, variedade e acentuada lesividade de parte dos entorpecentes apreendidos à saúde pública a exigir incremento da basilar, consoante artigo 42 da Lei n.º. 11.343/06. Errática incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, daquela mesma Lei Extravagante, vedada a revisão do julgado ante a inércia da acusação. Substituição da corporal obstaculizada pela gravidade concreta do delito. Manutenção do regime inicial semiaberto ante o silêncio da Justiça Pública. Recurso da Defesa improvido.

VOTO DO RELATOR

Através da sentença observada a fls. 149/150, cujo relatório se adota, [REDACTED], qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de quatro (4) anos e dois (2) meses de reclusão em regime inicial semiaberto, bem como a proceder ao pagamento de multa no importe de quatrocentas e dezesseis (416) diárias, unidade no piso, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º. 11.343/06, vedada a interposição de recurso em liberdade.

Inconformados, apelam o réu e a Defesa (fls. 150), vindo as razões do recurso a fls. 157/160. Postula o Defensor a absolvição por



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

fragilidade do quadro probatório ou, então, a desclassificação da conduta para aquela descrita no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06. Subsidiariamente, almeja a redução da pena.

Regularmente processado o recurso, apresentaram-se as contrarrazões a fls. 165/168, tendo a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça se manifestado a fls. 195/199, no caso pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

O recurso não vinga.

Observe-se que o réu, na Delegacia, optou pelo silêncio (fls. 08) para, em juízo, negar a acusação, alegando encontrar-se no local dos fatos para comprar drogas com o dinheiro arrecadado na noite anterior, quando “guardava” carros. Sustentou, ainda, consumir drogas na residência de indivíduo conhecido por Marco, de quem adquirira os entorpecentes apreendidos (mídia digital).

Todavia, a negativa, a par de inverossímil, acabou isolada.

Com efeito, narrou o policial militar *Maurício do Prado* realizar patrulhamento em local conhecido pela prática do tráfico de drogas, quando avistou o denunciado que, ao perceber a presença da viatura, jogou ao chão um pacote e tentou andar mais rápido. Aduziu que o apelante foi abordado e o pacote encontrado, destacando haver em seu interior as drogas descritas na denúncia. Asseverou ter o acusado admitido praticar o tráfico de drogas para indivíduo chamado MARCO AURÉLIO, mas nada de ilícito foi encontrado na moradia de tal pessoa (fls. 04 e mídia digital).

Em igual sentir, o testemunho do também policial militar *Henderson de Vasconcelos Silva* (mídia digital).

Frise-se que os esclarecimentos analisados se mostram harmônicos, coerentes, lógicos e livres de dúvidas, nada indicando



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

animosidade ou intenção deliberada de prejudicar o recorrente, além do que a lei não faz ressalva alguma relativa ao valor de relatos trazidos por policiais.

Aliás, este Egrégio Tribunal de Justiça tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser a testemunha agente de segurança pública não afeta o valor probante de sua palavra (TJESP, Apelações Criminais n.ºs. 0002253-17.2014.8.26.0439, Relator Desembargador IVAN SARTORI, julgado 15-12-2015, 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, julgado 19-5-2011, este com citação de vasta doutrina e decisões a respeito), sendo tranquila a jurisprudência em tal sentido (STF, HC n.º. 74.608-0/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO; RT 816/548; TJESP, Apelação Criminal n.º. 993.08.018758-4).

Acrescente-se que os policiais militares não teriam motivo para incriminar o réu falsamente ou atribuir-lhe a posse de entorpecente em quantidade superior àquela efetivamente encontrada, não se mostrando contraditórios seus depoimentos, cuja essência delinea o tráfico descrito na denúncia de forma clara e indiscutível.

Nítido, portanto, o vínculo entre os tóxicos e o apelante, ficando clara a autoria do crime, consoante quadro probatório que, ao contrário do sustentado pela Defesa, afigura-se robusto, sem se ignorar a confissão informal perpetrada quando da abordagem e perante os policiais, consoante respectivos depoimentos colhidos também sob a garantia do contraditório.

Pontue-se que a razoável quantidade, variedade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas (19 invólucros de cocaína pesando 4,5g e 16 porções com 22,8g de maconha – fls. 145), a par do numerário encontrado na posse do réu e das circunstâncias da abordagem, reforçam o tráfico praticado por [REDACTED]

Aqui, registre-se que, consoante a literatura médica e a jurisprudência, a dose letal aos usuários de cocaína corresponde a 0,02g



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

do tóxico; portanto, a quantidade da substância apreendida representa, pelo menos, 225 porções “insuportáveis”, ensejando quadro de overdose (Delton Croce e Delton Croce Júnior, “Manual de Medicina Legal”, 5ª edição, Editora Saraiva, 2.004, nº. 14.2.11.3, pg. 636; Guilherme Oswaldo Arbenz, “Medicina Legal e Antropologia Forense”, 1ª edição, 1.988, nº. 42, pg. 539; STJ, HC 235.257/DF; TJESP, Apelação Criminal nº. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO), tudo confirmando a infração penal descrita na denúncia, prejudicada a desclassificação pretendida via apelo.

Do mesmo modo, tem-se que, conforme decisão publicada na RT 546/327, para se fazer um cigarro de “maconha” tipo fininho ou bagana, basta 0,33g da referida droga, representando a quantidade de *Cannabis sativa L* apreendida (22,8g), no mínimo, 69 “cigarros” do tóxico, não havendo, pois, cogitar-se de posse para consumo próprio, ainda mais porque, já o uso de pequena parte da substância, seria suficiente para ocasionar acentuada diminuição do rendimento psicomotor e depressão grave (Delton Croce e Delton Croce Júnior, “Manual de Medicina Legal”, 5ª edição, Saraiva, pg. 636), situação apta a também corroborar o delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06.

Outrossim, “*Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstância que cercam o agente envolvido*” (RT 729/542).

Nesse teor, RT's 714/357 e 776/663, bem como Apelação Criminal apreciada por esta Corte Estadual sob o nº. 993.08.018758-4, impondo ressaltar que a alegação de usuário ou de “*viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade*” (RJTJESP 101/498).

Cite-se, aqui, lição de FERNANDO DE ALMEIDA



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

PEDROSO, no caso dando conta de que, *“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”* (cf. “Prova Penal”, 2ª ed., RT, 2004, item 5, pág. 96).

Noutras palavras, prescindível a prova efetiva e direta de qualquer ato de comércio clandestino de droga, bastando o conjunto de indícios e presunções que, saliente-se, são claros e convergem contra o recorrente, não podendo o juiz desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*) ou seja, a ordem normal das coisas, representando aquelas o conhecimento adquirido pela prática e observação do cotidiano, conforme preceituam a doutrina e a jurisprudência (JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. PAULO BROSSARD, RTJ, 149/521; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209).

“3. A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Doutrina: MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236; LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162; PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91. Precedentes: AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011; HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012; HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009” (STF, HC 97781/PR, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Redator do Acórdão Ministro LUIZ FUX).

E a Lei de Drogas não distingue, para a configuração da conduta típica, o tráfico de quantidade maior ou menor do entorpecente; para a caracterização do delito, basta a verificação dos fatos descritos pela acusação, sendo irrelevante a circunstância de ser pequeno o volume de tóxico apreendido como causa desfiguradora (JSTJ 16/202).

Importa dizer que os próprios traficantes raramente são encontrados com volume excessivo de drogas (LexJTJ 141/394), daí o entendimento consolidado na jurisprudência de que a pequena quantidade, por si só, não afasta a mercancia (RTJ 170/187; RSTJ 94/383 e 99/229; RT 772/682 e 802/640; LexJTJ 165/334 e 208/272; RJTJERGS 115/105 e 180/108; RJTJEMGS 120/143 e 123/266).

Faz-se tal consideração apenas para reforçar a acusação, porquanto, como se realçou, apreendeu-se quantidade razoável de tóxicos na posse do apelante, tudo a desnudar o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06.

Assim, demonstrada a materialidade através do auto de prisão em flagrante delito (fls. 03), boletim de ocorrência (fls. 14/15), auto de exibição e apreensão (fls. 16), laudos de constatação provisória (fls. 17/18) e de exame químico toxicológico (fls. 145), a par de apurada a autoria do tráfico à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base no mínimo legal, vale dizer, cinco (5) anos de reclusão, mais quinhentos (500) dias-multa.

A solução beneficiou o réu, isso porque a palpável quantidade, a variedade e a natureza acentuadamente lesiva e proeminente poder viciante de parte dos tóxicos apreendidos (cocaína)



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

indicam dolo exacerbado a exigir incremento da basilar, nos termos do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06, possibilitando a circunstância àquele atingir maior número de usuários, de modo a contribuir sobremaneira com a disseminação do vício e correlata destruição de lares ou famílias.

Sobre o tema já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao assentar que *“O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida – 13 (treze) pedras de 'crack' – justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3”* (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ).

“Em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06” (STJ, AgRg no HC 244370/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 19-12-2014, grifei).

Também *“Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes”* (STJ, HC 187330/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, grifei).

“1. A natureza da droga apreendida - cocaína, dotada de alto poder viciante - constitui fundamento idôneo a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006” (STJ, HC 338379/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

06-12-2016, sem grifo no original).

A situação negativa em pauta não só exigia o incremento da pena básica como, também, deveria ser sopesada para indicar dedicação a atividade espúria ou integração a organização criminosa, tal como há pouco assentou o Superior Tribunal de Justiça com lastro em remansosa jurisprudência, *in verbis*: “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA” (STJ, HC 361912/SP, Relator Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, julgado 06-12-2016, grifei).

Posicionamento da Suprema Corte não dissente, anotando-se que, “1. *Consoante a inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga apreendida, entre outros aspectos, devem ser sopesadas no cálculo da pena*” (STF, HC 127241/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado 04-8-2015, sem grifo no original).

Ainda a respeito, “*a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal*” (RHC 122.598, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 14-10-14, grifo inexistente no texto original), enquanto o “*próprio artigo 42 da lei 11.343/2006 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Inegável, portanto, que o magistrado pode elevar a pena-base em razão da natureza da droga*” (RHC 117.489/MS, Relatora Ministra ROSA WEBER, julgado 18-6-2013, grifou-se).

Na realidade, simplesmente se equiparou o apelante ao traficante pilhado com única espécie e volume mais módico de entorpecente de menor lesividade (como, *v.g.*, a maconha), num



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

inaceitável desprezo aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e individualização do “castigo”, vedada a revisão do julgado ante a inexistência de impugnação da Justiça Pública.

Na segunda fase da dosimetria, a pena não se alterou por não se verificar atenuante ou agravante.

Já na derradeira etapa do artigo 68 do Código Penal, reduziu-se a sanção de um sexto (1/6) porque reconhecido o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, chegando-se ao patamar definitivo de quatro (4) anos e dois (2) meses de reclusão, mais quatrocentos e dezesseis (416) dias-multa, unidade no piso, à mingua de outras causas modificadoras.

Evidente o equívoco, no caso também não contestado pelo Ministério Público.

É que a quantidade e a nocividade de parte das drogas apreendidas, bem como as circunstâncias da abordagem do agente, por si sós, indicam a maior periculosidade social da ação, outro obstáculo à incidência da causa de redução de pena (STJ, HC nº. 182.359/RJ).

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa” (STJ, HC 350122/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 28-4-2016, grifei).

Variados precedentes expressam a pacífica e atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1578930/MG, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 02-5-2016; HC 352811/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, julgado 28-6-2016; HC 321613/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 10-6-2016; HC 362619/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 15-9-2016; HC 362266/RS, idêntico Relator),



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

reforçada a sensatez do raciocínio por pronunciamentos do Excelso Pretório.

*“EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial e a ela pertine a aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sujeita ao exame das condições individuais do agente e da conduta em concreto praticada. Conforme exclusão nele expressa, incabível sua aplicação quando o agente for reincidente, ostente maus antecedentes, se dedique a atividades criminosas ou integre grupo destinado a esse fim. 3. A expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, acondicionadas em porções passíveis de imediata disseminação, denotam o intenso envolvimento do paciente com o tráfico, a justificar a recusa da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. 4. **Inocorrência de bis in idem**. 5. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito” (HC 122594/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, julgado 23-9-2014, sem grifo e destaque no original).*

“4. O Supremo Tribunal Federal já assentou que 'a conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa (RHC nº 116.926/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

4/9/13) (STF, HC 127241/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado 04-8-2015).

Importa acrescer que, como se ignorou tal quadro adverso ao se fixar a pena-base, poderia o juiz sopesar a circunstância para desnudar o óbice ao privilégio sem ao menos ensejar discussão sobre eventual violação ao princípio *ne bis in idem*.

Desnecessária discussão mais profunda do tema ante a inexistência de questionamento da acusação, servindo os apontamentos, porém, para impedir que a equivocada ou descabida benesse repercuta de forma mais significativa sobre a sanção, como almeja a Defesa via apelo.

Pelos mesmos motivos, inaceitáveis a substituição da corporal por restritivas de direitos e a concessão de *sursis*, providências no caso claramente insuficientes à repressão e prevenção do delito, representando qualquer delas incentivo à criminalidade, algo reforçado pela circunstância negativa acima reportada (artigos 44, inciso III e 77, inciso II, ambos do Código Penal).

A corroborar o impedimento, tem-se como impraticável ou nitidamente inviável o contato do traficante com a sociedade antes de submetê-lo à terapêutica criminal através do efetivo cumprimento da pena, não se verificando atividade compatível com o vil comércio capaz de possibilitar, *v.g.*, a prestação de serviços à comunidade sem riscos à população advindos do estreito convívio com autor de delito de nefasta repercussão no seio da sociedade.

De resto, mantém-se o regime semiaberto estipulado na sentença para início de cumprimento da corporal, cabendo ressaltar que o retiro pleno é o único adequado ao tráfico e à circunstância negativa antes especificada também inconciliável com o retiro intermediário imposto em primeiro grau (artigo 33, § 3º, do Código Penal), repisada a impossibilidade de se rever o julgado ante a inexistência de recurso do Ministério Público.

Solução mais branda como aquela conferida em primeiro grau propiciaria sentimento de impunidade, com odioso encorajamento à prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o regime fechado também da maior severidade externada por dispositivo constitucional (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado através de circunstância desfavorável (posse de palpável quantidade de drogas, parte delas de acentuada nocividade à higidez física ou psíquica da população), sem se ignorar o fato de cuidar de infração penal de indiscutíveis gravidade e repercussão.

Julgado da Suprema Corte voga nas mesmas águas: “1. *A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal – seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.* 2. *Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante*” (cf. STF, HC 103.011/RN, 2ª T., Relatora Ministra ELLEN GRACIE, LexSTF 382/450).

Confira-se, ainda, STF, HC 103.141/PR, 2ª T., Relator Ministro Joaquim Barbosa, cabendo colacionar outro moderno precedente do Superior Tribunal de Justiça pontuando que a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos diante da “**natureza altamente nociva de parte das substâncias entorpecentes negociadas - cocaína, substância causadora de efeitos extremamente deletérios (art. 42 da Lei nº 11.343/06)**” (HC 335.839/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado 02-02-2016, grifei e destaquei) não denotam constrangimento ilegal.

“6. *Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9ª Câmara de Direito Criminal

quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes” (STJ, HC 352811/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, julgado 28-6-2016, grifei).

“3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. (Precedentes)” (STJ, RHC 63129/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 01-10-2015).

Nupérrimo pronunciamento da Suprema Corte igualmente realça ser *“possível a fixação de regime prisional mais gravoso em razão da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos. Precedentes. IV – Recurso desprovido”* (STF, RHC 136511/SP, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado 27-9-2016, grifou-se).

“3. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da fixação do regime inicial fechado para o cumprimento de pena e da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade não afronta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, preconizada no sentido de ser ‘possível que o juiz fixe o regime inicial fechado e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido’ (HC nº 125.077MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 4/3/15). 4. Ordem denegada” (STF, HC 128.754, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, DJe 11-5-2016).

À vista do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO** da Defesa, mantendo a sentença impugnada.

Comunique-se.

FARTO SALLES

Relator

(Assinatura Eletrônica)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
9ª Câmara de Direito Criminal