



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

Registro: 2019.0000335736

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021290-91.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante [REDACTED] é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª 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 CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), LUIS SOARES DE MELLO E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 30 de abril de 2019.

ROBERTO PORTO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

Apelação nº 0021290-91.2018.8.26.0050

Apelante: [REDACTED]

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

Voto nº 2285

APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de drogas – Condenação – Recurso da defesa – Materialidade e autoria delitivas demonstradas – Dosimetria – Pena-base fixada no mínimo legal. Reconhecida confissão. Pena inalterada. Súmula nº 231 do C. STJ. Aplicada causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo – Pleiteado regime menos gravoso para cumprimento de pena. Impossibilidade. Crime hediondo. Causa de diminuição de pena que não altera a natureza da conduta. Regime fechado de rigor – Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade – Prequestionamento acerca de infringência da Constituição Federal – Recurso defensivo improvido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por [REDACTED] contra a r. sentença de fls. 147/150, que o condenou ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 166 dias-multa, no piso, como incurso no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11343/06.

Inconformada com a r. sentença, recorre a Defesa pugnando pela fixação de regime aberto para cumprimento da reprimenda e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 164/173).

O recurso foi contrarrazoado pelo Ministério Público (fls. 177/182) e a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

não provimento do apelo (fls. 195/198).

É o relatório.

██████████ foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11343/06, porque, no dia 14 de março de 2018, por volta das 00h10min, na Rua Helvetia, nº 86, Santa Cecília, nesta Capital, trazia consigo, para entrega ao consumo de terceiras pessoas, 11 porções de cocaína, com peso líquido de 4,5g, 39 porções de maconha, com peso líquido de 90,3g, 18 pedras de *crack*, com peso líquido de 28,8g, substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme apurado, na data dos fatos, ██████████ estava no local acima descrito para comercializar drogas. Ocorre que, guardas municipais em operação no local notaram atitude suspeita de ██████████, que tentou se esquivar dos guardas.

Ato contínuo, o acusado foi abordado pelos guardas, sendo localizadas as porções de cocaína e de maconha dentro de uma sacola plástica e as porções de *crack* e a quantia de R\$ 424,75 dentro de um pote plástico.

Com efeito, a materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 02), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 15/17), pelo laudo de constatação (fls. 18/20) e pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 94/96), além da prova oral colhida nos autos.

Do mesmo modo, é inconteste a autoria delitiva, visto que sequer foi objeto de impugnação pela Defesa. No



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

mais, o recorrente foi preso em flagrante na posse das substâncias entorpecentes descritas, sendo as provas obtidas durante o inquérito policial confirmadas durante o processo.

Ainda, [REDACTED] confessou em juízo o tráfico.

Destarte, a condenação era mesmo medida de rigor.

No tocante à dosimetria da pena, não há qualquer reparo a ser feito.

Na primeira fase, o douto Magistrado *a quo* entendeu por bem fixar a pena-base no mínimo legal, por entender que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e as diretrizes do artigo 42 da Lei nº 11343/06 não são desfavoráveis ao acusado.

Na segunda fase, ainda que reconhecida a atenuante da confissão, nesta fase da dosimetria, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo legal, devendo ser mantida a pena estabelecida na r. sentença, conforme Súmula nº 231 do STJ.

Na terceira fase, a pena foi reduzida em 2/3, patamar máximo estabelecido, por ter entendido o MM. Juiz de primeiro grau pela incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11343/06, perfazendo a pena final de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixados no valor mínimo. Mantenho o redutor diante da ausência de recurso ministerial.

Em que pese os argumentos trazidos pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

combativa Defesa, a causa de diminuição em apreço não retrata um tipo penal autônomo, de modo que a conduta não deixa de ser aquela prevista no *caput* do referido dispositivo legal e, portanto, o caráter hediondo do delito permanece.

Nessa esteira, destaca-se:

“Embargos infringentes – Pedido de retificação de cálculo de penas, de sorte que se afaste a hediondez do tráfico privilegiado – Delito que, equiparado a hediondo, não comporta a ilação pretendida – Recurso defensivo desprovido, mantido o indeferimento da origem – Voto vencido que concedia a retificação – Instituto do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 que não retira o caráter hediondo do delito – Decisão do Pretório Excelso, por maioria de votos, no julgamento do HC 118.533/MS, que não vincula o julgador – Impossibilidade jurídica do pedido – Inteligência da Constituição Federal (art. 5º, XLIII), da Lei 8.072/90 (art. 2º, I) e dos incisos II e III, do art. 9º do Decreto Presidencial – Precedentes – Embargos rejeitados.” (TJSP - Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0008298-89.2016.8.26.0496; 4ª Câmara de Direito Criminal – Rel. Ivan Sartori; j. 24.04.2018).

Assim, inviável o pleito da Defesa de fixação de regime menos gravoso. Entende este Relator que em casos como os dos autos, a fixação de regime inicial fechado é de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso país, o qual vem assumindo uma proporção sem precedentes, além de merecer a conduta do acusado maior repressão por parte do Estado.

Nesse sentido:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME ADEQUADO. SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE. I - A fixação da reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos, somada à reincidência, afasta a incidência do enunciado nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que declara que "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais". II - Sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal. Ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo quantum de pena imposta justifica-se na reincidência do paciente. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no HC 410836/MS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 06/02/2018).

A imposição de regime fechado para início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo pela legislação infraconstitucional.

O tratamento mais severo configura eficiente medida político-criminal, harmonizando a legislação brasileira aos Tratados Internacionais de que o país é signatário, referentes ao combate contra a traficância ilícita, sobretudo diante do alto índice de drogas produzidas no país e a localização estratégica do Brasil como rota para a entrada e saída de entorpecentes para distribuição nacional e internacional.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

Impossível, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com efeito, os artigos 33, § 4º, e 44, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, impedem que os condenados pela prática dos crimes definidos nos artigos 33, *caput*, e inciso I, e artigos 34 a 37, todos da referida Lei de entorpecentes, sejam beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Nada obstante o teor da recente resolução do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, arrimado na decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a vedação legal à substituição para o crime de tráfico, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, o posicionamento parece não refletir a conjuntura expectável frente à forte política de combate ao tráfico de entorpecentes implementada pelo Estado.

Note-se que o próprio artigo 44 do Código Penal estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da pena e da lei penal.

E neste ponto, a aplicação de uma medida tão branda e complacente vai de encontro ao tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, a Constituição Federal reserva tratamento especialmente severo ao tráfico ilícito de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

entorpecentes nos artigos 5º, inc. XLIII e LI, e artigo 243, parágrafo único. Na mesma toada caminhou o legislador infraconstitucional ao equiparar o tráfico de drogas à categoria de crime hediondo, submetendo os autores desta espécie de delito às previsões específicas e mais rigorosas preconizadas pela Lei nº 8.072/90.

Assim sendo, a impossibilidade de se aplicar a substituição ao grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que tanto assola a comunidade, fica evidente com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico nacional, concluindo-se pela vedação como reflexo esperado ao tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República e pela legislação ordinária ao crime de tráfico de drogas.

Desta forma, resulta ilógico substituir penas privativas de liberdade para impor sanções restritivas de direitos a condenados por crimes hediondos, sob pena de se esvaziar o tratamento rígido que a Lei buscou propiciar a fim de concretizar a política criminal voltada a dirimir a traficância de entorpecentes, que, a propósito, envolve sempre outras práticas delitivas execráveis que tanto devastam o país, como a corrupção de agentes públicos, o tráfico de armas, delitos contra a pessoa, contra a vida, contra a fé pública etc.

Confira-se, por oportuno, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

ART. 44 DA LEI N.º 11.343/2006. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. (...) 3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra socialmente recomendável, tendo em vista a natureza e quantidade da droga apreendida. Precedentes. 4. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deveria a Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime prisional fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007. Contudo, em observância ao princípio da vedação à reformatio in pejus, fica mantido o regime inicial semiaberto (...)" (STJ – HC 208919/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 22/09/2011).

Conclui-se, portanto, que o crime continua grave e hediondo, sendo que tal substituição não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime, portanto, inaplicável sua concessão.

Por fim, salienta-se que o prequestionamento da matéria foi devidamente analisado com o mérito do presente recurso, ainda que de forma implícita.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação defensivo, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ROBERTO PORTO
Relator