



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Registro: 2016.0000809167

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0000224-22.2013.8.26.0247, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante/apelado AMINADAB DE BOAZ CRUZ FILHO, são apelados SAMUEL DE JESUS POSSIDONIO e ELISABETE CORDEIRO e Apelado/Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso da defesa de AMINADAB e DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial a fim de, afastada a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, majorar as penas-base de cada um dos sentenciados em relação ao crime de tráfico e para condenar ELIZABETE e AMINADAB pela prática do delito do artigo 35 da Lei 11.343/06, redimensionando as reprimendas a eles impostas para 5 anos e 10 meses de prisão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 (SAMUEL); e 8 anos e 10 meses de prisão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1283 dias-multa, como incurso nos artigos 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal (ELIZABETE e AMINADAB). V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 27 de outubro de 2016.

OTAVIO ROCHA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

VOTO nº 4143

Apelação nº 0000224-22.2013.8.26.0247

Comarca: Ilhabela – Vara Única

Apelante/Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelante/Apelado: AMINADAB DE BOAZ CRUZ FILHO

**Apelados: ELIZABETE CORDEIRO e SAMUEL DE JESUS
POSSIDONIO**

Apelação – Tráfico ilícito de entorpecentes – Recurso defensivo – Absolvição por insuficiência probatória – Inviável o atendimento ante o quadro probatório amealhado aos autos – Concessão de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – Recurso ministerial – Afastamento da aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas e majoração das penas-base – Sentenciados que se dedicam à atividade criminosa – Associação para o tráfico – Provas robustas e aptas a embasar a condenação de dois dos acusados pela prática do delito do artigo 35 da Lei 11.343/06 – Desprovisamento do apelo defensivo e provimento do apelo ministerial, com reflexo nas penas.

Inconformados com a decisão proferida pelo i. Juiz da Vara Única da Comarca de Ilhabela às fls. 263/271, por meio da qual foi julgada parcialmente procedente a ação penal para condenar os sentenciados supramencionados pela prática do crime do artigo 33, “caput”, cc. o § 4º do mesmo dispositivo, ambos da Lei 11.343/06, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 250 dias-multa, bem como para absolvê-los da acusação referente ao delito do artigo 35 da mesma lei especial, contra ela se insurgiram o i. Promotor de Justiça oficiante (fl. 334) e o cossentenciado AMINADAB (fl. 314), vindo as razões dos recursos às fls. 335/341 e 315/325, respectivamente.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O i. Promotor de Justiça argumenta, em síntese, que o quadro probatório disponível nos autos era mais do que suficiente para ensejar a condenação dos acusados ELIZABETE e AMINADAB pela prática do delito do artigo 35 da Lei 11.343/06, eis que *“ELIZABETE vendia os entorpecentes que eram guardados por AMINADAB. Este, mantinha as drogas ocultadas e à disposição daquela. ELIZABETE, quando era necessário, determinava que terceiros, inclusive crianças, fossem buscar os entorpecentes guardados por AMINADAB”* (fl. 338). Aduz que em razão da natureza e quantidade das drogas apreendidas com os três sentenciados, a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas deve ser afastada, assim como majoradas as respectivas penas-base.

Pede o i. Defensor de AMINADAB, em contrapartida, sua absolvição por insuficiência probatória, quanto ao crime de tráfico, bem como a concessão do regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contra-arrazoado o recurso ministerial por parte dos i. Defensores (fls. 420/423, 432/441 e 457/460), a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento dos recursos defensivos (fls. 464/476).

É o relatório.

Primeiramente, cumpre observar que a circunstância de não ter vindo aos autos as contrarrazões do Ministério Público não impede o



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

juízo de julgamento do apelo.

Isso porque as razões de inconformismo das partes encontram-se bem delimitadas nos autos, com pedidos que se contrapõem, de modo que mencionada ocorrência (é dizer, a falta de abertura de vista ao órgão ministerial para ofertar as contrarrazões) não traz prejuízo algum ao *interesse* jurídico do órgão acusatório.

E tanto é assim que a D. Procuradora de Justiça Dra. Daniela Rangel Cunha Amadei, notando a ausência das contrarrazões ministeriais ao lançar sua manifestação, afirmou que *“quanto ao posicionamento ministerial – de Primeiro Grau – sobre os recursos defensivos, anoto que o acolhimento do apelo (acusatório) já basta para escorreita leitura do feito, sem necessidade, s.m.j., de novas providências”* (fls. 467).

Vale acrescentar, de resto, que eventual conversão do julgamento em diligência mostrar-se-ia inoportuna nesta altura, ante a inevitável demora no julgamento do presente feito, afetando o direito à razoável duração do processo previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

APELO MINISTERIAL.

Assiste razão ao i. membro do *Parquet* quando pugna pelo afastamento da redução das reprimendas operada por aplicação da regra do § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas.

De fato, a aludida norma não foi instituída pelo legislador para atuar como redutora automática das penas correspondentes ao tráfico de drogas, senão com o escopo de disponibilizar ao Juiz um espectro mais amplo de opções no momento de individualizar as penas correspondentes a esse delito.

Nesse sentido, por exemplo, o seguinte aresto do *Pretorio Excelso* [grifado]:

*Constitucional e penal. Agravo regimental no Habeas corpus. HC substitutivo de recurso ordinário. Inadmissibilidade. Entendimento recente da Turma. Tráfico de entorpecentes. Progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena. Improcedência: Exigência legal do cumprimento de 2/5 da pena, se o réu for primário, e de 3/5, se for reincidente. Ausência de error in judicando que justifique a concessão, ex officio, do writ. (...) 2. **A minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior.** (...) 4. Agravo regimental desprovido. (HC 114452 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012; e, no mesmo sentido: (HC 121255 SP, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 03/06/2014, publicado em DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).*

Daí porque o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando, repetidamente, que é legítimo afastar o benefício acima, mesmo em sendo o réu primário e presentes os demais requisitos, quando expressiva a quantidade ou natureza da droga apreendida [grifados]:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INAPLICABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **Esta Corte de Justiça Superior tem asseverado que a expressiva quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em poder do acusado constitui circunstância hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta.** In casu, trata-se de apreensão de 54 pedras de crack - "50 embaladas de dez em dez e quatro avulsas" -, circunstância esta que impede a aplicação do mencionado redutor de pena. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp: 1302590 RS 2012/0016349-7, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 11/03/2014, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014).*

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. 130 PEDRAS DE CRACK. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. 1. Não há

ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso quando manifestamente inadmissível e improcedente. 2. Esta Corte Superior de Justiça tem decidido que a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à mingua do preenchimento dos requisitos legais. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no Ag: 1295751 PR 2010/0061321-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 14/05/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2013).

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO CONSTRANGIMENTO ILEGAL PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSTULAÇÃO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INAPLICABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO PELA VIA ELEITA. PRECEDENTES. 1. (...) 3. **Existindo provas de que o paciente se dedica a traficância de substâncias ilícitas, não há como aplicar-se a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.** 4. Diante da inalteração do quantum da condenação do paciente, a pretensão à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se encontra prejudicada, pois aquela restou superior a quatro anos de reclusão, não satisfazendo o requisito necessário previsto no art. 44, I, do CP, para a obtenção da pretendida benesse. (...) 7. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. (HC: 256344 RJ 2012/0211511-0, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), j. 02/05/2013, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2013).*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. ART 42 DA LEI 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. TRAFICÂNCIA. MEIO DE VIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. (...) 2. **Não há falar em constrangimento ilegal quando devidamente fundamentada a negativa de aplicação da minorante, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, diante da natureza e da quantidade da droga apreendida, bem como da "conduta habitual e reiterada" na traficância, adotada como meio de vida.** 3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC: 132275 SP 2009/0055863-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 06/10/2009, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2009).*

Com efeito, ante a necessidade de *individualização* da pena criminal e sua aplicação de modo *proporcional*, é natural que o redutor previsto no § 4º do aludido artigo 33 fique reservado às situações de menor *ofensividade*, como são aquelas em que se verifica que o agente comercializa drogas menos “pesadas”, em pequena quantidade, apenas para sustentar o próprio vício ou de modo eventual, atuando de modo pouco incisivo na emancipação da toxicomania, o que não se vislumbra no caso em apreço.

É dizer, para a concessão do aludido benefício, é imprescindível



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

examinar a presença, cumulativa, de todos os requisitos previstos no citado § 4º, quais sejam, a primariedade, os bons antecedentes e a circunstância de o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

E, a partir dos dados disponíveis nos autos, conclui-se facilmente que os apelados se dedicam a atividades criminosas, especialmente às relacionadas ao tráfico, haja vista que não comprovaram, como lhes cumpria fazer, o desempenho de atividade lícita ou a posse de recursos – de origem igualmente lícita – que justificassem a aquisição da significativa quantidade de drogas com eles apreendida (os sentenciados ELIZABETE, AMINADAB e SAMUEL informaram exercer, respectivamente, a profissão de diarista, vigilante e auxiliar geral, auferindo ganho mensal de R\$700,00, R\$2.100,00 e R\$1.500,00), do que se infere que tal aquisição se deu através do desempenho da própria atividade de mercancia ilícita.

Por essa razão, e com independência de que não ostentem condenações anteriores em seu histórico de vida, o benefício da redução de penas também deve ser a eles negado pelo fato de as circunstâncias concretas da prática do crime e demais elementos probatórios revelarem a dedicação à atividade criminosa do tráfico de drogas.

Nesse sentido, v.g., o seguinte aresto do STF [grifado]:

EMENTA HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI

11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTUM DA PENA. (...) 2. Se as circunstâncias concretas da prática do crime ou outros elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa, não tem lugar o benefício do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, de todo inexigíveis outras condenações criminais. 3. Aplicada pena de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, impõe-se o início de cumprimento da reprimenda no regime fechado, conforme regras gerais do art. 33 do Código Penal. 4. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito. (HC 109172, Relator Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012).

Igualmente procede o inconformismo do i. Promotor de Justiça oficiante no tocante à absolvição de AMINADAB e ELIZABETE pelo delito previsto no artigo 35 da Lei de Drogas, eis que ficou bem demonstrada nos autos a associação criminosa entre ambos os sentenciados.

De fato, as circunstâncias da prisão evidenciaram que havia entre eles uma divisão de tarefas para a comercialização das drogas, encarregando-se AMINADAB de armazenar as substâncias entorpecentes, enquanto ELIZABETE, vulgo “Pingo”, chefiava a venda de drogas no local.

Esse grau de preparo – ainda que incipiente e rudimentar –, organização e aparelhamento denotam o intento de atuar com estabilidade, indicando que ambos faziam do tráfico de drogas um meio de obtenção de ganhos elevados às custas da degradação física e moral dos usuários adquirentes das drogas - como sabido, preferencialmente jovens.

Não seria mesmo razoável que os sentenciados se dispusessem a adquirir quantidade significativa de “crack” (droga que “pode provocar a dependência psíquica em menos de um mês e matar

em um ano”¹) para uma única venda, em simples coautoria.

O exercício da nefasta atividade do tráfico pressupõe relações de confiança e fidelidade entre os envolvidos, imprescindível à obtenção do resultado pretendido. No caso em apreço, é fácil constatar que as ações engendradas pelos sentenciados AMINADAB e ELIZABETE derivaram de plano voltado à consecução de um fim mais amplo do que a venda eventual e imediata de uma partida de entorpecentes, plano esse típico de criminosos que se organizam para fazer da atividade criminosa um meio de vida, uma fonte permanente de ganhos ilícitos.

Assim a prova amealhada, há também que impor-se a ELIZABETE e AMINADAB as consequências jurídicas pela infração ao disposto no artigo 35 da Lei 11.343/06, quer porque ficou bem evidenciado nos autos que eles se dedicavam à atividade de venda de entorpecentes, quer porque a caracterização do artigo 35 prescinde da prova da *estabilidade*, somente não abrangendo a associação eventual e efêmera, que caracteriza mera coautoria² (a qual não deve refletir na quantidade de pena aplicável por ausência de previsão legal para tanto, ao contrário do que se dá, por exemplo, com relação ao roubo praticado “em concurso de agentes”), por não definir o tipo descrito no “caput” um *delito habitual* – ao contrário do que se dá com a forma prevista no respectivo § único, que refere-se expressamente à “*prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei*”.

¹ Conforme matéria publicada na Revista *Discovery Magazine*, janeiro de 2005, edição nº 6, Ed. Synapse, pág. 25.

² Punida, na vigência da Lei 6.368/76, como causa de aumento de pena (artigo 18, III).

Obtempera-se, ainda, que os policiais militares afirmaram que ELIZABETE já era conhecida dos meios policiais, posto que foi casada com “Guarujá” (falecido), integrante da facção criminosa PCC e responsável pela venda de entorpecentes na mesma área, reforçando a ideia de que a ré possui estreita ligação com delitos desta espécie.

De outra parte, não bastassem os argumentos já expostos, por terem ELIZABETE e AMINADAB sido também condenados pela prática do delito do artigo 35, que pune a “associação” para a prática dos demais delitos da Lei 11.343/06, o afastamento do benefício do § 4º do art. 33 é de rigor, por consequência lógica.

De fato, seria desarrazoado admitir que os sentenciados, condenados por associarem-se com a finalidade de praticar a narcotraficância, pudessem ser beneficiados com causa especial de redução de pena que pressupõe, para sua aplicação, que o condenado não integre organização criminosa ou se dedique à prática de atividades ilícitas.

Nesse sentido a jurisprudência recente desse Egrégio Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, como exemplificam as seguintes ementas (grifei):

*Apelações. Tráfico de drogas (art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06) e associação criminosa (art. 35, da Lei nº 11.343/06). 1. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade dos réus. 2. Materialidade e autoria positivadas. 3. **Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, que se mostra incompatível com o crime de associação para o tráfico (art. 35, da Lei nº 11.343/06).** [...] (TJSP, Relator(a): Laerte Marrone; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 14/08/2014; Data de registro: 15/08/2014).*

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. [-] ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE NO CASO. [-] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] - Mantida a condenação quanto ao crime tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, resta inviável a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, tendo em vista a demonstração de que o paciente integra organização criminosa e se dedica ao tráfico, fatores que impedem a aplicação da minorante. Habeas corpus não conhecido. (HC 246.676/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 22/08/2014).

[...] PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA. [-] 1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, quando os agentes foram condenados pelo crime do artigo 35 da Lei 11.343/2006, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, mormente em razão da elevada quantidade e diversidade de drogas apreendidas. [-] 2. Eventual conclusão no sentido de que os condenados não se dedicavam a atividades ilícitas, nem seriam integrantes de organização voltada à prática de crimes, demandaria o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional. [-] 3. Writ parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem. (HC 167.650/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012).

Quanto a SAMUEL, preso em flagrante na posse de 17 porções de “crack” – segundo os policiais, idênticas às encontrada com AMINADAB e ELIZABETE –, além de um simulacro de arma de fogo e R\$3,90 em dinheiro, muito embora existam indícios de que este integrasse a associação composta pelos demais sentenciados não há prova segura quanto a esse aspecto. Seja como for, o órgão acusatório não pleiteou sua condenação pelo delito de associação (art. 35 da Lei Antidrogas).

APELO DEFENSIVO.

Não há falar-se em absolvição do sentenciado AMINADAB por insuficiência probatória.

A materialidade do delito restou sobejamente provada pelo boletim de ocorrência de fls. 26/30, pelo auto de exibição e apreensão



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

de fl. 31/32, pelo auto de constatação preliminar de fls. 33, pelo laudo do simulacro de arma de fogo de fls. 75/77 e pelo exame químico-toxicológico de fls. 61.

A autoria é igualmente indubitosa.

AMINADAB, ouvido em solo policial, confessou que guardava entorpecentes para ELIZABETE, que era conhecida pelo apelido de “Pingo”. Afirma que o fazia por amizade e não recebia nada como contraprestação (fls. 14/15). Em Juízo negou qualquer envolvimento com o tráfico, afirmando que na delegacia apenas informara o que lhe havia sido narrado pelo policial militar “Badaró”, em razão do medo que nutre pelos agentes da lei, já que certa vez seu irmão foi espancado. Disse, ainda, que os próprios policiais apareceram com uma sacola com drogas no local. Asseverou, por fim, que conhece ELIZABETE, pois moram próximos e eventualmente se reúnem para um churrasco (mídia à fl. 189).

Os policiais militares responsáveis pela prisão, Rogério da Silva Santos e Israel João de Souza, sempre que ouvidos afirmaram que se deslocaram até a Travessa Maria dos Anjos Brandão Rodrigues em razão de várias denúncias que davam conta da venda e armazenamento de grandes quantidades de drogas no local, cuja responsável era a ré ELIZABETE, conhecida pelo apelido de “Pingo”. Ao chegarem ao local, abordaram AMINADAB que, de pronto, afirmou guardar entorpecentes para ELIZABETE. Encontraram quatro embalagens plásticas, cada uma contendo, em seu interior, aproximadamente 100 invólucros com “crack”. Em seguida,

deslocaram-se para a residência da genitora de ELIZABETE, onde ela supostamente estaria, mas, no caminho, observaram que SAMUEL, ao avistar a viatura, dispensou alguns objetos no chão e se evadiu, motivo pelo qual perseguiram-no e abordaram-no. Após recuperarem os objetos dispensados, constataram tratar-se de um simulacro de arma de fogo e uma caixa de fósforos contendo 16 pedras de “crack”, além de R\$3,30 em dinheiro. Voltaram, então, à direção da casa da genitora de “Pingo”, onde diversas pessoas que ali estavam foram abordadas, inclusive a própria ELIZABETE. Em revista pessoal nada foi localizado. Todos foram liberados, à exceção de ELIZABETE, posto que em sua residência foi localizado outro pacote com aproximadamente 100 pedras de “crack”, idêntico aos outros três que foram localizados com AMINADAB, além de R\$90,00 em dinheiro. Destacaram que “Pingo” é conhecida dos meios policiais, vez que foi casada com dois traficantes de drogas, o primeiro já falecido e o outro preso (fls. 04/05, 07/08 e mídia à fl. 189).

Em que pese a negativa apresentada pelo apelante, constata-se que não foram trazidos aos autos quaisquer elementos de convicção capaz de contraporem-se às provas que o incriminam, sendo certo, ainda, que nada emergiu dos autos que indicasse dos mencionados policiais ânimo de falsa incriminação, razão pela qual há que atribuir-se pleno valor probatório a seus depoimentos.

Nesse sentido, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha.

Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento" (HC 76.557-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 04/08/1998).

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a 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." (HC 74.608-0, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 18.2.97, D.O.U. de 11.04.97, p. 12.189; e, no mesmo sentido: HC 73518, Relator Min. Celso de Mello, j. 26/03/1996, p. 293).

Ressalte-se, ademais, que não restou dúvida alguma sobre as circunstâncias em que se deu a apreensão da droga em poder do apelante, que foi descrita pelos policiais sem vacilo ou hesitação quanto a qualquer aspecto crucial.

Além disso, considerando-se a farta quantidade de droga apreendida (aproximadamente 400 porções de "crack" com AMINADAB, 100 porções de "crack" com ELIZABETE e mais 16 invólucros plásticos da mesma substância com SAMUEL, com peso bruto total de 144,1g³), o modo de acondicionamento (mais de 500 porções embaladas individualmente, de maneira idêntica) e, ainda, a ausência de qualquer indicação de que se destinava exclusivamente ao consumo próprio dos sentenciados, era inevitável reconhecer que o entorpecente se destinava à comercialização ilícita com terceiros.

Este Egrégio Tribunal de Justiça já afirmou em inúmeras oportunidades que a quantidade de entorpecente e o modo de acondicionamento são dados suficientes para a conclusão quanto à finalidade de tráfico.

Nesse sentido, entre outras, as seguintes decisões:

³ Vale anotar que cada pedra de "crack" pesa em média 0,25g (cf. Marco Antonio Bessa, do Departamento de Dependência Química da ABP, Conselheiro do CRM PR e Doutorando em Psiquiatria – UNIFESP-EPM – v. *Custos Sociais do Uso da Cocaína*, disponível em Internet: <http://www.abp.org.br/medicos/departamentos/coordenadores/coordenador/noticias/?not=138&dep=62>).

Tráfico de drogas. Autoria e materialidade fartamente comprovadas. Exame pericial constatando que as substâncias apreendidas correspondem a maconha e crack. Apelante que confessa em parte a propriedade das drogas, negando o intuito de comercializá-las, no que é desmentido pelas evidências. Quantidade, variedade e modo de acondicionamento do entorpecente, assim como a ausência de prova de condições para arcar com o custo do consumo, que constituem sinais evidentes da traficância. Suficiência à procedência da ação penal. Condenação mantida. Penas. Necessidade de redução, porquanto excessivas. Apelo parcialmente provido. (Relator: Diniz Fernando; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 05/10/2015; Data de registro: 07/10/2015).

TRÁFICO DE ENTORPECENTES – Desclassificação para delito de uso de droga. IMPOSSIBILIDADE. Autoria do tráfico reconhecida. Análise da versão apresentada que não encontra amparo nas provas trazidas aos autos. Quantidade e modo de acondicionamento das drogas que encaminham ao reconhecimento do crime. O ser usuário não espanca a condição de traficante. O Julgador não está vinculado ao resultado do laudo de dependência toxicológica na imposição da reprimenda. DOSIMETRIA DA PENA – Circunstâncias do delito que não permitem a redução da pena ou o reconhecimento de atenuantes. REGIME MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. (Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Comarca: Taquaritinga; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 15/09/2015; Data de registro: 16/09/2015).

TRÁFICO. Conduta de ter em depósito e guardar, para fins de fornecimento a consumo de terceiros, 11,8 gramas de cocaína em pó. Materialidade e autoria demonstradas. Prisão em flagrante. Silêncio na polícia e confissão parcial em juízo, assumindo a posse do entorpecente para consumo próprio. Negativa isolada da traficância. Invocação da condição de mero usuário. Condenação fundada no depoimento de policiais que efetuaram a apreensão da droga. Validade. Pretendida desclassificação para a figura do referido artigo 28 da Lei 11.343/06. Inadmissibilidade. Natureza, quantidade e modo de acondicionamento. Reincidência específica. Sinais indicativos do comércio ilegal. Não comprovação, ademais, de atividade lícita remunerada que lhe rendesse condições financeiras para sustentar o consumo. Condenação mantida. PENA. Concretização em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais 388 dias-multa. Regime prisional fechado. Apelo desprovido. (Relator: Otávio de Almeida Toledo; Comarca: Capão Bonito; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 28/07/2015; Data de registro: 28/07/2015).

Afastado o pleito absolutório, cabe retificar as penas dos sentenciados em face do acatamento dos pleitos deduzidos no apelo ministerial.

As penas-base para cada um dos sentenciados devem situar-se em 1/6 acima do mínimo legal, em atenção ao disposto nos artigos 42 da Lei 11.343/06 e 59 do Código Penal, haja vista a natureza e quantidade das drogas apreendidas, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão de reclusão e 583 dias-multa para cada um deles, reprimendas estas que se tornam definitivas em face da ausência de outras circunstâncias modificativas.

Em relação à associação para o tráfico (artigo 35 da Lei



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

11.343/06), as penas-base de ELIZABETE e AMINADAB ficam estabelecidas no patamar mínimo legal de 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, em face das circunstâncias de caráter pessoal favoráveis de ambos os sentenciados e da ausência de outras circunstâncias negativas que justifiquem sua majoração, reprimenda esta que se torna definitiva em face da ausência de outras circunstâncias modificativas. Embora altamente reprovável a conduta, não emerge dos autos qualquer aspecto que denote gravidade superior a que se verifica normalmente na casuística forense.

Por força do disposto no artigo 69 do Código Penal, as penas relativas a ambos os delitos são cumuladas, totalizando as de ELIZABETE e AMINADAB em 8 anos e 10 meses de reclusão e 1283 dias-multa, para cada.

Por outro lado, é forçoso convir que o regime fechado é o único adequado à espécie, haja vista tratar-se de condenação em razão da prática de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes, sendo desfavoráveis aos acusados as circunstâncias do artigo 42 da Lei Antidrogas.

É fato que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840, relatado pelo Ministro DIAS TOFFIOLI, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da “*obrigatoriedade da fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena*”

*decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado*⁴, enunciada no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (redação dada pela Lei nº 11.464/2007).

Sem embargo, como ficou expressamente ressalvado nessa decisão, a Suprema Corte brasileira não afastou – como não poderia afastar, aliás – a possibilidade de “*o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal*”.

⁴ **EMENTA:** Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC 111840, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Tanto é assim que os insignes Ministros do STF (inclusive o Ministro DIAS TOFFOLI, como demonstrado abaixo) têm repetidamente afirmado que a inconstitucionalidade declarada apenas impede a fixação do regime inicial fechado como consequência exclusiva da equiparação do delito de tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, não se manifestando quando a fixação desse regime decorre da ponderação, pelo juiz, dos elementos dispostos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, por exemplo, os seguintes arestos do corrente ano de 2015 [grifados]:

*Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão em flagrante convertida em preventiva. 3. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). 4. Demonstrada a necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública. Real possibilidade de reiteração delitiva. Paciente anteriormente preso em flagrante, traficando em mesmos local e modus operandi. 5. Condenação superveniente. Ausência de prejuízo. Constrição cautelar mantida em idênticos fundamentos. (...) 8. **Fixação de regime inicial fechado apenas por se tratar de crime equiparado a hediondo. Concessão de habeas corpus de ofício tão somente para determinar ao Juízo das execuções que, mantida a condenação e seus efeitos, proceda a nova fixação do regime inicial de cumprimento de pena, segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.** (HC 126385, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2015 PUBLIC 27-03-2015).*

EMENTA: AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 287 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO AGRAVO INTERPOSTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. PRECEDENTES. 1. **A fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena, reportando-se somente à hediondez do delito, é contrária ao que decidido por este Supremo Tribunal no Habeas Corpus n. 111.840, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ. 27.6.2012. 2. Agravo ao qual se nega provimento. Ordem concedida de ofício apenas para determinar ao juízo de 1º grau que reexamine, afastada a vedação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, a possibilidade de imposição ao Recorrente de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso, atendo-se ao previsto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. (ARE 844780, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015).**

EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico transnacional de drogas. Artigo 33, caput, c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06. Condenação. Dosimetria da pena. Natureza e quantidade da droga (1.777 g de cocaína) sopesada como circunstâncias desfavoráveis, as quais justificam a majoração da pena-base acima do mínimo legalmente previsto. Admissibilidade. Inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06. (...) **Regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena. Possibilidade. Condições subjetivas desfavoráveis que autorizam um regime prisional mais severo. Precedentes. Quantidade de pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos. Prejudicialidade da pretendida substituição, por expressa vedação legal (CP, art. 44, inciso I). Ordem denegada. 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. (...) 5. **Não se constata ilegalidade flagrante na fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de****

reclusão aplicada ao paciente, pois essa tem por base, como se verifica no acórdão da apelação, as condições subjetivas valoradas negativamente. 6. A quantidade de pena privativa de liberdade imposta ao paciente torna prejudicada, por si só, a pretendida substituição por pena restritiva de direitos, em razão de expressa vedação legal (CP, art. 44, inciso I). 7. Habeas corpus denegado. (HC 127241, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 03-09-2015 PUBLIC 04-09-2015).

EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico ilícito de drogas (art. 33 c/c o art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06). Dosimetria da pena. Uso pelo magistrado da natureza e da quantidade da droga como circunstâncias desfavoráveis, as quais justificam a majoração da pena-base acima do mínimo legalmente previsto. Admissibilidade. Inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Quantidade de droga apreendida (2,88 Kg de cocaína). (...) **Regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena. Possibilidade. Condições subjetivas desfavoráveis que autorizam um regime prisional mais severo. Elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida.** Precedentes. Quantidade de pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos. Prejudicialidade da pretendida substituição, por expressa vedação legal (CP, art. 44, inciso I). Ordem denegada. (...) 2. 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. 3. A negativa de aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não está lastreada em presunções, ilações ou conjecturas, pois o acórdão do Tribunal de Regional Federal da 3ª Região apresentou elementos concretos que apontam que a paciente se dedicava à atividade criminosa, ficando demonstrado que ela teria vindo outra vez ao Brasil, ao que tudo indica, com idêntico propósito (transporte de drogas). (...). **5. Não se constata ilegalidade flagrante na fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena de 7 (sete) anos de reclusão aplicada ao paciente, pois essa tem por base, como se verifica na sentença e no acórdão da apelação, as condições subjetivas valoradas negativamente, tais como, circunstâncias e consequências do crime.** 6. A quantidade de pena privativa de liberdade imposta ao paciente torna prejudicada, por si só, a pretendida substituição por pena restritiva de direitos, em razão de expressa vedação legal (CP, art. 44, inciso I). 7. Habeas corpus denegado. (HC 126055, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 12/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015).

Mas também se observa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma tendência, a meu ver correta, de ponderação de aspectos de ordem objetiva na quantificação das penas e fixação do regime de cumprimento adequados ao condenado por tráfico, notadamente a quantidade e natureza da substância apreendida, uma vez que tais aspectos denotam uma maior afetação do bem jurídico tutelado: a saúde pública.

Os seguintes arestos exemplificam essa tendência [grifados]:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. 1. A orientação do Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido de que é inviável a utilização do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal. **2. É 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 119515, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 125077 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2015 PUBLIC 04-03-2015).

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PATAMAR DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Fundamentação idônea para incidência da redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar mínimo. 2. **Circunstâncias específicas do caso podem conduzir o juiz a impor ao condenado regime mais severo que o autorizado pela quantidade de pena aplicada. 3. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Pena superior a quatro anos (art. 44, inc. I, do CP). 4. Ordem denegada. (HC 114221, Relator Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 08-11-2013 PUBLIC 11-11-2013).**

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE COMO FUNDAMENTO PARA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL E PARA A NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM DENEGADA. 1. **Possibilidade de fixar o regime inicial fechado e de afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido. Precedentes. 2. Ordem denegada. (HC 119515, Relatora Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 09-12-2013 PUBLIC 10-12-2013).**

Não cabe desconsiderar, ainda, que a sobredita decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, proclamada incidentalmente – e, portanto, sem efeito *erga omnes* –, cede espaço a quem siga a jurisprudência dos demais tribunais brasileiros sustentando opinião diversa quanto à constitucionalidade do citado dispositivo.

Destaco, para ilustrar esse posicionamento, pela clareza e recentidade, a decisão proferida nos autos da Apelação Criminal nº 0000738-25.2014.8.26.0510, da Eg. 6ª Câmara Extraordinária deste Sodalício (relator o i. Desembargador SOUZA NERY, j. em 23.10.2015, v.u.), de cujo acórdão extraio o seguinte trecho:

“No que se refere ao regime prisional imposto, deve ser fixado o fechado. Quanto ao crime de tráfico, tenho que deve ser atendido o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, disposição expressa que, a menos que se queira decidir ‘contra legem’, deve regular o caso. Referido dispositivo legal foi editado pelos Poderes Competentes, gozando, até prova em contrário, de presunção de constitucionalidade.

“Não é escusado dizer que, sob a minha ótica, tal dispositivo legal (art. 2º, § 1º) - assim como ocorria com o antigo, que impunha o regime integral fechado – não padece do vício da inconstitucionalidade, por justamente regular e prever o tratamento penal mais rigoroso que os autores de crimes hediondos ou a eles equiparados devem ter, por previsão constitucional (CF, art. 5º, XLIII). Quanto à individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), ela será observada no curso da execução penal”

No caso em apreço, levando em conta que o quadro probatório revela que os acusados dedicavam-se principalmente ao tráfico de “crack”⁵, exatamente as drogas que maior dano vêm provocando à saúde pública – e, indiretamente, a segurança pública⁶, como dito anteriormente –, é natural a conclusão de que o regime apropriado a fase inicial de cumprimento da pena corporal deva ser o fechado. A proposta de que reprimir as condutas por eles praticadas via dos regimes mais brandos certamente seria naturalmente entendida como resposta estatal excessivamente amena, contribuindo à criação de um ambiente de impunidade - entendido como o sentimento coletivo de que a atividade persecutória penal se limita a um mero embate intelectual de argumentos jurídicos, sem qualquer resultado prático ou repercussão social –, que fomenta a reincidência.

Pelas mesmas razões, tenho que também não podem ser aplicados na espécie os benefícios do artigo 44 do Código Penal, tanto no que se refere à condenação por associação para o tráfico, quanto no que tange ao crime de tráfico de drogas, eis que incompatíveis com a gravidade em concreto dos delitos praticados.

A Lei 11.343/06 contém expressa manifestação do legislador no sentido da incompatibilidade dos benefícios dos artigos 44 e 77 do C. Penal com o perfil criminológico de tais delitos e a necessidade

⁵ Segundo matéria publicada na Revista *Discovery Magazine*, janeiro de 2005, edição nº 6, Ed. Synapse, pág. 25, essa droga “pode provocar a dependência psíquica em menos de um mês e matar em um ano”.

⁶ Com amplamente sabido, o tráfico de drogas contribui para o alastramento da criminalidade de modo difuso: a compulsão às drogas impulsiona diretamente a prática de furtos, roubos, e receptações, praticados como meio para obtenção do numerário necessário para sua aquisição, assim como a prática de homicídios, sequestros e extorsões, em geral praticados por membros das quadrilhas de narcotraficantes como meio para assegurar o domínio sobre áreas de comércio disputadas por grupos rivais.

hodierna de sua maior repressão, por haver-se constituído o fenômeno da expansão do tráfico de drogas em verdadeiro flagelo do mundo contemporâneo.

E não é outra a diretriz seguida por esta C. 7ª Câmara de Direito Criminal, ao assentar que *“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”*⁷.

Por essas razões, improcede o pedido defensivo de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição das penas corpóreas por restritivas de direitos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da defesa de AMINADAB e **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial a fim de, afastada a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, majorar as penas-base de cada um dos sentenciados em relação ao crime de tráfico e para condenar ELIZABETE e AMINADAB pela prática do delito do artigo 35 da Lei 11.343/06, redimensionando as reprimendas a eles impostas para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (SAMUEL); e 8 anos e 10 meses de reclusão,

⁷ Apelação nº 0006311-94.2011.8.26.0495, Rel. Des. Amaro Thomé. Data do julgamento: 18/06/2015.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

em regime inicial fechado, e pagamento de 1283 dias-multa, como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal (ELIZABETE e AMINADAB).

OTAVIO ROCHA

Relator