



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000007334

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1520355-98.2023.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante OPATERNIO GONÇALVES FERREIRA JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente sem voto), FÁTIMA GOMES E HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

AMARO THOMÉ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1520355-98.2023.8.26.0050
COMARCA: SÃO PAULO - 12ª VARA CRIMINAL
APELANTE: OPATERNIO GONÇALVES FERREIRA JÚNIOR
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
VOTO Nº 37.646

**TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES
- PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR
INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - NÃO
ACOLHIMENTO - MATERIALIDADE, AUTORIA E
DESTINAÇÃO MERCANTIL DEMONSTRADAS -
PENAS REDIMENSIONADAS - AFASTADO O
AUMENTO POR MAUS ANTECEDENTES -
RECORRENTE QUE REGISTRA ÚNICA
CONDENAÇÃO COMO INCURSO NO ART. 28 DA
LEI ANTIDROGAS - SENTENÇA REFORMADA
APENAS NESSE PONTO - REGIME INICIAL
FECHADO MANTIDO - RECURSO
PARCIALMENTE PROVIDO.**

Cuida-se de apelação interposta por **OPATERNIO GONÇALVES FERREIRA JÚNIOR** contra a r. sentença de fls. 225/231, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprido em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Ao réu foi negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, recorre a defesa (fls. 253/262), postulando a absolvição, por insuficiência de provas.

Subsidiariamente, pleiteia a aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, em sua fração máxima, e a mitigação do regime prisional.

Recurso devidamente contrarrazoado (fls. 266/269).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 318/324).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Ao que consta da denúncia (fls. 114/116), *“em dia 11 de maio de 2.023, por volta de 20h10, à rua Doutor Cardoso Terra, 146, Ponte Rasa, São Paulo/SP, OPATERN O GONÇALVES FERREIRA JUNIOR, qualificado indiretamente à fl. 69, trazia consigo, transportava, tinha em depósito e guardava, para consumo de terceiros, cerca de 5.716g de Cannabis sativa L, em variadas formas, inclusive skunk, e 498 micropontos de K4, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consoante laudo de constatação.”*

Segundo o apurado, *“policiais civis em diligências para identificação do indivíduo vulgo “PATERNO”, responsável pelo transporte e armazenamento de drogas na região do Jardim Três Marias, fizeram campana no local, onde ele pegaria os entorpecentes. Suspeitaram do condutor do Nissan/March, placas FKE2194, o qual*

estacionou defronte ao imóvel, ingressou e saiu em seguida. Ao se aproximarem, o suspeito correu e dispensou um pacote com porções de maconha em filetes. Nada foi encontrado no automóvel.

A habitação era dividida em três casas e um dos moradores apontou a residência desabitada como a locada para “PATERNO”. O local estava desprovido de móveis, mas no banheiro havia três bolsas com 6 tijolos de maconha e diversas porções da droga, duas balanças de precisão, máquina seladora, caderno com anotações.

Outra vizinha informou ser “PATERNO” proprietário de uma adega na rua de cima. O gerente do estabelecimento Vuelas Drinks, forneceu os dados de identificação e telefone do denunciado.

Em diligências próximo à residência do denunciado, os policiais conversaram com a irmã dele, proprietária do Nissan/March, que a ele emprestara.”

A materialidade e a autoria encontram-se evidenciadas pelo boletim de ocorrência (fls. 04/10), auto de exibição e apreensão (fls. 15/17), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 29/34) e demais elementos probatórios constantes dos autos, sobretudo os depoimentos dos policiais responsáveis pela diligência, que relataram a apreensão do entorpecente em circunstâncias reveladoras de sua destinação ao tráfico.

O réu foi citado por edital e constituiu defensor. Regularmente intimado, não compareceu à audiência de instrução e julgamento, tendo sido declarado revel (fls. 217/218).

A r. sentença assim considerou a prova:

“O policial civil Admilson Torres da Silva reconheceu o réu pela fotografia mostrada em audiência. Informou que receberam informações de que um indivíduo de vulgo “Paterno” estaria traficando na região do Três Marias e guardando as drogas no interior de uma residência. Autorizadas as investigações, com ordem de serviço foram até o local, com viatura descaracterizada e ficaram observando aquela região que poderia estar acontecendo a guarda do tráfico. Em determinado momento, chegou um carro de onde um indivíduo desembarcou e, rapidamente, entrou em um imóvel. Se aproximaram mais com a viatura e, quando ele voltou, desceram, os três, para fazerem a abordagem, anunciaram serem da polícia civil, quando o indivíduo correu, entrou em uma viela à direita e atirou um pacote. Correu atrás dele, enquanto o policial César apanhou o pacote. Continuou correndo atrás dele, mas não conseguiu alcançá-lo. Retornaram e verificaram que no veículo abandonado não havia entorpecentes, nem nada de ilícito.

Entraram no local com portão encostado, onde havia três casas e o morador de uma delas os atendeu e informou que morava na primeira casa, sendo uma das outras alugada por “Paterno”.

Autorizada, pelo senhor que os recebeu, uma vistoria, o policial César chamou o depoente e mostrou uma casa ao fundo, desabitada, com a janela semiaberta, onde, em seu interior, localizados os entorpecentes apreendidos. Na saída do imóvel, uma outra moradora que chegava confirmou que a casa era alugada por "Paterno" e que ele era proprietário de uma adega na avenida de cima, para onde se dirigiram e foram atendidos pelo gerente do comércio, que confirmou a propriedade do local por Opaterno e mostrou um documento de autorização de funcionamento onde identificado o réu como proprietário. Pediu para o gerente entrar em contato com Opaterno e, feito isso, passada a ligação para o policial, que se identificou, desligado o telefone. O funcionário, ainda, passou o endereço da residência da irmã e da mãe de Opaterno e, lá chegando com o veículo apreendido, foram recebidos por sua irmã, Patileia, que informou ser a dona do carro e tê-lo emprestado a seu irmão. Em depoimento que prestou no Denarc, confirmou a propriedade do veículo apreendido, bem como que o havia emprestado a seu irmão, Opaterno, no dia dos fatos, justamente o veículo conduzido e abandonado por ele quando da ação policial. O carro era um Nissan March, cinza ou prata. Quando Opaterno saía da residência para entrar no veículo, vendo que seria abordado, correu para a viela, à direita, e dispensou o pacote recuperado por César. O pacote continha entorpecentes, maconha, e, dentro da casa, umas seis barras de maconha, cocaína, skunk e Q4 (K4), ou seja, uma expressiva quantidade de

entorpecentes. No pacote apreendido na viela havia porções cortadas e no interior da casa, porções cortadas e outras inteiras. No interior do imóvel ocupado por Opaterno, também localizados e apreendidos cadernos com anotações típicas de tráfico. A casa utilizada para a guarda dos entorpecentes e demais petrechos era praticamente vazia. A adega pertencente ao réu ficava próxima do imóvel vistoriado, a cerca de 400 metros, na avenida ao lado. Reconheceu o réu exatamente como a pessoa que entrou no imóvel e, depois, arremessou a droga em fuga. No interior da casa ainda havia seladoras, balanças de precisão, todos esses itens utilizados para o tráfico de entorpecentes. Não conhecia o réu anteriormente e nunca tinha estado naquele local, antes.

O policial civil César Amleto Ursich, que reconheceu o réu, fotograficamente, em Juízo, afirmou que receberam informações de que indivíduo conhecido por "Paterno" estaria transportando e armazenando drogas na região do bairro Jardim Três Marias, na Zona Leste da capital. Realizaram campana velada, com viatura descaracterizada, pela Rua Cardoso Terra, próximo a uma escadaria, onde, provavelmente, se daria a retirada de entorpecentes em um imóvel até então desconhecido. Por volta de 20 horas, notada a presença de um veículo estacionando em frente a um imóvel, de onde desembarcou um indivíduo, que entrou e saiu de tal imóvel muito rapidamente. Decidiram pela abordagem, tendo o indivíduo corrido por uma viela, sob o encalço do policial Torres, seguido do depoente e do policial Júlio, mais atrás. Viu

quando o indivíduo retirou um pacote da cintura e o dispensou no chão na viela e conseguiu recuperá-lo, enquanto o policial Torres corria atrás do fugitivo. Em seguida, também foi atrás deles. O indivíduo conseguiu fugir, voltaram para o local inicial, revistaram o veículo, nada de ilícito sendo encontrado. Entraram no imóvel, que estava com o portão destrancado, onde havia três casas e o morador de uma delas informou que "Paterno" era o locatário de uma delas, mas não residia ali. Foram até sua casa, perceberam que a janela estava destravada e o depoente a abriu, logo sentindo o odor da substância entorpecente, maconha. Entrou no imóvel e, no banheiro, no interior de três sacolas, localizados maconha, skunk, cocaína, K4, balanças de precisão, facas, seladoras, eppendorfs, entre outros objetos. Na saída, em conversa com outra moradora do imóvel, ela falou que "Paterno" tinha uma adega na rua de cima, para onde se dirigiram e conversaram com o gerente, que confirmou ser "Paterno" o proprietário do estabelecimento. No local, também conseguiram a identificação do vulgo "Paterno", como Opaterno Gonçalves Ferreira Júnior, tendo o gerente, inclusive, fornecido seu endereço, onde morava com a mãe, para onde se dirigiram e foram recepcionados por sua irmã, Patileia, a qual informou que tinha acabado de emprestar seu veículo, um Nissan March, cinza ou prata, abandonado na fuga e apreendido. Na sacola dispensada pelo réu, quando da fuga, havia maconha em filete. Na casa havia expressiva quantidade de entorpecentes, bem como cadernos com anotações típicas do tráfico.

Também localizadas drogas porcionadas, além dos tijolos. Não conhecia o réu anteriormente.

O policial civil Júlio César Nogueira, em Juízo, reconheceu o réu fotograficamente. Receberam informações de que uma pessoa identificada por Paterno fazia a guarda e distribuição de drogas no Jardim Três Marias, na Zona Leste. Em trabalho de campo fizeram campana na Rua Cardoso Terra, próximo a um escadão. Por volta de 20 horas, apareceu um veículo que estacionou em frente a um imóvel e desceu, rapidamente, uma pessoa e entrou no imóvel. Aproximaram mais a viatura e ficaram aguardando. A pessoa retornou, também rapidamente, reconhecida, 100%, como o vulgo "Paterno" que, percebendo os policiais, "ciscou" e saiu correndo pela viela, seguido pelos outros dois policiais, enquanto o depoente começou a segui-lo, mas voltou para pegar a viatura, manobrar e tentar ajudar, momento em que o policial César já estava retornando. O portão do local estava aberto e os outros dois policiais entraram, enquanto o depoente permaneceu do lado de fora, fazendo a segurança. Lá conversaram com o pessoal e entraram na casa. Vistoriado o veículo, nada de ilícito foi encontrado. Os moradores dali foram entrevistados, sendo que um deles afirmou que um dos imóveis era alugado por "Paterno" e que ele não morava no local, enquanto a moradora que chegava informou que "Paterno" tinha uma adega na rua de cima. Encontrada a adega, após diligências, foi confirmado o nome Opaterno e que era proprietário do estabelecimento,

através de uma inscrição estadual fixada na parede. Após, se dirigiram ao endereço, que já tinham, de sua mãe, onde franqueada a entrada do policial Torres por Patileia, irmã de Opaterno, que confirmou o empréstimo de seu veículo, um Nissan March, prata, ao irmão, justamente aquele por ele abandonado quando da fuga, em frente ao imóvel em que localizadas as drogas. Durante a fuga, Opaterno dispensou um pacote contendo entorpecentes, recuperado pelo policial César, o que visualizou quando voltava para buscar a viatura. Depois, César lhe mostrou o pacote com as substâncias esverdeadas, aparentando maconha, em seu interior. Não entrou na casa, mas seus parceiros lhe mostraram tudo que localizaram no interior do imóvel, maconha, cocaína, skunk, K4, máquina seladora, facas de corte, papéis com bastante anotações, sacos plásticos. Era uma expressiva quantidade de entorpecentes. Não conhecia o réu anteriormente.” (sic, fls. 226/228).

Os policiais civis, portanto, confirmaram o recebimento de informações prévias sobre o envolvimento de um indivíduo conhecido como “Paterno” no transporte e armazenamento de drogas no bairro Jardim Três Marias, e que em diligência no endereço apontado como sendo o local de armazenamento das drogas, avistaram o acusado, que ingressou em um imóvel e logo saiu, tendo empreendido fuga a pé logo que se deparou com os policiais. Confirmaram também que durante a fuga o réu dispensou um pacote contendo porções de maconha, e

que no interior do imóvel de onde ele saiu foram apreendidas outras grandes porções de maconha, a droga K4, além de balanças de precisão, facas, embalagens plásticas e anotações típicas no tráfico. Em contato com uma vizinha, que apontou o réu como sendo o locatário do imóvel e proprietário de uma adega, conseguiram confirmar a identidade do acusado como sendo Opaterno Gonçalves Ferreira Junior.

O depoimento prestado por agentes da segurança pública, independentemente da força que integrem, seja guarda civil metropolitano, seja policial militar, seja policial civil, merece inteira acolhida, pois não há nenhum elemento nos autos que indique parcialidade apta a gerar uma incriminação do acusado sem motivos.

Com efeito, não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade, mesmo porque os agentes e a Defesa nada disseram sobre terem policiais e o réu tido qualquer contato anterior, não se podendo cogitar de qualquer possibilidade de vingança ou de atitude tendente a incriminar pessoas inocentes.

Nesse sentido:

“2. A jurisprudência pátria é assente no sentido de que as declarações dos policiais condutores da prisão constituem meio idôneo de prova a embasar a condenação quando corroborada em juízo, e desde

que coerentes entre si e harmônicas com os elementos do caso concreto, como ocorre na espécie. Precedentes. 3. Eventuais e pontuais contradições justificam-se pelo lapso temporal transcorrido entre a data do flagrante e a data da audiência, sendo irrelevantes para o deslinde da demanda quando incapazes de infirmar a autoria delitiva demonstrada pelo conjunto probatório” (AREsp 1421896. Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, DJe 01/03/2019).

“Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo, ratificando integralmente os relatos prestados na fase policial, constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.

- Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC 659024/SP — Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca — Julg. 20/04/2021 — publ.

26/04/2021).

No mesmo sentido: HC 653913 — Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca — julg. 13/04/2021 — publ. 19/04/2021)

Para a configuração do crime imputado ao réu, de tráfico de drogas, não se exige qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a *traditio* para consumação do delito.

Inviável, assim, a absolvição por insuficiência probatória, uma vez que é segura a prova da materialidade e autoria delitivas, e a destinação mercantil das drogas apreendidas restou evidenciada a partir das circunstâncias do caso, porquanto foi apreendida grande quantidade de entorpecentes (5.716 gramas de maconha e 498 micropontos de K4), além de anotações típicas da contabilidade do tráfico, uma máquina seladora, 100 embalagens plásticas a vácuo, 20 eppendorfs, tesoura, faca e duas balanças de precisão, todos com resquícios de entorpecentes (auto de exibição e apreensão de fls. 15/17), o que se coaduna, ademais, com as informações recebidas pela Polícia acerca do tráfico praticado pelo réu.

A condenação, portanto, era mesmo a única

solução admissível, e deve ser confirmada.

DOSIMETRIA

Na **primeira fase**, apreciadas as circunstâncias judiciais gerais, do art. 59 do Cód. Penal, e as especiais, do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, a pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, em razão dos maus antecedentes do acusado (processo nº 7016012-05.2009.8.26.0050 - fls. 123/125), bem como em razão da quantidade de droga apreendida.

De fato, o legislador brasileiro, ao instituir a norma do artigo 42 da Lei 11.343/06, impôs aos juízes o dever de ponderar, no momento da fixação das penas dos delitos previstos nessa lei especial, **“a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”**, e isto **“com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal”**.

Relevante esclarecer que o Col. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, exarou o entendimento de que a “natureza” (ou “qualidade”) do entorpecente destinado à comercialização configura critério hábil para a exasperação da pena dos traficantes.

Nesse sentido, confira-se:

“O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos — necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas — para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.” (STJ, AgRg no HC 687.767 — SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, j. 26/11/2021).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTO CONCRETO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AUMENTO DE 1 ANO E 8 MESES. PENA EM ABSTRATO DE 5 A 15 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ELEMENTOS CONCRETOS OBTIDOS COM

*AUTORIZAÇÃO JUDICIAL NO CELULAR DO
PACIENTE. REGIME INICIAL FECHADO.
SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.
INVIABILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.
WRIT DENEGADO. DECISÃO MANTIDA.
AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

1. De acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, a elevada quantidade de drogas apreendida - 431,9 gramas de maconha, 47 gramas de cocaína, 3 comprimidos de ecstasy e 25 sementes para plantio, constitui fundamento idôneo para a exasperação da pena-base.

2. O aumento da pena-base em 1 anos e 8 meses, fundamentando na expressiva quantidade de droga apreendida, não se revela manifestamente desproporcional em relação às penas abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, considerando-se o critério de discricionariedade vinculada do magistrado.” (STJ — AgRg no HC 590270 — Rel. Min. NEFI CORDEIRO — julg. 25/08/2020).

Ocorre que o único registro criminal que o acusado ostenta e que foi mencionado na sentença refere-se à condenação anterior por infração ao disposto no art. 28 da Lei de Drogas, apontamento que, à luz do atual entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça, não se presta à configuração de maus antecedentes, nem da reincidência.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. ELEMENTOS INIDÔNEOS. READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ACUSADO QUE NÃO POSSUI OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS

JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO (...) 4. *As Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, têm decidido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a infringência do referido dispositivo legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e a sua constitucionalidade está sendo debatida no STF. Sob tal contexto, a Quinta Turma passou a adotar o entendimento de que a condenação anterior por posse de drogas para uso próprio, também, não pode ser utilizada para se aferir negativamente os maus antecedentes do réu. Precedente.* 5. *A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto*

a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas. 6. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa diminuição, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes. 7. O fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente. 8. Hipótese em que a míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no máximo legal. 9. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art.

33, § 2º, "c", do Código Penal. 10. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução. (HC n. 519.401/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/10/2019, DJe de 14/10/2019.) (grifos nossos)

Desse modo, afastados os maus antecedentes, deve o acréscimo à pena base ser reduzido para 1/8, fixando-a em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, levando-se em conta, apenas, a expressiva quantidade de droga apreendida.

Na segunda fase, não se verifica a presença de

atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição, a pena é tornada definitiva.

Observo que foi negada a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, ao fundamento de que o acusado ostenta maus antecedentes.

Contudo, embora afastados os maus antecedentes, entendo, ainda assim, ser inviável a outorga do redutor ao acusado, diante de sua evidente dedicação a atividades criminosas.

As peculiaridades do caso demonstram que o acusado não era principiante na mercancia ilícita, do contrário não estaria na posse de tão expressiva quantidade de droga e de diversos petrechos para o tráfico, deixando claras suas vinculações com alguma organização criminosa e dedicação a atividades delituosas.

Com efeito, foi apreendida em seu poder elevada quantidade de entorpecente, 5.716 gramas de maconha e 498 micropontos de K4, circunstância absolutamente incomum para iniciantes no comércio espúrio, sobretudo porque também foram apreendidos anotações de contabilidade do tráfico, balanças de precisão, embalagens, seladora e outros materiais sabidamente utilizados para a separação e confecção de porções

de drogas para a comercialização, revelando, *quantum satis*, engajamento ao tráfico em larga e expressiva escala.

Inconteste, portanto, sua dedicação a atividades criminosas de mercancia ou cooperação com ela, impossibilitando a aplicação da benesse.

Sobre o tema, confira-se o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pelas circunstâncias do fato (ocorrido em conhecido ponto de venda de drogas), pelos depoimentos carreados aos autos e pela quantidade e variedade de drogas apreendidas.” (STJ - HC 331250 / RJ - Ministro ERICSON MARANHÃO - DJe 03/11/2015)”.

“Na hipótese, a Corte de origem concluiu que o agravante se dedica à atividades criminosas, em razão da quantidade e variedade da droga apreendida aliada às demais circunstâncias do delito, notadamente o fato de ter sido flagrado em conhecido ponto de venda de drogas

portando um rádio comunicador, anotações e certa quantia em dinheiro, não fazendo jus à benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. 3. É de se destacar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do citado benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar, assim, em fundamentação inidônea.” (STJ - AgRg no AREsp 1259578 / SP - Ministro JORGE MUSSI - DJe 28/06/2018).

Ressalto, por oportuno, que, de acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, diante do efeito devolutivo amplo da apelação, o Tribunal está autorizado a inovar na fundamentação empregada na dosimetria, sem que se cogite de *reformatio in pejus*, desde que a situação do apelante não seja agravada, o que se verifica nos presentes autos.

Confira-se:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE

MANUTENÇÃO, NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA, DA PENA-BASE FIXADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, MESMO COM O DECOTE DE DUAS DAS VETORIAIS DESFAVORECIDAS. EMPREGO DE FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA PARA O INCREMENTO PUNITIVO. SITUAÇÃO FINAL DO ACUSADO NÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - *Na hipótese, no julgamento de recurso de apelação exclusivo da defesa, ocasião na qual foram as circunstâncias judiciais da culpabilidade e da personalidade decotadas da pena do agravante, optou-se por manter o quantum de exasperação da pena-base, elevando o patamar de reprovabilidade das vetoriais sobejantes. - Nos termos da jurisprudência firme desta Corte Superior, não há se falar em reformatio in pejus quando o Tribunal local, em sede de apelação exclusiva da defesa, inova na fundamentação empregada na dosimetria ou na fixação do regime prisional inicial, sem, contudo, agravar*

a situação final do acusado. Precedentes. - O efeito devolutivo amplo da apelação autoriza o Tribunal, quando provocado a se manifestar sobre algum critério da dosimetria, a analisar circunstâncias judiciais e a rever todos os termos da individualização da pena definidos no decreto condenatório. - Assim, verifica-se que a alegação de ocorrência de reformatio in pejus, de fato, não merecia acolhimento, porquanto não houve aumento da pena final do agravante no julgamento realizado pelo Tribunal de origem. O juízo de primeiro grau exasperou a pena-base em 2 anos, patamar que foi mantido pela Corte local, com diversa fundamentação. Grifo nosso. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC 519.833/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019).

REGIME PRISIONAL

Nos termos dos §§ 2º e 3º, do art. 33, do Código Penal, levando-se em conta as circunstâncias do crime, o “quantum” de pena aplicado, a natureza e nocividade das drogas

apreendidas e a hediondez do crime, entendo necessário o recrudescimento do regime prisional, como medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, motivo pelo qual mantenho o regime inicial fechado, único que, sob o prisma da suficiência, é compatível para que sejam alcançados os objetivos da pena, em especial se tratando de réu que se dedica às atividades criminosas.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que:

“A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, §3º, do Código Penal - CP (...)” (STJ - HC 414347 / SP - Ministro JOEL ILAN PACIORNIK - DJe 21/02/2018).

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso para redimensionar as penas para 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantida, no mais, a r. sentença.

AMARO THOMÉ
Relator