



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000281847

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500544-17.2023.8.26.0483, da Comarca de Presidente Venceslau, em que são apelantes/recorrentes JOÃO VITOR CRUZ GONÇALVES e KLEITON FELIPE DE BRITO COSTA e Apelante CRISTIANE GONÇALVES AVELINO SILVA, é apelado/recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, negaram provimento aos recursos Defensivos.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

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

São Paulo, 20 de março de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relatora

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO nº 13.042

APELAÇÃO nº 1500544-17.2023.8.26.0483

COMARCA: Presidente Venceslau - 2ª Vara Judicial

APELANTES: João Vitor Cruz Gonçalves, Kleiton Felipe de Brito
Costa e Cristiane Gonçalves Avelino Silva

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSOS DEFENSIVOS NÃO PROVIDOS.

I. Caso em Exame

João Vitor Cruz Gonçalves e Kleiton Felipe de Brito Costa foram condenados por tráfico de drogas, com penas substituídas por restritivas de direitos. Cristiane Gonçalves Avelino Silva teve o veículo apreendido. As defesas apelaram, buscando redução de penas e restituição do veículo.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06; (ii) restituição do veículo apreendido; (iii) adequação da dosimetria da pena.

III. Razões de Decidir 3. A dosimetria da pena foi corretamente aplicada, considerando a quantidade de droga apreendida e a confissão espontânea, sem possibilidade de redução abaixo do mínimo legal. 4. O perdimento do veículo foi mantido, pois foi utilizado como instrumento do crime, conforme entendimento jurisprudencial.

IV. Dispositivo e Tese 5. Recursos defensivos desprovidos. Tese de julgamento: 1. A dosimetria da pena deve respeitar os limites legais, mesmo com atenuantes. 2. O perdimento de bens utilizados no tráfico de drogas é cabível, independentemente da habitualidade.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 243, parágrafo único; CP, art. 59; Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e §4º, art. 42.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC 616.133/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 28.09.2021;

STF, Tema 647 de Repercussão Geral.

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelas Defesas de **João Vitor Cruz Gonçalves**, **Kleiton Felipe de Brito Costa** e **Cristiane Gonçalves Avelino Silva** contra a r. sentença de fls. 487/500, que declarou **João Vitor Cruz Gonçalves** e **Kleiton Felipe de Brito Costa** incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, condenando-os à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, cada qual fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, a ser atualizado em sede de execução, substituindo-se, ainda, as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços gratuitos à comunidade ou a entidades públicas, pelo prazo das penas aplicadas, além de prestação pecuniária no importe de um salário-mínimo, a entidade pública ou privada com destinação social, na forma dos artigos 45, § 1º, e 46, do Código Penal, tudo a ser especificado pelo juízo da execução; bem como que determinou o perdimento do veículo Fiat/Strada Working CE, pertencente a **Cristiane Gonçalves Avelino Silva**.

Nas razões de seu recurso, pleiteia a Defesa de João Vitor Cruz Gonçalves, em síntese, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo ou ao menos intermediário (fls. 503/508).

Em suas razões recursais, requer a Defesa de Cristiane Gonçalves Avelino Silva, resumidamente, a restituição do veículo Fiat Strada Working CE, placas ENB-0761, apreendido nos autos e com determinação de perdimento (fls. 509/516).

Nas razões de seu recurso, roga a Defesa de Kleiton Felipe de Brito Costa, em compêndio: a) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo ou ao menos intermediário; b) a redução da pena restritiva de direito relativa à prestação pecuniária (fls. 529/539).

Os recursos foram recebidos, sendo apresentadas contrarrazões (fls. 567/273 e 584/588).

Tendo em vista a aplicação do disposto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 na sentença penal, ambos os réus requereram a remessa dos autos ao douto representante do Ministério Público para avaliação da proposta de Acordo de Não Persecução Penal (fls.501/502 e 540/542).

Aberta vista dos autos ao Ministério Público para apreciação (fls. 547), o D. Promotor de Justiça requereu a designação de audiência para o oferecimento de proposta de ANPP (fls. 552/553).

O juízo *a quo* indeferiu a proposta de ANPP (fls. 555/562).

Inconformados com a r. decisão, Kleiton e João Vitor interpuseram Recursos em Sentido Estrito. Em síntese, aduziram os ilustres subscritores das razões recursais que não compete ao órgão julgador a avaliação da reprovação e prevenção da medida, mas ao órgão acusatório que entendeu pertinente. Desta feita, pleitearam a reforma da decisão, a fim de que fosse oportunizada a celebração do Acordo de Não Persecução Penal (fls. 575/580 e 594/602).

Os recursos em sentido estrito interpostos foram contrariados (fls. 584/588 e 622/623).

A respeitável decisão foi mantida (fls. 591 e 630).

Distribuído o recurso perante o E. Tribunal de Justiça, os autos foram remetidos à Procuradoria de Justiça, com parecer pelo improvimento dos recursos (fls. 641/686).

Foi prolatado o v. acórdão, dando provimento aos recursos em sentido estrito interpostos para determinar ao juízo *a quo* que designasse audiência para análise acurada dos termos do acordo de não persecução penal juntado às fls. 552/553 (fls. 688/697).

Foi designada audiência para proposta de acordo de não persecução Penal (fls. 724/726), ocasião em que o juízo *a quo* homologou o acordo de não persecução penal, aceito pelos acusados, nos termos propostos pelo Ministério Público (fls. 744/746).

Em r. sentença de fls. 767, o juízo *a quo* extinguiu a punibilidade do beneficiado João Vítor Cruz Gonçalves, ante o integral cumprimento do acordo de não persecução penal, com fundamento no artigo 28-A, § 13º do Código de Processo Penal e artigo 530-B, NSCGJ, capítulo em relação ao qual já se operou o trânsito em julgado (fl. 772).

Paralelamente, o acordo de não persecução penal celebrado com Kleiton Felipe de Brito Costa foi rescindido ante o não cumprimento do acordo formulado, com fundamento no artigo 28-A, § 10 do Código de Processo Penal (fl. 782).

Nessa esteira, considerando o descumprimento do acordo de não persecução penal pelo réu Kleiton, a D. Magistrada recebeu a apelação de fls. 529 (fl. 790).

Em sede de contrarrazões, o D. Promotor de Justiça oficiante reiterou a manifestação de fls. 567/573 (fl. 793).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 803/808).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 18 de maio de 2023, por volta das 22h10, na Rodovia Raposo Tavares SP 270, próximo ao Km 616 + 500m, na cidade e comarca de Presidente Venceslau, **KLEITON FELIPE DE BRITO COSTA** e **JOÃO VITOR CRUZ GONÇALVES** transportavam 348 (trezentos e

quarenta e oito) tijolos do entorpecente popularmente conhecido como “maconha”, com peso total de 300,780kg (trezentos quilos e setecentos e oitenta gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, todos para fins de mercancia.

Observa-se que a insurgência das nobres Defesas não atinge o mérito do feito, sendo autoria e materialidade delitivas, portanto, incontestes e irrecorríveis. Recai, exclusivamente, sobre questões relativas à reprimenda, em especial quanto à sua dosimetria e quanto ao perdimento do veículo apreendido nos autos.

Desta feita, mantida, obviamente, a condenação do acusado Kleiton, passa-se à análise da reprimenda que lhe foi imposta.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juízo sentenciante acertadamente fixou a reprimenda basilar acima de seu patamar mínimo legal, na razão de 1/6 (um sexto), tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial imensa quantidade de entorpecentes apreendida, conforme bem fundamentou: *“Na primeira fase de aplicação da pena, respeitado o sistema trifásico, verifico que os réus são primários e sem antecedentes criminais (fls. 179/183). Outrossim, há que se considerar a grande quantidade de droga apreendida (301,780 quilogramas de maconha), a teor do que dispõe o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006: "Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente." Assim, fixo a*

pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e no pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em seu valor unitário.”

Frise-se que, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, o juízo pode, após examinar as nuances e especificidades sobre o caso em que se debruça, atuar discricionariamente na escolha da sanção aplicável ao caso, bastando, para tanto, motivar o *decisum*, a teor do que dispõe o artigo 59 do Código Penal, o artigo 42 da Lei de Drogas e o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, pois atendendo justamente a tais dispositivos para se individualizar a pena.

Nesse sentido, leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

“Quanto mais se cercear a atividade individualizadora do juiz na aplicação da pena, afastando a possibilidade de que análise a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, enfim, critérios subjetivos, de cada caso concreto, mais cresce a chance de padronização da pena, o que contraria, por natureza, princípio constitucional da individualização da pena, aliás, cláusula pétrea” (Individualização da Pena, Ed. RT, 2ª Ed., 2007, p. 195).

Em igual tom, o entendimento firmado perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE CITAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RITO ESPECIAL. NOTIFICAÇÃO PESSOAL REALIZADA. DEFESA PRÉVIA. RÉU REVEL. DEFESA TÉCNICA AO LONGO DE TODO O PROCESSO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL E PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PROCESSO EM CURSO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte – HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 – e o Supremo Tribunal Federal – AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício. 2. “A alegação da falta de citação, por si só, não leva à nulidade do processo se está demonstrado nos autos que o réu foi notificado para apresentar a defesa prévia e foi patrocinado no transcorrer

de toda causa por defensor público que realizou, com vigor, o contraditório” (AgRg no HC 418.977/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, [SEXTA TURMA](#), julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018). 3. Hipótese em que o paciente foi notificado regularmente para responder à acusação por escrito nos termos do art. 55 da Lei nº 11.343/06. Todavia, a citação pessoal restou frustrada porque o agente evadiu-se do [sistema prisional](#), o que ocasionou a decretação de sua revelia. Logo, não há se falar em cerceamento de defesa, pois o réu tinha ciência da acusação contra ele oferecida e permaneceu devidamente assistido durante todo o processo pela Defensoria Pública. 4. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na [dosimetria da pena](#). 5. Segundo a [jurisprudência](#) sedimentada desta Corte, considerações genéricas e inerentes ao próprio tipo penal – tais como o emprego das expressões “lucro fácil” e “dolo intenso” – não servem para o agravamento da pena. Do mesmo modo, sendo pequeno quantum de entorpecente apreendido (8,6g de crack), a sanção inicial não merece elevação pelo sopesamento dos vetores da quantidade e da natureza da droga. 6. A prática de novo crime quando o réu está foragido do sistema penitenciário é fundamento idôneo para

justificar a exasperação da pena-base. 7. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que “a causa de diminuição pelo [tráfico privilegiado](#), nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e aplicar a minorante especial da [Lei de Drogas](#), resultando a pena do paciente em 1 ano e 9 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 177 dias-multa.” (HC 616.133/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021) – grifei

Desta feita, absolutamente correta fixação da reprimenda basilar acima do seu patamar mínimo legal, eis que valorada em plena conformidade com os ditames previstos no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar em fixação em seu patamar mínimo, tampouco em fração de exasperação inferior.

Na segunda fase da dosimetria da pena, incidiu a circunstância atenuante da confissão espontânea, razão pela qual a reprimenda retornou ao seu patamar mínimo legal, não incidindo

circunstâncias agravantes.

Ressalte-se que não se pode determinar a redução da pena aquém do mínimo legal, mesmo que exista circunstância atenuante. Em respeito ao critério legal de cominação das penas, estas devem ser fixadas dentro dos limites previstos. A violação desta determinação invadiria matéria cuja prerrogativa exclusiva é do legislador, o qual estabelece diretrizes para que o julgador fixe a pena justa.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

“Recurso Repetitivo Tema 190/STJ – Tese firmada: “O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal” (REsp 1117068/PR e REsp 1117073/PR).

A finalidade do verbete é impedir que o magistrado desborde dos limites impostos pela lei e viole a separação dos poderes.

O Brasil adotou na aplicação da pena o sistema da relativa determinação, e não o da indeterminação da pena. Tanto na primeira quanto na segunda fase da aplicação, utilizou-se das expressões *“dentro dos limites previstos”* e *“do limite indicado”*, respectivamente no inciso II do artigo 59 e no artigo 67 do Código Penal. Assim, em tais etapas devem ser respeitados os limites mínimo e máximo abstratamente cominados pelo tipo secundário. Assim, na

segunda etapa da dosimetria a pena permanece no mínimo legal.

Em que pese não ser vinculante a Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, referida Súmula é de aplicação recorrente por grande parte dos tribunais brasileiros e, uma das justificativas utilizadas é em razão de tratar-se de posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o tema GUILHERME NUCCI
leciona que:

(...) as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não tem o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador' (in Comentários ao Código Penal, 2006, p. 436-437).

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INVOCAÇÃO DEFENSIVA

DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE. ARMA QUE SE ENCONTRAVA DESMUNICIADA. DESCABIMENTO. IRRELEVÂNCIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DELITO. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. ERRO DE PROIBIÇÃO. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REPRIMENDA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL DIANTE DA CONSTATAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. APELANTE PATROCINADO POR DEFENSOR PÚBLICO. CUSTAS ISENTAS DE OFÍCIO. - Suficientemente comprovadas a autoria e materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo, conforme demonstrado pela confissão do réu e demais elementos do acervo probatório, descabido o pleito de absolvição por ausência de provas. - É irrelevante para a ocorrência do tipo penal do artigo 14 da Lei 10.826/2003 que a arma esteja ou não municiada, porque se trata de delito formal e de perigo abstrato, não sendo necessária a demonstração do efetivo perigo no caso concreto para a sua configuração. - Restando demonstrado que o apelante possuía plena condição de conhecer e entender o caráter ilícito de sua conduta, não há que se falar em nenhuma das hipóteses de erro de proibição contida no art. 21 do CP. - Conforme entendimento firmado pela Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal", por violar o princípio da legalidade. - Verificado que o recorrente está sendo patrocinado por Defensor Público, deve-se isentá-lo, de

ofício, do pagamento das custas processuais”.

“Furto qualificado. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão espontânea, validade dos depoimentos policiais e declarações da vítima. Condenação acertada. Pena mantida. Aumento pelo mau antecedente que, embora devido, é compensado com a redução determinada por uma das atenuantes. A especificidade da reincidência, embora possa ser valorada de maneira mais rigorosa, nem sempre implica preponderância sobre a confissão espontânea. Precedentes. Impossibilidade de, na segunda fase da dosimetria, reduzir a pena aquém do mínimo legal. Manutenção do regime semiaberto. Quantidade de pena, circunstâncias do delito e confissão que desaconselham a fixação do regime fechado, a despeito do histórico criminal. Recurso da defesa improvido, parcialmente provido o do Ministério Público, sem efeito na pena ou no regime” (TJ-SP - APR: 00822787820188260050 SP 0082278-78.2018.8.26.0050, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 15/03/2021, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 15/03/2021).

Por fim, na terceira fase da dosimetria, inexistiram causas de aumento e o juízo *a quo* entendeu estar presente a causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual reduziu as reprimendas no patamar de 1/3 (um terço).

De fato, o artigo em comento trata da figura

do traficante “privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, na qual se estabelece a redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, requisitos estes cumulativos e constatados no caso em comento.

E, em que pese o inconformismo defensivo quanto à fração de aludida benesse aplicada ao caso em comento, afigura-se inviável sua diminuição, tendo em vista que o ser inegável a confiança depositada sobre o acusado para que transportasse imensa quantidade de entorpecentes, repisa-se, mais de 300 quilos. Logo, não seria condizente aplicar o redutor em seu patamar máximo, sendo correta e adequada a fração de aviltamento de 1/3 (um terço) empregada pelo juízo sentenciante, pelo que se afasta o pleito defensivo de aplicação da benesse em seu patamar máximo.

Nesse passo, registre-se que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes” (AgRg no HC 546893 / SP AGRADO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2019/0348816-5, T5
- QUINTA TURMA, 17/12/2019).

Por outro lado, como é sabido, restou sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que o reconhecimento do tráfico privilegiado afasta a hediondez do delito. E, em recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de 13/05/23 foi aprovada Súmula Vinculante, cujo resultado pende de proclamação em sessão presencial, no sentido de que é obrigatória a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos na hipótese de condenação pelo tráfico “privilegiado”, desde que o réu não seja reincidente e que não haja circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira fase da dosimetria da pena:

“É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c e do art. 44, ambos do Código Penal”

No caso vertente, sendo o réu primário, mas ainda levando-se em consideração a existência de vetores negativos na primeira fase da dosimetria, é forçosa a conclusão no sentido de que nada impede a manutenção do regime aberto e o reconhecimento da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, nos termos fixados na sentença guerreada.

Cumprе destacar, ainda, que as condições da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, está atrelada à discricionariedade do juízo, jamais se tratando de mera conveniência a cargo da Defesa optar pela aplicação de referida benesse, sem que haja qualquer prejuízo disto decorrente, eis que passará a se estabelecer o regime aberto, ora pleiteado.

Nesta esteia de raciocínio, não há que se cogitar em alteração da restritiva imposta, eis que tal benesse possui natureza jurídica de instituto de política criminal, o qual permite ao condenado cumprir a pena que lhe fora imposta de forma menos gravosa, somente se assim o desejar. Logo, caso a Defesa técnica considere desproporcional a condição estabelecida, poderá instruir seu assistido a não aceitar o aludido benefício, cumprindo regularmente a pena privativa de liberdade a ele imposta.

Sobre o tema, pertinente trazer a lume trecho de voto proferido pelo Eminentе Desembargador Edison Brandão:

“A escolha deve se dar em face da individualização das penas, sopesando-se o grau de reprovação social da conduta perpetrada, o que ocorreu no caso em tela. Ora, não cabe ao sentenciado escolher o tipo de pena que pretende ou não cumprir. Se assim fosse, perderia o status de pena, eis que o sentenciado não sentiria a limitação havida, exatamente por escolher a sanção que pretende cumprir ou que menor inconveniência lhe traria neste tanto. Por certo este não foi o objetivo do legislador. Temos, ainda, que as penas fixadas

pelo MM. Juiz se mostram eficazes à natureza do delito perpetrado, para a recolocação do sentenciado, repreensão e prevenção do crime, atendendo a finalidade da sanção penal” (Apelação nº 0011941-11.2011.8.26.0438, 4ª Câmara de Direito Criminal, j. 02.07.2013).

Assim, a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária afigurou-se adequada e, eventual impossibilidade financeira para seu cumprimento, deverá ser pleiteado e comprovado perante o juízo das execuções.

Finalmente, o pedido de restituição do veículo apreendidos também não comporta acolhimento. Com efeito, restou comprovado que o acusado se utilizou do veículo apreendido para transportar os entorpecentes apreendidos, ou seja, o bem o serviu indubitavelmente como instrumento essencial para a realização do delito, pouco importando se em caráter habitual ou não, tampouco a quem pertencia.

E este é o entendimento desta Corte:

“Apelação – Tráfico ilícito de entorpecentes – Condenação – Recurso defensivo – Pretendida absolvição – Descabimento – Materialidade e autoria demonstradas – Prisão em flagrante e confissão do réu em juízo – Firme e coerente depoimento do policial civil – Validade – Apreensão de 712 comprimidos de ecstasy – Delito de tráfico caracterizado pela prática de uma das várias

condutas previstas no tipo penal – Deveras que, aquele que traz consigo a droga, a mantém em depósito ou a transporta, consuma o crime – Condenação mantida – Inafastável a decretação de perdimento do veículo utilizado para o tráfico, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 63 da Lei 11.343/06 – Pena-base fixada no mínimo legal – Inviabilidade de diminuição da pena em razão da confissão – Inteligência da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça – Aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 na fração máxima – Manutenção, ante a ausência de recurso do Ministério Público – Multa fixada em consonância com a pena restritiva de liberdade – Regime inicial fechado fixado – Adequação ao semiaberto em razão do tempo de prisão processual – Descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas – Recurso desprovido.” (Apelação nº 1502329-59.2017.8.26.0536, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. ROBERTO PORTO, j. 08/11/2018) – grifei.

Em igual tom, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 647 de Repercussão Geral:

“É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

parágrafo único, da Constituição Federal”

Desta feita, uma vez que o veículo automotor pertencente à apelante foi indubitavelmente utilizado para a traficância, imperiosa a decretação de seu perdimento.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS DEFENSIVOS**, mantendo-se a r. sentença prolatada, tal como lançada.

FÁTIMA GOMES

Relatora