



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000286038

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500656-19.2022.8.26.0548, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado MIKAEL DA SILVA VICENTE, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso da Defesa, e deram integral provimento ao apelo Ministerial, para redimensionar a pena para 06 anos e 03 meses de reclusão, e 625 dias-multa, e fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena. Mantiveram, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Comunicação à VEC. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), CONCEIÇÃO VENDEIRO E RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 25 de março de 2025.

ELY AMIOKA
Relatora
Assinatura Eletrônica

Voto nº 22.736

Apelação nº 1500656-19.2022.8.26.0548

Comarca: Campinas – 3ª Vara Criminal

Apelantes/Apelados: 1) Ministério Público do Estado de São Paulo

2) Mikael da Silva Vicente (preso)

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Sentença condenatória pelo art. 33, caput, e §4º, da Lei nº 11.343/06. Recurso Ministerial que busca o afastamento da causa especial de diminuição da pena, visto que o réu se dedica às atividades criminosas, a fixação de regime inicial fechado para cumprimento da pena.

Recurso da Defesa que pleiteia a fixação de regime prisional aberto.

Materialidade e autoria comprovadas – Prisão em flagrante – apreensão de 392 “ependorfs” de cocaína (239,1 g), 164 invólucros de maconha (750,3g), 332 microtubos de cocaína (68,5g), e 45 unidades de papel ilustrado no tipo “picote” de LSD (0,75g) - Réu confesso – Policiais Militares responsáveis pela prisão em flagrante do réu, que é a certeza visual do crime, informaram que, em patrulhamento pelo local dos fatos, avistaram o réu caminhando pela via pública e este, ao perceber a presença policial, dispensou uma mochila de cor vermelha, e seguiu caminhando. Realizada a abordagem, nada de ilícito foi encontrado na posse do acusado. Contudo, no interior da mochila dispensada pelo acusado, lograram apreender diversas porções de drogas. Indagado, o réu confirmou que transportava as drogas na mochila e aceitou receber o valor de R\$350 para tanto, visto que passava por dificuldades financeiras – Tráfico de drogas consumado – Desnecessidade de prova da mercancia, diante das diversas condutas previstas no art. 33, da Lei de Drogas – Prova que demonstrou efetivamente a ocorrência de tráfico de entorpecentes – condenação de rigor, nos termos da denúncia.

Dosimetria – Pena-base justificadamente fixada acima no mínimo legal – Na segunda fase, redução da pena diante da circunstância atenuante da confissão – Na terceira fase, afastamento do redutor de pena, por falta de amparo legal. Dedicção à atividade criminosa.

Regime inicial fechado fixado, nos termos do Recurso Ministerial.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos afastada, por ausência de amparo legal.

Recurso da Defesa desprovido.

Recurso Ministerial provido, para cassar o redutor de pena, exasperando, assim, a reprimenda final, e para fixar o

regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade. Comunicação à VEC.

Ao relatório da r. sentença¹ de fls. 161/164, prolatada pela MM^a. Juíza de Direito, Dra. Daniela Faria Romano, ora adotado, acrescento que **Mikael da Silva Vicente** foi condenado à pena de 02 anos e 01 mês de **reclusão**, em regime inicial **semiaberto**, e pagamento de 208 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, e §4º, da Lei nº 11.343/06.

Vedado o recurso em liberdade.

Inconformadas, apelaram as Partes.

O D. Representante do *Parquet* busca o afastamento da causa especial de diminuição da pena, visto que o réu se dedica às atividades criminosas, bem como a fixação de regime inicial fechado para cumprimento da pena (fls. 236/242).

Por sua vez, a Defesa do réu pleiteia a fixação de regime prisional aberto (fls. 206/211).

Processados os recursos, com contrarrazões (fls. 215/219 – Ministério Público; e fls. 256/260 – Defesa), os autos subiram a esta E. Corte de Justiça.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso Ministerial e desprovimento do apelo Defensivo (fls.

¹ Fls. 168: Sentença publicada aos 04/08/2022.

258/262).

É o relatório.

Narra a denúncia:

“Consta dos autos do incluso inquérito policial, iniciado por auto de prisão em flagrante delito, que, no dia 25 de fevereiro de 2022, por volta das 02h30, na Rua Julia Lopes Pinheiro, 80 - Vila Renascença, nesta cidade e comarca, MIKAEL DA SILVA VICENTE, qualificado às fls. 17, trazia consigo, para fins de tráfico de drogas, 392 “eppendorfs” de cocaína pesando 239,1 g., 164 invólucros de maconha pesando 750,3g., 332 microtubos de cocaína pesando 68,5g e, por fim, 45 unidades de papel ilustrado no tipo “picote” de LSD pesando 0,75g, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 10/11 e laudo de constatação preliminar às fls. 12 e laudo pericial definitivo às fls. 72/75, assim agindo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, na data dos fatos, Policiais Militares faziam patrulhamento pela Rua Antonio Pereira de Souza quando avistaram o denunciado, que, ao perceber a aproximação da viatura dispensou a mochila que carregava e logo foi abordado.

Na busca pessoal, nada ilegal foi encontrado com ele. Porém, a mochila dispensada foi recolhida e verificou-se que dentro dela havia uma considerável quantidade de “pinos” de cocaína, porções e tabletes de maconha, mini potes de crack, porções de LSD (392 “eppendorfs” de cocaína pesando 239,1 g., 164 invólucros de maconha pesando 750,3g., 332 microtubos de cocaína pesando 68,5g e, por fim, 45 unidades de papel ilustrado no tipo “picote” de LSD pesando 0,75g), e meia folha de caderno com números aparentemente da contabilidade do tráfico, e uma carteira com os documentos do denunciado.

Questionado, o denunciado nada esclareceu acerca do ocorrido.

Logo, considerando-se a natureza, a quantidade e a forma de acondicionamento da substância apreendida e as circunstâncias em que se desenvolveu a ação, conclui-se que o denunciado trazia consigo drogas para fins de tráfico.

Ante o exposto, denuncio MIKAEL DA SILVA VICENTE, como incurso no artigo 33, caput da Lei n. 11.343/06 (...).”

(fls. 01/03).

A denúncia foi recebida em 27/04/2022 (fls. 123/124).

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 05/06), boletim de ocorrência (fls. 11/13), auto de exibição e apreensão (fls. 14/15), laudo de constatação provisória (fls. 17/20), exame químico-toxicológico (fls. 76/79), em consonância com as demais provas amealhadas aos autos.

Da mesma forma, a autoria é inconteste.

Preso em flagrante delito e interrogado na Delegacia de Polícia, na presença de sua advogada, o réu **optou pelo silêncio** (fls. 09).

Por r. decisão proferida aos 25/02/2022, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva (fls. 47/49).

Em cumprimento da liminar concedida por este E. Tribunal de Justiça, que revogou a prisão preventiva e concedeu a liberdade provisória ao réu, foi expedido alvará de soltura (fls. 137).

Interrogado em Juízo, o acusado **confessou a acusação**. Disse que trabalhava em uma vidraçaria e recebia R\$500,00 por serviço. Passava por dificuldades financeiras e aceitou a proposta de **transportar essas drogas** por cerca de R\$300,00. Pegou as drogas às 19:00 horas, as quais já estavam na mochila, e apenas iria transportá-las. Foi abordado sozinho (mídia digital).

Ouvido em Juízo, o Policial Militar *Felipe Moisés* relatou que realizavam patrulhamento de rotina pelo bairro Vila Renascença, quando

avistaram o réu caminhando em direção oposta à viatura e dispensar uma mochila vermelha. Então, realizaram a abordagem do acusado. Em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado. Contudo, no interior da mochila dispensada pelo réu, lograram apreender os entorpecentes (maconha, cocaína, LSD e *crack*), documentos pessoais do acusado e um papel de contabilidade do tráfico de drogas. Não havia mais ninguém no local. Indagado, o réu confessou a traficância, aduzindo que realizava o transporte das drogas de um bairro para o outro (mídia digital).

No mesmo sentido foi a versão apresentada pelo Policial Militar *Ronildo Piva Navarro*, acrescentando que o réu confirmou a propriedade dos entorpecentes (mídia digital).

Inquestionável a validade do depoimento prestado por Policiais Militares. É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que os agentes públicos, tais como policiais e guardas municipais, não são suspeitos apenas pela função que ocupam, podendo ser testemunhas em processo criminal.

Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não tem qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante.

De fato, posiciona-se a jurisprudência do C. STJ:

“os depoimentos de policiais, devidamente confirmados em juízo, constituem-se prova idônea à condenação” (STJ, 6ª Turma, HC 28417/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. 16.12.2004; in DJU de 06.02.2006; p. 326).

É nesse sentido também o entendimento do C. STF:

"VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. 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 [...]" (STF, 1.^a Turma, HC n.º 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 26.03.96: in DJU 18.10.96).

Não é crível que os policiais incriminariam o réu de forma gratuita. Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que tais depoimentos não mereçam total credibilidade.

O conjunto probatório deixou fora de dúvidas de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas, conforme a narrativa acusatória, o que afasta a possibilidade de absolvição ou desclassificação para o art. 28, da Lei de Drogas.

Em síntese, o réu **confessou a traficância de drogas**, aduzindo que transportava as drogas, mediante o recebimento de R\$350,00.

Em harmonia com a confissão apresentada pelo réu, os Policiais Militares responsáveis pela ocorrência informaram que, em patrulhamento pelo local dos fatos, avistaram o réu caminhando pela via pública e este, ao perceber a presença policial, dispensou uma mochila de cor vermelha, e seguiu caminhando. Realizada a abordagem, nada de ilícito foi encontrado na posse do acusado. Contudo, no interior da mochila dispensada pelo acusado, lograram apreender diversas porções de drogas. Indagado, o réu confirmou que transportava as drogas na mochila e aceitou receber o valor de R\$350 para tanto, visto que passava por dificuldades financeiras.

Diante da prova colhida, não resta dúvida de que o réu

praticou o crime de tráfico de drogas. Tal delito se consuma pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal. Quem traz consigo a droga já consumou a infração.

Anoto, por oportuno, que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, pois o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Ressalto o ensinamento de Fernando de Almeida Pedroso:

“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”.

A prisão em flagrante, a forma de acondicionamento das drogas, a quantidade e a variedade de tais drogas, a confissão do réu, os relatos dos policiais, enfim, as circunstâncias todas em que ocorreram os fatos deixam evidente a prática do tráfico de drogas.

Assim, de rigor a manutenção da condenação do réu como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Passo a analisar a dosimetria da pena.

Atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal,

e art. 42, da Lei nº 11.343/06, a pena-base foi fixada 1/2 (metade) acima do mínimo legal, em *07 anos e 06 meses de reclusão, e 750 dias-multa*, no mínimo legal. Para tanto, a r. sentença assim justificou: “*A quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos são expressivas e permitem exasperação da pena, tratando-se de 307,6g de cocaína, 750,3g de maconha e 0,75g de substância psicotrópica, divididas em 45 invólucros de papel plástico do tipo 'picote'.*”

No caso em tela, foram apreendidas 392 “*eppendorfs*” de cocaína pesando 239,1 g., 164 invólucros de maconha pesando 750,3g., 332 microtubos de cocaína pesando 68,5g e, por fim, 45 unidades de papel ilustrado no tipo “*picote*” de LSD pesando 0,75g. As várias substâncias encontradas (destaca-se a natureza mais lesiva da **cocaína**) resultariam numa considerável quantidade de drogas a serem comercializadas, capaz de atender inúmeros usuários, o que merece ser observado como circunstância absolutamente desfavorável ao acusado.

Já se decidiu: “No crime de tráfico de drogas, a **quantidade** e a **variedade** do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da lei 6.368/76 (atual Lei n. 11.343/06), que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esses fundamentos apresentam-se válidos para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes” (STJ, 5ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 18.10.2007, v.u.). No mesmo sentido: STJ, HC 84.269-MS, 5ª Turma, rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 11.12.2007, v.u.

A expressiva quantidade e variedade de drogas, inclusive de natureza altamente lesiva, justificam a exasperação da pena, nos termos da r. sentença.

Assim, a pena fica mantida nesta fase em *07 anos e 06 meses de reclusão, e 750 dias-multa*.

Na segunda fase de dosimetria, presente a circunstância atenuante da confissão, a pena foi reduzida de 1/6, perfazendo *06 anos e 03 meses de reclusão, e 625 dias-multa*, o que fica mantido.

Na derradeira etapa, a r. sentença **reduziu a pena em 2/3**, nos termos do **art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06**.

Neste ponto, o D. Ministério Público pleiteia o **afastamento** do referido redutor de pena, o que **deve ser acolhido**.

A r. sentença aplicou o redutor de pena por entender que não estaria comprovado nos autos que o réu se dedicava às atividades criminosas, além de ser primário, de bons antecedentes, e não integrar organização criminosa.

Respeitado tal posicionamento, a meu ver o referido redutor de pena não era cabível neste caso. O réu foi preso em flagrante delito, e foi apreendida expressiva quantidade e variedade de drogas embaladas que não podem ser consideradas desprezíveis. Destaca-se, ainda, o alto poder lesivo da cocaína e do LSD. Nessas circunstâncias, restou evidenciado que o réu detinha confiança de outros integrantes de organização criminosa para realizar tal transporte. Ainda, o réu não comprovou exercício de atividade lícita. Tudo indica que o réu se **dedicava à atividade criminosa, o que obsta** a incidência do redutor de pena.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE 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. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o

condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa.

2. No caso concreto, o paciente foi flagrado com 4,75g, na forma de 42 pedras de substância análoga ao crack, sendo inaplicável, portanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Por fim, indemonstrado, de plano, fato diverso que fragilize o decisum condenatório quanto à dedicação à traficância de drogas, impossível albergar a pretensão de realizar, através do writ, o revolvimento do conjunto fático-probatório que arrimou o mencionado fundamento.

4. Ordem denegada.

(HC 198.458/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011).

Por fim, conforme bem consignado pelo D. Representante do *Parquet* em suas razões recursais:

“Apesar de ser ele primário, é nítido que se dedicava às atividades criminosas. Isso se denota pela variedade (cocaína, maconha e LSD) e quantidade de drogas.

Assim, sua conduta é totalmente incompatível com a prática de tráfico ínfimo ou meramente eventual, de modo que não há dúvidas de que o apelado se dedicava à atividade criminosa pela qual foi condenado.

Ainda, importante ressaltar que, segundo consta do artigo 42 da Lei n. 11.343/06, o juiz, quando da fixação da pena, deverá considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, o que obsta o favorecimento do traficante que leva consigo grande variedade e quantidade de drogas para atender diversos tipos de consumidores, como no caso.

Ora, tem-se claro que o Magistrado não agiu em consonância com a norma acima citada, uma vez que, mesmo aumentando a pena base em razão da quantidade de droga apreendida, desadequadamente concedeu ao apelado o benefício do tráfico privilegiado, o qual, por sua vez, destina-se ao pequeno traficante. (...)” (fls. 236/242).

Assim sendo, acolhendo pleito Ministerial, **afasto o redutor de pena**, e redimensiono a pena aplicada, tornando-a definitiva em perfazendo *06 anos e 03 meses de reclusão, e 625 dias-multa*, no mínimo legal.

Quanto ao regime prisional, a Defesa busca o inicial aberto, enquanto que o d. Ministério Público busca o inicial, fechado.

A r. sentença fixou regime inicial **semiaberto**, o que também merece reforma, nos termos do recurso Ministerial. Incabível a aplicação de regime inicial aberto.

O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Reitera-se que, diante da pena aplicada e das circunstâncias do caso concreto, bem como em razão de tratar-se o tráfico de drogas de crime equiparado a hediondo, resta plenamente justificado o regime ora imposto. Regime menos gravoso, em face da maior reprovabilidade da conduta, não teria o condão de desestimular a prática de novos crimes, o que por si só já autorizaria o regime fechado.

No caso dos autos, repita-se, o acusado transportava substâncias **entorpecentes de natureza altamente nociva**, de forma que a maior reprovabilidade de suas condutas deve ser considerada para fixação de seu regime prisional.

Outrossim, ressalta-se que, como já consignado, o

tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo, sendo plenamente justificado o regime imposto.

No mais, trago à colação jurisprudência do C. Superior
Tribunal de Justiça:

“STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE NÃO SE TRATAVA DE TRAFICANTE EVENTUAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 integrarem organização criminosa. 2. Não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na negativa de reconhecimento

do tráfico privilegiado à paciente, dada a quantidade e variedade de drogas apreendidas com ela e os corréus - 9 porções de cocaína, com peso líquido de 14,2g (Marcelo), 6 porções de maconha, com peso líquido de 25,2g (Marcelo), 40 porções de cocaína, com peso líquido de 212,2g (Adriano e Josiane Mayara), 29 porções de maconha, com peso líquido de 141,7g (Adriano e Josiane Mayara) e 1 porção de cocaína, pertencente a José Roberto Georgetto, com peso líquido de 4,5g (e-STJ, fl. 30), além da apreensão de R\$ 1.379,00 em espécie, cuja origem lícita não foi satisfatoriamente demonstrada, e de petrechos para divisão e embalo de entorpecentes, consistentes em facas, balanças de precisão, eppendorfs e ainda, uma arma de fogo municada (e-STJ, fl. 31); tudo isso a denotar que ela não se tratava de traficante ocasional. 3. Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

4. Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da sanção - 5 anos de reclusão - admitir, em tese, a fixação do regime inicial intermediário, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, autoriza a fixação do regime mais gravoso; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em

detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda da paciente no regime inicial fechado.

Precedentes. 5. A substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos é inviável por expressa previsão legal, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 6. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no HC n. 905.390/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024) (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. **DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. No caso, a Corte estadual - dentro do seu livre convencimento motivado - apontou elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno

traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

3. O Tribunal de origem entendeu devida a manutenção do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, notadamente "diante da quantidade e variedade de drogas e dos indicativos da dedicação do apelante à narcotraficância", circunstâncias que, de fato, justificam a fixação de regime mais gravoso do que o cabível em decorrência da reprimenda aplicada.

4. Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, fica mantida a negativa de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP (sanção superior a 4 anos).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 1.849.818/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 30/4/2021.) (g.n.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A EXASPERAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. **REGIME INICIAL FECHADO**. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO

DE PENA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão de terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias do crime - por ter o paciente se valido de transporte coletivo para tentar chegar ao destino, diante da fronteira, bem como a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - mais de 3 Kg de cocaína, não havendo que se falar, portanto, em constrangimento ilegal a ser sanado.

2. Mostra-se irretocável o acórdão atacado, que, analisando as circunstâncias do caso concreto, entendeu por bem reduzir a pena em 1/4, não havendo, ainda, que se falar em bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

3. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do quantum de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que, no caso, o regime fechado se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 8 anos (diga-se, 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão), levando em conta a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do

artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

4. Mantida a pena definitiva do paciente em 4 anos, 8 meses e 8 dias de reclusão, resta superado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos.

5. Ordem denegada. (HC n. 204.642/MS, relator Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 2/8/2011, DJe de 24/8/2011.) (g.n.)

E também desta E. Corte:

“Conquanto a pena tenha sido fixada aquém do patamar de 08 (oito) anos de reclusão, necessários para a imposição do regime fechado (artigo 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal), consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína), bem como as circunstâncias da ocorrência, como se dá no caso em apreço, são fatores que podem justificar o regime prisional fechado como o mais adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal. Nesse sentido os seguintes julgados: HC nº 189.960/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 16.08.2012, HC nº 199.619/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe de 27.08.2012; HC nº 225.568/ES, Relatora Ministra

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 27.08.2012, HC 235182/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2013, e, por último, HC 283296/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 28.05.2014” (TJSP - Apelação Criminal nº 1501038-82.2023.8.26.0481, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Euvaldo Chaib, j. 30.09.2024). (g.n.)

APELAÇÃO – Artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 – **Condenação do réu à pena corporal de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo** – Autoria e materialidade do tráfico ilícito de drogas bem demonstradas pelas provas produzidas em fase judicial – Validade dos depoimentos policiais como elementos de prova – Manutenção da condenação que se impõe – Dosimetria – Reforma parcial - Primeira fase – Fixação da pena-base em seu mínimo legal ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu - Segunda fase – Exasperação da pena em $\frac{1}{4}$ em razão da reincidência do réu – Condenação apta a configurar reincidência não especificada – Folha de antecedentes juntada aos autos que não contém condenação com trânsito julgado anterior à prática do crime ora em análise sem que tenha transcorrido o período depurador de 05 anos - Agravante afastada – Pena provisória mantida em 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo Terceira fase – Ausência de

causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas – Impossibilidade de reconhecimento da figura privilegiada do art. 33, §4º da Lei 11.343/06 – Dedicção do réu às atividades criminosas - **Pena definitiva fixada em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo – Condições pessoais do réu que, apesar do quantum da pena inferior a 08 anos, autorizam a manutenção do regime inicial fechado nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal** – Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de suspensão condicional da pena diante do quantum da pena aplicada, superior a 04 anos – Inteligência dos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal, respectivamente – Apelação parcialmente provida, nos termos do presente Acórdão. (TJSP; Apelação Criminal 1513100-56.2021.8.26.0019; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Americana - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/08/2024; Data de Registro: 27/08/2024) (g.n.)

Assim, **fixo o regime inicial fechado para cumprimento da pena.**

No mais, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Primeiramente, em razão do redimensionamento da pena ora operado. E ainda que assim não fosse, sabemos que é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, vez que se trata de crime equiparado a hediondo.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

“Crime hediondo - Entorpecente - Tráfico - Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98, direcionada aos pequenos delitos, oportunizando ao condenado uma chance de adequar-se ao meio social sem que, para isso, tenha de ser segregado, com a Lei 8.072/90, que visa tratar com maior severidade os apenados por delitos odiosos.” (TJRS) RT 771/688.

“Entorpecente - Tráfico - Substituição de reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98 com a Lei 8.072/90, que equiparou essa espécie de crime aos hediondos, punindo o traficante com maior severidade, inviabilizando, inclusive, a concessão de benefícios, como a liberdade provisória e a progressão de regime.” (TJAP) RT 772/617.

É bem verdade que o Senado Federal editou a Resolução nº 05/2012, que dispõe:

“Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.”

No entanto, a decisão pela inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06, deu-se *incidenter tantum* pelo C. Supremo Tribunal Federal, em maioria apertada, e a Resolução foi editada com o intuito de expandir os limites subjetivos do *decisum*.

Não obstante, apesar da suspensão por

inconstitucionalidade do contido no § 4º do art. 33, tem-se que o art. 44 da mesma lei continua em pleno vigor, o qual dispõe:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

Além disso, o tratamento mais rigoroso estabelecido na Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício ou, ainda, do *sursis*, nos termos do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento ao recurso da Defesa, e dou integral provimento ao apelo Ministerial**, para redimensionar a pena para *06 anos e 03 meses de reclusão, e 625 dias-multa*, e fixar o regime inicial fechado para cumprimento da pena. Mantenho, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Comunicação à VEC.

Ely Amioka

Relatora