



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Registro: 2025.0000287328

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501335-84.2024.8.26.0536, da Comarca de São Vicente, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EVERTON DE JESUS CACIANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso ministerial a fim de condenar o apelado como incurso nas penas do artigo 33, caput, c.c. o § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal; substituir a reprimenda corporal por duas penas alternativas; e estabelecer o regime inicial aberto, na hipótese de descumprimento da benesse. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente) E ANTONIO B. MORELLO.

São Paulo, 26 de março de 2025.

NELSON FONSECA JÚNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Apelação Criminal nº 1501335-84.2024.8.26.0536

Juízo de origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente - SP

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Everton de Jesus Caciano

Magistrado: Rodrigo Barbosa Sales

Voto nº 21.486

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em exame

1. Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público da sentença que absolveu o réu Everton de Jesus Caciano da acusação de tráfico de drogas, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. O réu foi denunciado por portar e guardar diversas porções de entorpecentes, incluindo maconha e cocaína, sem autorização legal.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar a validade da busca pessoal realizada e consequente condenação do réu por tráfico de drogas, conforme a denúncia.

III. Razões de decidir

3. A materialidade do delito foi comprovada por boletim de ocorrência, laudos de constatação e exames toxicológicos que confirmaram a presença de substâncias entorpecentes.

4. A autoria foi corroborada por depoimentos de policiais que relataram a apreensão de drogas em posse do réu, legitimando a busca pessoal e domiciliar realizada.

IV. Dispositivo e tese

5. Recurso parcialmente provido. Condenação do réu por tráfico de drogas, com aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixação do regime inicial aberto.

6. Tese de julgamento: "1. A busca pessoal é válida quando há fundada suspeita, legitimando a apreensão de drogas. 2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é cabível quando preenchidos os requisitos legais."

Legislação citada: Código de Processo Penal, art. 240, 244 Lei nº 11.343/06, art. 33, caput, § 4º Código Penal, art. 59, 44

Jurisprudência citada: STF, RHC 229514 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 02/10/2023. STJ, AgRg no HC nº 755.632/BA, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma, j. 25/10/2022.

Cuida-se de recurso de apelação da sentença de fls. 175/180, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação penal e absolveu o réu

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Everton de Jesus Caciano da imputação que lhe foi intentada (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público apela buscando o reconhecimento da validade da busca pessoal efetivada, com a consequente condenação do acusado, nos termos da denúncia, que entendeu provada, sem aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, sem a substituição da carcerária por penas restritivas de direitos e com a fixação do regime prisional fechado (fls. 193/202).

O recurso foi recebido (fl. 203) e regularmente contrariado (fls. 206/214).

A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo provimento do apelo (fls. 229/244).

É o relatório.

O recurso procede em parte.

O apelado **Everton de Jesus Caciano** foi denunciado porque, no dia 29 de março de 2024, por volta de 01h45, na Rua Machado de Assis nº 1170, no Jóquei Clube, na cidade e Comarca de São Vicente/SP, trazia consigo e guardava 12 (doze) pequenas porções, 02 (dois) pedaços pequenos e 01 (um) pedaço grande de maconha; 07 (sete) porções de cocaína, pesando 11,0 gramas; 21 (vinte e uma) porções de maconha "Dry" pesando 10,0 gramas; 01 (uma) porção a granel de maconha, pesando 59,0 gramas; 93 (noventa e três) porções de K2; e outras 144 (cento e quarenta e quatro) porções de K2, substâncias estas entorpecentes, causadoras de dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

E, respeitada a compreensão diversa do Magistrado sentenciante, entendo que o delito de tráfico de drogas ficou devidamente comprovado.

De fato, a materialidade do delito está consolidada pelo boletim de ocorrência de fls. 04/08, apreensão descrita a fls. 13/14, laudo de constatação de fls. 15/16, além dos exames químico-toxicológicos de fls. 134/136 e 137/141, que evidenciaram a presença de tetrahydrocannabinol, responsável pelos principais efeitos farmacológicos da maconha, além de fornecer resultado positivo para cocaína.

A autoria é igualmente incontroversa.

Na delegacia, o negou a prática do delito (cf. fl. 17).

Em juízo, voltou a negar o crime, argumentando que estava em casa, acompanhado da família, quando um dos policiais entrou e o acusou de tráfico. Disse que, em seguida, outro policial entrou com uma sacola na mão, dizendo que se não assumisse o crime, levaria o filho dele para São Paulo/SP. Negou, ainda, a acusação de que possuía uma mochila com drogas e acrescentou não havia nada de irregular na casa. Aduziu, por fim, que trabalhava em sua bicicletaria, que montou com dinheiro recebido da indenização por acidente de trabalho, e que, na frente desse local, alguns traficantes costumavam vender drogas, porém, afirmou que não possuía relacionamento com essas pessoas (cf. audiovisual a fl. 142).

Sucede, no entanto, que a versão judicial apresentada pelo réu, além de inconsistente, não está em consonância com as demais provas dos autos.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Realmente, o policial Jorge Luiz Gea Correa, na esteira do que relatou na fase extrajudicial, contou em juízo que estava em patrulhamento naquele dia, quando o COPOM informou que uma pessoa havia entrado em uma residência e estava prestes a sair. Disse que a informação dava conta, ainda, de que na casa havia drogas, as quais o acusado pegaria para levá-las a outro local. Por isso, foi até o endereço e avistou o réu saindo do imóvel. Na companhia de outro policial, abordou o acusado e, na mochila, foram encontradas 105 (cento e cinco) porções da droga conhecida como K2, 21 (vinte e uma) porções da droga conhecida como "Dry", 07 (sete) *ependorffs* contendo cocaína e 03 (três) pedaços retangulares de maconha, além de R\$ 145,90 (cento e quarenta e cinco reais e noventa centavos) em notas variadas e moedas.

Prossegue, dizendo que, dentro da casa, havia martelo, balança, faca e um rolo de papel filme e mais 144 (cento e quarenta e quatro) porções da droga conhecida como K2, cujas embalagens eram idênticas às encontradas na mochila (tanto na forma em que estavam embaladas quanto na cor e conteúdo), e 01 (uma) porção de maconha, além de R\$ 200,00 (duzentos reais) em notas variadas. Relatou, ainda, que, indagado, **Everton** falou que era dono de uma bicicletaria e usava o comércio para vender drogas e estava indo abastecer o local (cf. fls. 09/10 e audiovisual a fl. 142).

No mesmo sentido foi o testemunho do também policial militar Edson de Oliveira Silva, que foi ouvido somente na delegacia (cf. fls. 11/12).

Diante de tais testemunhos, respeitado o entendimento diverso do Magistrado sentenciante, a meu ver, não se verifica qualquer indício de irregularidade na conduta inicial dos policiais, ou mesmo de nulidade da prova obtida na busca pessoal realizada no acusado, bem como da apreensão subsequente das drogas localizadas no interior do imóvel.

Isto porque, o artigo 240 do Código de Processo Penal

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

dispõe, *in verbis*: "A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

[...]

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

[...]

d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

[...]

h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior (grifei).

Mais adiante, o mesmo diploma legal prevê, em seu artigo 244: "A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar" (grifei).

No caso dos autos, os policiais militares ouvidos contaram que visualizaram o réu saindo da casa portando uma mochila. E sobre aquele imóvel havia uma "denúncia", recebida por eles via COPOM, dando conta da existência de drogas no local. Esses fatos demandaram a ação imediata e, assim, legitimaram a ação dos policiais em abordar o apelado e revistar a mochila que ele trazia consigo. E a desconfiança prévia se confirmou, quando os agentes públicos encontraram inúmeras porções de maconha, de maconha sintética e de cocaína na posse do recorrente.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Nesse sentido, aliás, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "*(...) A Constituição que assegura o direito à intimidade, à ampla defesa, ao contraditório e à inviolabilidade do domicílio é a mesma que determina punição a criminosos e o dever do Estado de zelar pela segurança pública. O policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é dever constitucional. 4. Fugir ao avistar viatura, pulando muros, gesticular como quem segura algo na cintura e reagir de modo próprio e conhecido pela ciência aplicada à atividade policial, objetivamente, justifica a busca pessoal em via pública. 5. Alegação de violação a domicílio. Caso concreto. Inocorrência. 6. Agravo improvido"* (RHC 229514 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julg. 02/10/2023, public. 23/10/2023 - grifei).

E, de acordo com a experiência dos agentes envolvidos na diligência, a ação descrita por eles não poderia deixar de ser cumprida naquele momento, ante a informação obtida, que gerou, como visto, a abordagem inicial e o encontro das drogas em poder o réu, provocando a necessidade subsequente de entrada na casa, local em que foram apreendidos mais entorpecentes, além de petrechos para seu manuseio.

Confira-se, também, nesse teor, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: "***PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. BUSCA PESSOAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO. [...] III - A respeito da busca pessoal realizada, sabe-se que o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal preceitua que será realizada 'busca pessoal***

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior'. Por sua vez, o artigo 244 do aludido diploma legal prescreve que 'a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar'. Da leitura dos referidos dispositivos, depreende-se que a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos. IV - In casu, ao contrário do que sustentado na presente insurgência, não há que falar em questão altamente subjetiva, mas no conjunto de fatores que configuraram-se as fundadas razões exigidas pela lei processual, uma vez 'quando sua guarnição visualizou 02 duas pessoas desconhecidas, que a guarnição ao fazer a aproximação verificou que se tratava de um casal, que o homem ficou nervoso com a abordagem policial' (fls. 75), tendo sido encontrado em poder do paciente as drogas, dinheiro e o celular arrolados no processo. Por conseguinte, havendo, de fato, fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada. [...]" (AgRg no HC nº 755.632/BA, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma, julg. 25/10/2022, DJe 04/11/2022 - grifei).

Na mesma esteira: **"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. Hipótese em que o Tribunal de origem, diante das circunstâncias peculiares**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

do caso - veículo parado em atitude suspeita, durante a madrugada, com quatro indivíduos em seu interior - entendeu haver fundada suspeita para a realização da abordagem pessoal, que resultou na apreensão de arma de fogo. A decisão vergastada está em consonância com o art. 244 do CPP e os elementos fáticos consignados no acórdão recorrido são legítimos para fins de busca pessoal. Rever a conclusão do aresto necessitaria do reexame do conjunto probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp nº 1.403.409/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 26/03/2019, DJe 04/04/2019 - grifei).

E mais: "**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 14 DA LEI N. 10.826/2003. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. ARTIGO 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDADA SUSPEITA DEMONSTRADA. DESCONFIANÇA POLICIAL PAUTADA NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. REDUÇÃO DA VELOCIDADE DO VEÍCULO E DESEMBARQUE COM O CARRO AINDA EM MOVIMENTO. TENTATIVA DE SE ESCONDER ATRÁS DE UM QUIOSQUE. INVIABILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, para a realização de busca pessoal, nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal, exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. Somado a isso, ressalvadas as hipóteses em que o automóvel é utilizado para fins de habitação, equipara-se a busca veicular à busca pessoal, sem exigência de mandado judicial, sendo suficiente a presença de fundada suspeita de crime (AgRg no RHC n. 180.748/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023). 3. Na hipótese, nos moldes da conclusão da Corte local, verifica-se que as circunstâncias prévias à abordagem**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

justificavam a fundada suspeita de que o paciente estaria na posse de elementos de corpo de delito, haja vista não ser natural a pessoa descer de um veículo ainda em movimento e tentar se esconder atrás de uma relojoaria, notadamente após visualizar a aproximação de uma viatura policial. Nessa situação, é possível extrair, a partir da documentação carreada aos autos, elementos fáticos que justificam a decisão de realizar a abordagem e a busca corporal. 4. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública (RHC n. 229.514/PE, Segunda Turma, relator Gilmar Mendes, julgado em 2/10/2023). 5. Ademais, verificada justa causa para a realização da abordagem policial, tomando-se como base o quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias, alcançar conclusão em sentido diverso demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, incabível na via do habeas corpus. 6. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC nº 864.865/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 28/11/2023, DJe 01/12/2023 - grifei).

Nesse cenário, no meu ponto de vista, não deve prosperar o entendimento de que não havia justa causa para as buscas pessoal e domiciliar que se seguiram e, conseqüentemente, de ilicitude da prova por elas obtida.

Isso porque, importa consignar, que o delito de tráfico de drogas se consuma com a prática de uma das condutas identificadas no núcleo do tipo, todas de natureza permanente, que, preexistentes à atuação policial, legitimam a prisão em flagrante, sem que se possa falar em flagrante forjado ou preparado, já que o réu, conforme as provas demonstraram, já trazia consigo e guardava os entorpecentes para entrega a consumo de terceiros, quando foi abordado pelos agentes públicos, de modo que o crime, repita-se, já estava consumado antes mesmo da ação policial.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Desse modo, restou claro que não houve qualquer irregularidade na ação policial que culminou na apreensão das porções de maconha e cocaína com o apelante.

Já o auto de fls. 13/14 dá conta que 12 (doze) pequenas porções, 02 (dois) pedaços pequenos e 01 (um) pedaço grande de maconha; 07 (sete) porções de cocaína; 21 (vinte e uma) porções de maconha "Dry"; 01 (uma) porção a granel de maconha; 93 (noventa e três) porções de K2; e outras 144 (cento e quarenta e quatro) porções de K2, além balança de precisão, objetos para manuseio de drogas e a quantia de R\$ 345,90 (trezentos e quarenta e cinco reais e noventa centavo) em dinheiro - cuja origem lícita não foi demonstrada -, realmente foram apreendidos naquele dia, tal como relatado pelos policiais em pretório.

Percebe-se, assim, que a prova dos autos apurou, de maneira segura, que o apelado guardava e trazia consigo as drogas apreendidas, quando foi surpreendido e preso em flagrante pelos policiais.

A quantidade e a forma como os entorpecentes estavam acondicionados, em porções já individualizadas e outras ainda por fracionar, aliadas às circunstâncias da apreensão e à prova oral, não deixam margem a dúvidas acerca da sua destinação mercantil.

Nem se diga, de outra parte, que os depoimentos dos policiais ouvidos em juízo são suspeitos ou indignos de credibilidade, eis que eles não teriam motivos para fazer uma acusação forjada ou mendaz contra o apelado, que sequer conheciam.

Demais disso, o fato de serem policiais, só por só, igualmente não invalidam os seus testemunhos, porquanto eles não estão impedidos de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

depor e se sujeitam a compromisso como outra testemunha qualquer.

Aliás, o depoimento vale não pela condição do depoente, mas pelo seu conteúdo de verdade. Sendo assim, estando em harmonia com as demais provas dos autos, como no caso em apreço, não há motivo para desprezá-lo apenas por se tratar de policial.

De mais a mais, a defesa do acusado não fez prova alguma de que ele foi vítima de uma "armação" por parte dos policiais que o prenderam em flagrante, ônus que lhe competia, por força do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal.

Em suma, a procedência da acusação pelo tráfico é mesmo de rigor.

Com essa conclusão, passa-se à individualização da pena.

Atento às circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput*, do Código Penal, fixo a base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no patamar raso; sem alterações, já na segunda fase, ante a ausência de agravantes e/ou atenuantes a serem consideradas.

Na derradeira etapa, tendo em vista que o acusado é primário, contra o qual não há prova nos autos que indique, de maneira indubitosa, que ele se dedicasse a atividades criminosas e tampouco integrasse organização dessa natureza, entendo cabível, no caso, a aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, na fração intermediária de 1/2 (metade), levando-se em conta a quantidade e a natureza mais perniciosa da cocaína e da maconha sintética (ambas de alto poder alucinógeno e viciante), observando-se que não foram consideradas na primeira fase da dosimetria as circunstâncias do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

artigo 42 da Lei Antidrogas, que deve ser interpretado conjuntamente à mencionada minorante, resultando numa pena final para ele de **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal**, à falta de mais modificadoras.

Considerando, também, a Resolução nº 5 do Senado Federal, publicada em 15/02/2012, que suspendeu a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, e presentes os demais requisitos legais (cf. artigo 44 do Código Penal), esta 10ª Câmara de Direito Criminal, em conformidade com o posicionamento já consolidado no STF, tem entendido, contudo, em casos como o aqui tratado, que é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (cf. Apelação nº 0010101-07.2011.8.26.0198, Rel. Des. Carlos Bueno, j. em 19/07/2012; Apelação nº 0011434-21.2011.8.26.0286, Rel. Des. Carlos Bueno, j. em 19/07/2012; Apelação nº 0010025-83.2010.8.26.0176, Rel. Des. Nuevo Campos, j. em 02/08/2012), motivo pelo qual, substituo a pena corporal do acusado por penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser indicada em sede de execução, dado o seu forte caráter pedagógico, e limitação de fim de semana, ambas pelo prazo da pena carcerária aplicada.

Confira-se, a respeito do tema, o julgado do Supremo Tribunal Federal: ***"PENA - TRÁFICO DE DROGAS - SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS - INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. A vedação à substituição da reprimenda privativa de liberdade pela restritiva de direitos, prevista na Lei de Tóxicos, foi declarada inconstitucional, ante o princípio da individualização da pena - habeas corpus nº 97.256, relator o ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 1º de setembro de 2010 pelo Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de dezembro imediato. PENA - EXECUÇÃO - REGIME DE CUMPRIMENTO. Não se tratando de réu***

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

reincidente, ficando a reprimenda no patamar de 4 anos e sendo as circunstâncias judiciais positivas, cumpre observar o regime aberto e apreciar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos - artigos 33 e 44 do Código Penal" (HC 125.188/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016).

E mais: **"Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Condenação. 3. Decisão do STJ que se limitou a determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem sem adentrar o mérito. Supressão de instância. Superação. 4. Regime inicial fechado. Deficiência de fundamentação. Constrangimento ilegal configurado. 5. A jurisprudência do STF consolidou entendimento de que a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 6. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto de início do cumprimento da pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo juízo das execuções criminais"** (HC 133.617/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016).

O regime prisional também não deve ser o mais gravoso, já que a nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, pela Lei nº 11.464/07, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial fechado nos casos de condenação pelo delito do artigo 33 da Lei Antidrogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27/06/2012, por entender-se que o dispositivo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

Além disso, a teor da Súmula Vinculante 59, estabeleço o regime **aberto**, no caso de não cumprimento da benesse.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ministerial a fim de condenar o apelado como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, c.c. o § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal**; substituir a reprimenda corporal por duas penas alternativas, na forma acima delineada; e estabelecer o regime inicial **aberto**, na hipótese de descumprimento da benesse.

NELSON FONSECA JÚNIOR
Relator