



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000323804

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500927-67.2024.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante EDIVALDO LEANDRO PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. negaram-lhe provimento. Readequaram, de ofício, a dosimetria penal para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis fixando a pena-base no mínimo legal; b) readequar a pena ao final imposta para 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9863

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1500927-67.2024.8.26.0189

Apelante: Edivaldo Leandro Pereira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO IMPROVIDO. MODULAÇÃO, DE OFÍCIO, DA DOSIMETRIA

I. DO CASO EM EXAME.

1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Edivaldo Leandro Pereira, contra a r. sentença que o condenou à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput. Pleito absolutório por insuficiência probatória. Pedido de reconhecimento e aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Pedidos de imposição de regime inicial mais brando para o início do cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO.

2. Policiais militares que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, visualizaram, o acusado conduzindo motocicleta, com volume na região da cintura. Abordagem. Abordagem. Acusado que trazia

consigo 509.19 gramas de maconha.

III. RAZÕES DE DECIDIR

6. Do crime de tráfico de drogas. Materialidade comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes dos policiais militares indicando o encontro do acusado portando 509.19 gramas de maconha. Credibilidade da prova que não foi afetada diante da ausência elementos de convicção em sentido contrário. Negativa do réu que se mostrou inverossímil.

5. Da dosimetria. 5.1. Afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis. 5.2 Ausência de agravantes e atenuantes. 5.3. Circunstâncias que permitem concluir pela dedicação do réu à habitual prática de atividades criminosas. Afastamento da figura do tráfico privilegiado. 5.4. Manutenção do regime prisional fechado. 5.5. Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. DISPOSITIVO

6. Recurso conhecido e, no mérito, improvido. Modulação de ofício dos critérios de dosimetria penal.

Legislação e Jurisprudência relevantes citadas: Lei n. 11.343/06, art. 33, caput e §4º; Código Penal, art. 33, §2º. STJ, HC n.º 165.561-AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016; STJ, HC n.º 404.514-PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018.

Trata-se de recurso de apelação interposto em favor de **EDIVALDO LEANDRO PEREIRA**, contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito **Ricardo Barea Borges**, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis, que o condenou à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Busca a defesa a absolvição do acusado sob argumento de insuficiência probatória a ensejar o édito condenatório. Pleiteia, ademais, pela aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, aduzindo que o acusado preenche os requisitos para tanto. Postula pela

desclassificação do delito imputado ao acusado para aquele previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06. Requer, por fim, a imposição de regime inicial menos gravoso para o início de cumprimento da sanção penal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (fls. 375/398).

Contrarrazoado o recurso (fls. 424/428), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 440/445).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Da apelação interposta pela defesa do réu

2.1. Breve síntese dos fatos

O réu foi denunciado e processado como incurso no art. 33, *caput*, porque, no dia 12 de junho de 2024, por volta das 18h50, na avenida Manoel Oliveira Verdi, próximo ao cruzamento com a Rua Geronimo Peres Filho, na cidade e comarca de Fernandópolis, trazia consigo e transportava, para fins de tráfico 5 porções de maconha, com peso líquido de 509.19 gramas, substância que causa a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação

legal e regulamentar.

Conforme consta na inicial acusatória, na data dos fatos, polícias militares realizavam patrulhamento preventivo quando notaram o réu conduzindo a moto Honda CG 125 Titan, placa BJX 1900, com volume na região cintura, fato que despertou a atenção dos agentes e motivou a abordagem. Em busca pessoal foi encontrado na posse do acusado, na parte dianteira da bermuda que vestia, um tijolo de maconha, dividido em 5 porções. Indagado, pelos policiais, o réu confessou que havia adquirido aquele entorpecente de uma pessoa chamada Leonardo e pretendia fracioná-lo e vendê-lo em porções menores ao preço de R\$ 50,00 (cinquenta reais) cada uma. Em perícia realizada posteriormente no aparelho celular apreendido na posse do acusado, foram identificados diálogos relacionados ao tráfico. Nesse cenário, conforme narrado na inicial acusatória, restou evidenciado que o acusado exercia, há meses, a mercancia de drogas, inclusive com serviço de entrega em domicílio, a afastar a minorante do tráfico privilegiado.

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 1/2). A custódia foi convertida em prisão preventiva (fls. 40/43). Finda a instrução, o acusado foi condenado nos termos da denúncia.

2.2. Da prova oral produzida

Em juízo, o policial militar Fernando Henrique da Cunha, responsável pela prisão em flagrante do réu, manteve a versão apresentada em solo policial. Por ocasião de regular patrulhamento, avistaram o acusado, o qual ostentava grande volume na linha da cintura. Diante daquele cenário, decidiram abordá-lo. Em busca pessoal, localizaram 500 gramas de maconha em posse do acusado. Disse que o acusado lhe disse que havia adquirido aquele entorpecente para revendê-lo, em porções menores. Por fim, relatou que não conhecia o acusado de abordagens anteriores.

No mesmo sentido convergiram os relatos do agente Gustavo Miravetti Tarlau, ouvido em ambas as fazes da persecução penal.

Santos Júnior, Givaldo Mendonça e Romilson Costa Mendonça narraram que trabalharam com o acusado. Disseram que nunca divisaram o réu na prática da traficância, tampouco consumindo entorpecentes.

Em solo policial, o acusado permaneceu em silêncio. Interrogado em juízo, negou a prática delitiva. Disse que era usuário de entorpecentes e que a droga apreendida em sua posse, no dia dos fatos, era destinada ao seu próprio consumo. Negou que fosse o interlocutor dos diálogos encontrados em seu telefone móvel. Justificou que seus amigos se valiam do seu celular para enviar mensagens.

2.3. Da valoração da prova

A materialidade do crime foi demonstrada. Com efeito, as substâncias apreendidas foram submetidas a exame de constatação o qual apurou sinais positivos para maconha (fls. 16/19). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada do laudo de exame químico toxicológico definitivo, o qual concluiu tratar-se de maconha com massa líquida de 509.19 gramas (fls.59/61).

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação do réu com as substâncias encontradas, as quais se destinavam ao consumo de terceiros.

Com efeito, os policiais militares Fernando e Gustavo apresentaram relatos seguros e uniformes, quando ouvidos em ambas as fases da persecução penal. Relataram realizavam patrulhamento preventivo, quando divisaram o réu, conduzindo uma motocicleta, com volume na região da cintura. A cena despertou suspeitas. Deram sinal de parada ao réu. Durante a abordagem, em busca pessoal encontraram em sua posse um tijolo de maconha, dividido em cinco porções menores. Questionado acerca dos fatos, o réu admitiu informalmente o envolvimento com o tráfico de drogas.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de policiais, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, a lei processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filou-se ao

princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar, com liberdade, as provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que compromettesse a idoneidade das testemunhas policiais. Ademais, os relatos são coincidentes. Assim, a prova fornecida pelos policiais é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

(...) O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes e indicaram os elementos de prova que levaram ao reconhecimento do crime de tráfico, é certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via estreita do writ.

(STJ - HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016).

Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.

(STJ - HC n.º 404.514-PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018)

As testemunhas arroladas pela defesa, não presenciaram os fatos narrados na inicial acusatória.

O acusado, é certo, não rechaçou a propriedade das porções de maconha apreendidas. Negou, contudo, fosse ela destinada ao comércio espúrio. A versão, contudo, soa pueril e inverossímil. Foi desmentida pelos policiais militares os quais, repita-se, prestaram depoimentos coesos e harmônicos em todas as oportunidades em que foram ouvidos.

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação.

A condenação foi a medida correta.

2.6. Da qualificação jurídica dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença.

A tese desclassificatória para a figura delitiva prevista no art. 28 da Lei de Drogas não merece prosperar. O fato de não ter sido flagrado executando atos de mercancia não é suficiente para afastar a responsabilidade pelo tráfico. Afinal, tratando-se de crime cometido em situação de clandestinidade, nem sempre é possível evidenciar a execução efetiva de atos de venda. No mais, sendo o tráfico crime de ação múltipla, configura-se a figura delitiva com a prática de um dos verbos núcleos do tipo penal elencado pelo art. 33 da Lei de Drogas, sendo desnecessária a flagrância de práticas comerciais. Ou seja, o próprio transporte de substâncias pode configurar o tráfico, desde que as circunstâncias do caso evidenciem a destinação da droga ao comércio ilícito de entorpecentes. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA. RÉU SOLTO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ESTABELECIDAS. AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. (...) 7. **É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento"** (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017). (...) 13. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 437.114/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL. INCLUSÃO EM PAUTA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP NÃO CARACTERIZADA. TRÁFICO. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. NULIDADES. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. SÚMULA 7/STJ. REPETIÇÃO DE TESES EXAUSTIVAMENTE AFASTADAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 3. **O crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 é do tipo penal de conteúdo misto alternativo ou de ação múltipla, ou seja, com previsão de inúmeras condutas delitivas, qualquer delas suficientes à caracterização do delito.** (...) 10. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 1131420/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 4. **O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento.** 5. Habeas Corpus não conhecido.

(STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

Na hipótese dos autos, a destinação comercial foi comprovada. Afinal, tratava-se 509.19 gramas de maconha. Ademais, há outros elementos que evidenciam a destinação comercial das substâncias.

Com efeito, após a obtenção de autorização judicial (fls. 40/43), o aparelho celular apreendido na posse do acusado foi submetido à perícia com a finalidade de extrair todos os dados ali armazenados. As informações obtidas, consistentes em trocas de mensagens de texto, foram compiladas em laudo pericial (fls. 62/140). Não há, é certo, menção direta aos entorpecentes, os quais são referidos pelo réu e demais interlocutores por nomes diversos. Todavia, depreende-se do laudo, o termo “chá” que significa maconha e “pó” que significa cocaína. A par de tais elementos, há menção e negociação de seu valor. É o que se depreende das mensagens abaixo transcritas, as quais, frise-se, foram trocadas antes da detenção do réu:

From:100006440087146 Tássia Menechelli: Boa.
09/05/2024 22:53:24(UTC+0)
From: Vc sabe quem tem chá e que entrega?
09/05/2024 22:53:38 (UTC+0)
From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner) To: 100006440087146 Tássia Menechelli: Agora sim já tem do borracha top
13/05/2024 15:10 (UTC+0)
From: 100006440087146 Tássia Menechelli: Vc traz kk
13/05/2024 16:01:51(UTC+0)
From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100006440087146 Tássia Menechelli: Quanto vc quer??
13/05/2024 16:04:20(UTC+0)
From: 100006440087146 Tássia Menechelli: 50
13/05/2024 16:05:02(UTC+0)
From: 100006440087146 Tássia Menechelli: Reais
From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100006440087146 Tássia Menechelli: Pra quer horas vc quer ou vc quer agora
13/05/2024 16:05:48(UTC+0)
From: 100006440087146 Tássia Menechelli: A hora que vc puder
13/05/2024 16:06:04(UTC+0)
From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100006440087146 Tássia Menechelli:Tem como ser lá na queda pracinha que vc pegou comigo perto do cemitério. ??
13/05/2024 16:07:15(UTC+0)
From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100006440087146 Tássia Menechelli: Tá então assim que vc estiver lá no jeito vc me avisa
13/05/2024 16:08:27(UTC+0)
From: 100006440087146 Tássia Menechelli: Ok obrigada
From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100006440087146 Tássia Menechelli: Que eu vou lá de moto
13/05/2024 16:08:39(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100006440087146 Tássia Menechelli: Ok
13/05/2024 16:08:41(UTC+0)

From: 100006440087146 Tássia Menechelli: Acabei de chegar na mãe

13/05/2024 18:03:08(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100006440087146 Tássia Menechelli: Beleza
13/05/2024 18:03:27(UTC+0)

From: 100006440087146 Tássia Menechelli: Me manda seu Pix
13/05/2024 18:03:58(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100006440087146 Tássia Menechelli: 17 996733312
13/05/2024 18:04:23(UTC+0)

(fls. 71/77).

[...]

From: 100002324675426 Alcemir Sousa: Suave
06/06/2024 18:12:46(UTC+0)

From: 100002324675426 Alcemir Sousa: E o
06/06/2024 18:12:46(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100002324675426 Alcemir Sousa: Vc fala o verde
06/06/2024 18:14:35(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100002324675426 Alcemir Sousa: ??
06/06/2024 18:14:39(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100002324675426 Alcemir Sousa: Ou pó??
06/06/2024 18:14:51(UTC+0)

From: 100002324675426 Alcemir Sousa: É sim mano
06/06/2024 18:15:28(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100002324675426 Alcemir Sousa: Tem sim
06/06/2024 18:17:23(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 100002324675426 Alcemir Sousa: 50tao 8g borracha
06/06/2024 18:17:32(UTC+0)

(fls. 93/94)

[...]

From: 61556159447843 Luciano Rocha: Salve
06/06/2024 20:06:21(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 61556159447843 Luciano Rocha: Boa
06/06/2024 20:06:33(UTC+0)

From: 61556159447843 Luciano Rocha: E o vrd
06/06/2024 20:06:39(UTC+0)

From: 61556159447843 Luciano Rocha: Tem ainda
06/06/2024 20:06:42(UTC+0)

From: 61556159447843 Luciano Rocha: 50 conto
06/06/2024 20:06:49(UTC+0)

From: 100074319640259 Edivaldo Leandro Pereira (owner)To: 61556159447843 Luciano Rocha: Tem sim
06/06/2024 20:06:58(UTC+0)
(fls.119/120)

Com efeito, as mensagens acima reproduzidas e que remontam a poucos dias antes da detenção do réu, tornam indubitoso o comércio daquelas drogas, notadamente maconha. Diante desse cenário, a alegação de que as drogas apreendidas se destinavam tão somente ao seu consumo restaram isoladas quando confrontada com o conjunto probatório. Os fatos assim postos levam à incidência da norma penal dada pelo art. 33 da Lei de Drogas.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. O réu é plenamente imputável.

3. Da dosimetria penal

Na primeira etapa, o i. Magistrado aplicou a pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/6, obtendo-se a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa. Justificou o aumento em razão da quantidade de drogas apreendidas. A operação comporta reparos.

A despeito da natureza da droga, a quantidade apreendida não era excessiva. Não se justifica, portanto, o aumento pretendido, até mesmo porque o legislador já estabeleceu patamares elevados de reprovabilidade para o tipo penal em tela. Assim, o aumento, no plano das circunstâncias judiciais, deve alicerçar-se em contexto fático que, de fato, indique maior reprovabilidade em atenção, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade como critério orientativo da retribuição penal. Nesse sentido, já se decidiu:

Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, não obstante a natureza e a diversidade sejam motivos para

exasperar a pena-base, verifico que a quantidade apreendida não é suficiente justificar o aumento, devendo a pena-base retornar ao patamar mínimo legal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(STJ, HC 410.095/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

Dessa forma, devolvo a pena base ao mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase da dosimetria, o i. Magistrado afastou a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada por entender que o acusado se dedicava, habitualmente, a atividades criminosas. Apontou, naquela ocasião, que os diálogos extraídos do aparelho celular apreendido na posse do réu por ocasião de sua detenção revelavam negociação de grande quantidade de entorpecentes.

Em que pese ser o réu primário e não registrar antecedentes criminais, estão presentes elementos concretos que evidenciam o alinhamento com atividades ilícitas. Nesse ponto, merecem destaque os diálogos mantidos pelo acusado com terceiros, nos quais, ao longo das semanas que antecederam a sua detenção, negociou a venda de drogas. Há, portanto, elementos concretos que evidenciam que as circunstâncias que cercaram a prática delituosa não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou mesmo com quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, às atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas. Por esse prisma, inviável a incidência do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006. Dessa forma, resta a pena final em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.

Por fim, o i. Magistrado fixou o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, o que não merece reparos.

Há elementos concretos que demonstram a maior reprovabilidade da conduta, consubstanciadas nas comunicações que revelam a venda habitual de entorpecentes na região. Não por outras razões afastou-se o tráfico em sua forma privilegiada. Assim, a despeito da primariedade, as circunstâncias específicas do caso concreto, mormente a expressiva quantidade de drogas, justificam o estabelecimento do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §2º, do Código Penal. Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 FIXADA EM FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. REGIME MAIS GRAVOSO. ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. QUANTIDADE SUFICIENTEMENTE ELEVADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

3. Na espécie, o Tribunal a quo consignou, à e-STJ fl. 878, que foram apreendidas em poder do recorrente 1,909kg de maconha, 4g de cloridrato de cocaína (no interior do veículo), além de 350g de maconha e 77g de cloridrato de cocaína (na residência do réu). Nesse contexto, dada a alta nocividade de uma das substâncias em questão (cocaína), a quantidade das drogas apreendidas com o recorrente, in casu, se mostra suficientemente elevada para a não incidência da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, constituindo fundamentação concreta e idônea para justificar a aplicação da benesse na fração intermediária de 1/4 (um quarto).

4. Quanto ao regime prisional, na hipótese dos autos, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, c/c o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, em que pese a reprimenda corporal final tenha sido fixada em patamar superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos - 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, inviável a imposição de regime semiaberto para o início do cumprimento

da pena, porquanto a quantidade e alta nocividade das drogas apreendidas justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tanto em razão da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, no caso concreto, quanto pelo não preenchimento do requisito do art. 44, inciso I, do CP, diante do quantum da pena aplicada. 6. Agravo regimental não provido.

(STJ-AgRg no REsp 1882286/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021)

Com relação à pena de multa, não há elementos que apontem para condições financeiras favoráveis da parte do réu. Assim, o valor do dia-multa é estabelecido em seu menor padrão monetário.

Por derradeiro, tendo em vista o montante de pena ao final aplicada, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*.

4. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento. Readéquo, de ofício, a dosimetria penal para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis fixando a pena-base no mínimo legal; b) readequar a pena ao final imposta para 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.**

MARCOS ZILLI

Relator