



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000326722

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501341-48.2023.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que são apelantes **DANILO BENEDITO MORENO, GABRIEL CAVALCANTI SOUZA e LEONARDO ROBERT DE LIMA**, é apelado **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por v.u., deram parcial provimento ao recurso de Gabriel para reconhecer o privilégio, reduzir a pena do tráfico a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias/multa, no mínimo legal; substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma supra aludida; e estipular o regime inicial aberto para a hipótese de reconversão; e a de Leonardo para reduzir a pena a 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias/multa, no mínimo legal (tráfico), e 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias/multa, no mínimo legal (apropriação indébita); e negaram provimento ao de Danilo. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de Gabriel Cavalcanti Souza., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores **ALEX ZILENOVSKI (Presidente)** E **ROBERTO SOLIMENE**.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

FRANCISCO ORLANDO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

@Apelação Criminal nº 1501341-48.2023.8.26.0400.

Apelantes: Gabriel Cavalcanti Souza

Danilo Benedito Moreno

Leonardo Robert de Lima.

Apelado: Ministério Público.

Vara Criminal da Comarca de Olímpia.

Voto nº 53.653 – Relator.

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I. Caso em Exame

Gabriel Cavalcanti Souza, Danilo Benedito Moreno e Leonardo Robert de Lima foram condenados por tráfico de drogas e apropriação indébita, com penas variando entre reclusão e multa, em regime inicial fechado e semiaberto. Absolvidos da imputação de associação para o tráfico.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em analisar (i) a busca dos réus pela absolvição por falta ou fragilidade de provas e (ii) a desclassificação da imputação para uso pessoal de drogas.

III. Razões de Decidir

3. A vítima prestou declarações seguras e convergentes, corroboradas por provas orais.

4. Os réus não apresentaram versão plausível para a posse do veículo e dos objetos encontrados.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso parcialmente provido para Gabriel e Leonardo, com redução de penas e substituição por restritivas de direitos para Gabriel. Recurso de Danilo desprovido.

Tese de julgamento: 1. A reincidência específica justifica agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 apenas em casos excepcionais. 2. O tráfico privilegiado não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes.

Legislação Citada:

Art. 33, da Lei Antidrogas, e 168, do CP.

Jurisprudência Citada:

Tema 1.172, STJ.

Ao relatório da respeitável sentença de fls. 658/671

acrescenta-se que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Olímpia julgou parcialmente procedente a ação para condenar **Gabriel Cavalcanti Souza**, **Danilo Benedito Moreno** e **Leonardo Robert de Lima**, respectivamente, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias/multa, no piso, e 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias/multa, no piso, no regime inicial semiaberto; 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias/multa, no piso, e 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias/multa, no piso, no regime inicial fechado; 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias/multa, no piso, e 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias/multa, no piso, no regime inicial fechado, por infração aos artigos 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, e 168, “caput”, do Código Penal, em concurso material, absolvendo-os da imputação do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformados, os réus recorrem em busca de absolvição por falta ou fragilidade de provas. Subsidiariamente almejam a desclassificação da imputação para o artigo 28, da Lei Antidrogas.

Danilo sustenta que negou os fatos; a droga era destinada ao consumo pessoal; sofre perseguição policial e abuso de autoridade; não foi flagrado vendendo drogas; é apenas usuário e a vítima se aproximou, pediu drogas para usarem juntos e depois saiu, deixando o carro no local.

Gabriel e Leonardo alegam que não há testemunha presencial; a palavra isolada da vítima não ampara a condenação; são dependentes químicos; ocupavam o veículo apenas para encontrarem o proprietário; não foi apreendido objeto relacionado ao tráfico; não houve

campana; forneceram drogas porque a vítima se aproximou e pediu para usar junto.

Contrarrazoados os recursos, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento de todos eles.

É o relatório.

Os Apelantes foram denunciados como incurso nas sanções dos artigos 33, “caput”, e 35, “caput”, ambos da Lei nº 11.343/06, e 158, “caput” e parágrafo 1º, do Código Penal, em concurso material, porque no dia 27 de março de 2023, em local incerto, na cidade de Olímpia, associaram-se entre si e com Claudinei da Silva (definitivamente absolvido, fls. 737) para o fim de praticarem o crime de tráfico de drogas; no dia 27 de março de 2023, por volta das 10:00 horas, na Rua Capitão Silvio e Rosina Salata, nº 74, Cecap, em Olímpia, previamente ajustados e agindo em concurso de pessoas com o corréu Claudinei (absolvido), guardavam, vendiam e transportavam, para entrega a consumo de terceiros, ***uma pedra grande de “crack”, pesando cerca de 23,7g (vinte e três gramas e sete decigramas)***, substância entorpecente que causa dependência química e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar; e entre os dias 26 e 27 de março de 2023, em uma mata próxima à cidade, em Olímpia, constrangeram a vítima Thiago Lemes de Moraes, mediante grave ameaça exercida com o emprego de um facão, e com o intuito de obterem para si indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

De acordo com a denúncia, o ofendido Thiago é usuário de drogas e, no dia 25 de março de 2023, foi até a “biqueira” dos Apelantes, onde ficou acordado que ele emprestaria o veículo Corolla do seu

genitor, o qual seria devolvido na manhã do dia seguinte, em troca de uma pedra de “crack”, do tamanho de uma bola de gude grande. Após a troca, Thiago passou a noite usando o entorpecente. Na manhã seguinte, ele foi buscar o veículo, no lugar combinado, mas os réus se recusaram a devolvê-lo. Além disso, para garantir a posse do automóvel e impedir que o ofendido saísse dali e procurasse ajuda para recuperar o carro, os Apelantes e o corréu levaram-no para o interior de uma mata e a todo momento o ameaçavam de morte, mediante o uso de um facão. Thiago permaneceu naquela mata e sob ameaças até o dia seguinte, quando conseguiu fugir e relatou os fatos à polícia.

Prossegue a peça acusatória narrando que os policiais começaram a patrulhar perto do bairro conhecido ponto de tráfico de drogas e depararam-se com o veículo da vítima, conduzido por Danilo. Ao notar a viatura, Danilo acelerou o automóvel. Na fuga, os policiais observaram que um objeto foi arremessado do interior do veículo. Realizada a abordagem, os policiais identificaram os Apelantes e o corréu como ocupantes do automóvel. Em busca veicular, foram encontrados o facão, a quantia de R\$ 382,00 (trezentos e oitenta e dois reais) e um aparelho celular. E no trajeto onde foi arremessado o objeto, foi localizado o entorpecente.

A materialidade está consubstanciada no auto de entrega do veículo (fls. 07), auto de exibição e apreensão (fls. 12), laudo de constatação de caráter provisório (fls. 36/38) e no definitivo da droga (fls. 199/201).

Inquirido na fase extrajudicial, Danilo negou a prática do tráfico de drogas e alegou que apenas pegou o carro emprestado, deu uma volta e foi abordado por policiais. Os outros presos são seus familiares e o entorpecente era para uso deles. Era proprietário de um bar e o dinheiro proveniente do seu trabalho. Admitiu a propriedade do facão (fls. 25).

Em juízo disse que era proprietário do bar, teve uma recaída no uso de droga, estava consumindo muito entorpecente e o bar se tornou uma espécie de “fumódromo”. No dia dos fatos, estava fumando “pedra” com os “meninos” quando o ofendido chegou de carro e pediu para fumar também. Então, o rapaz começou a fumar junto, pareceu que “deu um surto nele”, disse que sairia e saiu “vazado”, deixando o carro no local, com os documentos. Ficou preocupado e no dia seguinte foi procurar o ofendido, com os outros acusados. No trajeto foram abordados pela polícia. Compraram a droga para consumirem juntos, mas quando o “menino” viu a viatura a dispensou. Obedeceu a ordem de parada e foram abordados. No interior do veículo havia cachimbo e lata, inclusive porque estavam fumando dentro do carro. O dinheiro era fruto da venda de um freezer do bar. Admitiu que conduzia o veículo. Um menino lhe deu o facão e colocou no interior do veículo porque pretendia levar para seu rancho. Também havia bebida alcoólica no carro. Negou ter ameaçado ou mostrado faca para a vítima.

Gabriel e Leonardo permaneceram calados na fase policial e em juízo negaram o tráfico.

Gabriel alegou que estava usando drogas na casa de Danilo quando a vítima chegou na “fissura para usar”, então Leonardo “a salvou”. Após fumar o ofendido ficou “na loucura” e sumiu. Depois saíram a procura da vítima. Tinham feito uma “junção” para comprar a droga, destinada ao consumo conjunto. Passaram na casa de Claudinei, que queria beber cachaça, e foram para o bar. No trajeto houve a abordagem policial e dispensou a droga. Danilo conduzia o veículo. Negou negociação do carro com a vítima. Por fim, disse que o ofendido ficou aproximadamente meia hora com eles.

Leonardo também alegou que estava usando “crack” com Danilo e Gabriel quando Thiago apareceu de carro e pediu “para dar um trago”. Estavam com o cachimbo na mão. Entregou seu cachimbo para Thiago usar, ele deu um trago, ficou alucinado e saiu correndo, abandonando o carro no local, com o documento. Ficaram no local, viraram a madrugada, e somente na segunda-feira saíram para procurar o ofendido. Passaram na casa do corréu para beber pinga, porque o consumo de álcool ajudava a sair “da brisa” do “crack”, e procuravam Thiago, quando houve a abordagem. Não soube como foi a abordagem, porque estava dormindo. Thiago deu alguns tragos da droga antes de sair, mas não ficou muito tempo no local. Nunca tinha visto o ofendido.

O corréu Claudinei afirmou que os Apelantes passaram na sua casa na segunda-feira para tomarem “pinga”. Como não tinha, Danilo o chamou para ir até o bar. Foram até o bar de carro e houve a abordagem. Os Apelantes disseram que pegaram o carro emprestado de “um cara” e estavam a procura dele. Gabriel dispensou a droga, e os Apelantes estavam usando aquele entorpecente. Os Apelantes também contaram que o proprietário do carro é usuário de droga e estava fumando com eles.

A vítima Thiago Lemes de Moraes declarou em juízo que é usuário de drogas e já “alugou” o carro antes para conseguir entorpecente. Como havia “dado certo”, no dia dos fatos foi na “biqueira” e fez novamente o “aluguel”. Estava na cidade há pouco tempo e não conhecia ninguém. Deixou o carro do seu pai por volta de uma hora da madrugada, pegou certa quantidade de droga e o traficante falou que poderia buscar às 06:00 horas da manhã. No horário combinado o “pessoal” não devolveu o carro e continuou dando-lhe mais entorpecente. Ficou o outro dia inteiro

consumindo drogas; eles o levaram para “fumódromos” e casas abandonadas e tentaram coagi-lo. Deixou o carro com dois rapazes, um “meio loirinho” e um “magrinho”. Quando voltou para buscar eles disseram que o carro “já era”, que talvez o devolveriam depois. Eles deram mais duas ou três pedras de “crack”, voltou para a mata, usou a droga, retornou e o carro ainda não estava lá. Isso se repetiu durante o dia todo. Quando anoiteceu um travesti o levou até uma casa onde havia cerca de quatro pessoas e sentiu que aconteceria algo de ruim. Acredita que seria assassinado, mas conseguiu sair e foi até a “biqueira”, que era um bar meio abandonado. Conversou novamente com o rapaz, ele pediu para esperar, recebeu outra quantidade de droga e voltou para a mata. Era observado pelas pessoas. Um rapaz de olho verde o acompanhava nos fumódromos. Em determinada momento ouviu falarem “*é agora*”, mas conseguiu sair da casa. Um dos agentes estava armado, não sabendo precisar se era arma de fogo ou faca. Passou um veículo, eles imaginaram que era polícia, e então conseguiu fugir. Em determinado momento, no bar, viu um dos agentes com uma faca (punhal), questionou o que era aquilo, e ele deixou de lado. A polícia recuperou o veículo. Os agentes não o deixavam ir embora. No primeiro “fumódromo” havia um indivíduo vesgo e baixinho. Não se recorda se algum agente tinha tatuagem. Quando conseguiu fugir havia um agente mais gordinho, com cabelo raspado. Viu fotografias na delegacia e reconheceu os agentes, destacando o rapaz magrinho para quem entregou o carro. Soube que foram abordados quatro indivíduos no interior do carro e os reconheceu. Não foi agredido, nem coagido. Inicialmente recebeu cerca de quatro gramas de “crack”, e ao longo do tempo foi recebendo de duas em duas pedras.

Na fase extrajudicial a vítima esclareceu que um dos agentes possui alcinha de “Nardo” e trajava camisa laranja com listas azuis (fls. 05).

O policial militar Jorge Augusto Souza Novaes narrou que o pai da vítima foi à até a base da polícia e contou que o filho é usuário de drogas, saiu de casa com o carro sexta-feira à noite e retornou na madrugada de sábado para domingo sem o veículo. O ofendido contou para o pai que foi até a “biqueira”, e como estava sem dinheiro fez acordo com o carro, ou seja, emprestou o veículo em troca de entorpecentes. A vítima ficou usando droga e quando tentou pegar o carro foi ameaçada pelo “pessoal” e deveria esperar. Acreditando que seria agredido, o ofendido fugiu. Efetuou diligências nas 'biqueiras' e encontrou o veículo, ocupado pelos Apelantes e pelo corréu. Tentou efetuar a abordagem, mas o condutor acelerou. Na fuga foi dispensado um objeto branco e pequeno. Realizada a abordagem, verificou que Danilo era o condutor. Encontrou quase R\$400,00 em notas pequenas e um facão ao lado do banco do motorista. Indagados, eles disseram que pegaram emprestado o carro de um amigo e que apenas andavam pela cidade. Apurou que o objeto dispensado era uma cartela de cigarro contendo uma pedra grande de “crack”. Contra Claudinei havia mandado de prisão em aberto.

Manoel Mendes de Brito, o outro policial militar que participou da abordagem, prestou relato no mesmo sentido, confirmando que foram acionados pelo pai do ofendido, efetuaram diligências e viram o automóvel. Acrescentou que Danilo dispensou a droga.

E Luiz Sergio Castelo de Moraes, pai do ofendido, alegou que emprestou o carro para o filho e no domingo ele voltou sem o veículo, dizendo que não lhe devolveram. Então foi à delegacia e registrou a ocorrência. Pouco tempo depois o veículo foi encontrado. O filho contou que emprestou o carro em troca de drogas.

Pois bem. A análise aprofundada do conjunto probatório revela que é caso de manter a condenação.

A vítima prestou declarações seguras e convergentes, e seu relato foi robustecido pela prova oral colhida em contraditório.

Os Apelantes, de outro lado, além de terem admitido que estavam juntos no local quando a vítima chegou com o veículo em busca de entorpecente para consumir, não forneceram versão plausível para a posse do automóvel posteriormente, no interior do qual havia um facão e mais droga.

Danilo, inquirido na fase extrajudicial, alegou que apenas pegou o carro emprestado para dar uma volta, mas em juízo passou a dizer que foi com os demais acusados procurar o ofendido, por estarem preocupados, já que a vítima teria usado droga e sumido. E o policial Jorge afirmou em contraditório que além de Danilo ter tentado fugir da abordagem, ao serem indagados, os réus disseram que o carro era emprestado de um amigo.

Além disso, os policiais afirmaram que Danilo, condutor do automóvel, dispensou a droga, contrariando afirmação dos réus, no sentido de que foi Gabriel.

A versão exculpatória realmente não convence e foi bem rechaçada na sentença recorrida.

E embora a vítima não tenha precisado nomes ou

formalizado reconhecimento fotográfico ou pessoal, não há dúvida que os Apelantes ocupavam o veículo quando foram surpreendidos pelos policiais. Aliás, eles admitiram que também estavam na “biqueira” quando a vítima chegou de carro, e foi mencionado que um dos agentes era dono de um bar (Danilo admitiu ter herdado um bar) e citado o apelido “Nardo” (provavelmente Leonardo).

A tese desclassificatória não pode ser acolhida, pois os Apelantes passaram várias horas com o ofendido, fornecendo-lhe “crack” em troca do veículo, e depois foram surpreendidos no interior do automóvel, quando foi dispensada outra porção do entorpecente. E não foram apreendidos objetos comumente utilizados por usuários para consumo do “crack”.

No mais, a sentença desclassificou a imputação feita na denúncia para o delito de apropriação indébita, pois os Apelantes receberam o veículo da vítima, que o entregou espontaneamente em troca de drogas, mas em seguida passaram a agir como se proprietários fossem recusando-se a restituí-lo, conforme haviam ajustado com a vítima. O carro foi devolvido graças à intervenção da polícia.

Mantida a condenação, passo à análise das penas e dos regimes prisionais.

As básicas de Leonardo foram aplicadas no mínimo legal.

Na segunda fase foram majoradas em 1/3 por ser “*reincidente em crimes dolosos (específicas pelo delito de tráfico)*” (fls. 667).

A reincidência está devidamente comprovada (fls. 620/623), mas como a sentença não motivou a contento a fração que adotou, fica reduzida a 1/6 e as penas se concretizam em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias/multa, no piso (tráfico), e um ano e dois meses de reclusão e 11 dias/multa, no piso (apropriação indébita).

Invoco aqui o Tema 1172 do Superior Tribunal de Justiça: **“A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COMO ÚNICO FUNDAMENTO SÓ JUSTIFICA O AGRAVAMENTO DA PENA EM FRAÇÃO MAIS GRAVOSA QUE 1/6 EM CASOS EXCEPCIONAIS E MEDIANTE DETALHADA FUNDAMENTAÇÃO BASEADA EM DADOS CONCRETOS DO CASO”** (grifos da reprodução).

Com relação a Danilo não há o que reparar nas penas, pois os maus antecedentes estão comprovados nos autos (condenação por outro tráfico, a oito anos de reclusão, no regime inicial fechado, fls. 381/384 e 654/657) e justificam o incremento de 1/6.

E quanto a Gabriel as penas permaneceram no mínimo legal.

A sentença deixou de aplicar a causa especial de redução de pena aos fundamentos de que Gabriel dedicava-se às atividades criminosas, já que *“não comprovou o exercício de qualquer atividade laborativa lícita (tanto que foi surpreendido em via pública, numa segunda-feira, em horário comercial 10:00h, quando ordinariamente as pessoas estão trabalhando). Por outro lado, há demonstrativo suficiente de seu envolvimento no fornecimento de drogas para a vítima Thiago, às custas do veículo da*

vítima ('tomaram' o veículo dele), ao passo que, no dia seguinte, novamente esteve envolvido em contexto de drogadição, sendo surpreendido transportando drogas em conjunto com os demais acusados. Assim, não se pode conferir ao réu, diante destas peculiaridades, o mesmo tratamento que de dispensaria àquele que comercializa pequena quantidade de entorpecente, não demonstrando se tratar de um mero iniciante na seara criminal” (fls. 669).

Respeitado o posicionamento externado, na minha ótica tais fatores não inviabilizam o redutor.

Embora o legislador tenha estipulado como um dos motivos impeditivos da redução a dedicação do agente às atividades criminosas, não deixou claro o que isso significa. E tenho entendido que a atividade criminosa, aqui, deve ser interpretada como atividade outra, que não o próprio tráfico de drogas, porque a se admitir de forma diversa praticamente nenhum agente acusado de tráfico de drogas seria alcançado pelo favor legal.

Guilherme de Souza Nucci destaca que “*Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita*” (“Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, 5ª ed., São Paulo, RT, 2010, p. 372).

A ausência de comprovação de atividade laborativa

lícita não impede o benefício, porque a lei exige apenas que o agente seja primário, não ostente antecedentes criminais, não integre organização criminosa e não se dedique às atividades criminosas.

Daí porque em relação a Gabriel aplico o redutor na fração máxima __ critério que tenho adotado para a quantidade de droga apreendida __, e sua pena para o delito de tráfico fica concretizada em um ano e oito meses de reclusão e 166 dias/multa, no piso.

O regime prisional também deve ser abrandado, pois o Apelante é primário, possuía menos de 21 anos de idade na época dos fatos, foi beneficiado com o reconhecimento do tráfico privilegiado, a pena ficou abaixo de quatro anos de reclusão, e o fato de o tráfico de drogas ser equiparado a crime hediondo não inviabiliza a fixação do regime aberto, pois o Colendo Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.404/06, concluindo que ele contraria a Constituição Federal, especificamente no que diz respeito ao princípio da individualização da pena (*HC nº 111.840, rel. Min. Dias Toffoli*).

Aliás, a Suprema Corte afastou o caráter hediondo do chamado tráfico privilegiado: *“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio*

apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida” (Pleno, HC nº 118.533, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/06/2016 – grifos da reprodução).

E a privação de liberdade deve ser substituída por restritivas de direitos, pois o Colendo Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei Antidrogas, concluindo que ele contraria a Constituição Federal, especificamente no que diz respeito ao princípio da individualização da pena (*Habeas Corpus* nº 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli). E reconheceu repercussão geral da matéria tratada no Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 663.261 –, reafirmando a inconstitucionalidade das expressões “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” e “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*” constantes dos artigos 33, parágrafo 4º, e 44, respectivamente, ambos da Lei Antidrogas.

A privação de liberdade, então, fica substituída por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

A prestação pecuniária consiste na entrega de cestas básicas à entidade assistencial do local da infração, no valor de um salário-mínimo, vigente na data do efetivo cumprimento.

Por fim, o regime prisional fechado foi

fundamentado a contento e fica mantido em relação a Danilo (maus antecedentes por outro tráfico) e a Leonardo (dupla reincidência específica).

Ante o exposto, o meu voto **dá parcial provimento** ao recurso de **Gabriel** para reconhecer o privilégio, reduzir a pena do tráfico a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias/multa, no mínimo legal; substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma supra aludida; e estipular o regime inicial aberto para a hipótese de reconversão; e a de Leonardo para reduzir a pena a 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias/multa, no mínimo legal (tráfico), e 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias/multa, no mínimo legal (apropriação indébita); e **nega provimento** ao de Danilo. **Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de Gabriel Cavalcanti Souza.**

FRANCISCO ORLANDO

Relator