



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000336724

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0029159-51.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário KAYQUE MONTEIRO DE CASTRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **“Por maioria conheceram e deferiram parcialmente a presente Revisão Criminal interposta por Kayque Monteiro de Castro, para alterar o regime para o semiaberto. Vencidos os 3º, 8º e 9º, juízes que indeferiam”.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO GENZANI FILHO (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO, ALEXANDRE ALMEIDA, SÉRGIO MAZINA MARTINS, NOGUEIRA NASCIMENTO, CARLA RAHAL, GUILHERME G. STRENGER E XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Revisão Criminal nº 0029159-51.2024.8.26.0000 Comarca de São Paulo – Vara de Origem - 4ª Vara Criminal – Proc. nº 1526447-77.2022.8.26.0228

Peticionário: Kayque Monteiro de Castro

Corréu: Ronaldo Barboza Rodrigues de Souza

TJSP – 6º. Grupo de Direito Criminal

Voto nº 51449

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – DECISÃO CONDENATÓRIA CONTRARIOU A EVIDÊNCIA DOS AUTOS - PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA - ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 - IMPOSSIBILIDADE

— Os elementos de prova obtidos ao longo da persecução penal dão conta de que o peticionário, apesar de primário e não ostente maus antecedentes, o modus operandi empregado para a prática ilícita indica maior planejamento e requinte denotando sua dedicação a essa atividade criminosa, uma vez que o autor do delito teria sido contratado para realizar o transporte do entorpecente. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem; na medida em que o afastamento do tráfico privilegiado calcou-se na natureza de organização criminosa na qual o acusado encontrava-se envolvido, na estrutura organizacional, realçando cenário incompatível com o privilégio almejado, não necessariamente a quantidade e a natureza da droga apreendida.

ALTERAÇÃO DO REGIME — Possibilidade — Sendo o réu primário e a reprimenda corporal superior a 04 (quatro) anos de reclusão e inferior a 8 (oito), bem como ausente circunstância judicial desfavorável, o regime inicial semiaberto revela-se impositivo à prevenção e reprovação da conduta, nos termos do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal.
Revisão conhecida e parcialmente deferida.

Vistos.

1 — O peticionário Kayque Monteiro de Castro, foi condenado pela MMª. Juíza da 4ª Vara Criminal da Comarca

de São Paulo, ao cumprimento da pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, *caput* c.c artigo 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/06 (fls.162/172 – autos principais).

Inconformado, apelou o peticionário, tendo a C. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, datado de 29 de setembro de 2023¹⁸, negado provimento ao recurso (fls.277/302 – autos principais).

O v. acórdão transitou em julgado para o Ministério Público aos 17 de novembro de 2023, e para a defesa em 24 de outubro de 2023 (fls.314 - autos principais).

O peticionário, através da Defensoria Pública, interpôs a presente Revisão Criminal, alegando que, a decisão condenatória contrariou a evidência dos autos, requerendo, que seja efetuada a redução da pena, conforme determina o artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006, alegando que o *bis in idem* restou configurando, visto que a quantidade de drogas foi usada tanto para aumentar a pena-base quanto para afastar a fração não e a fundamentação da decisão impugnada, não descreve o preenchimento dos requisitos legais dispostos para a caracterização da organização criminosa, demonstrando a inidoneidade do afastamento do privilégio, requer a concessão de regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos, nos termos dos artigos 33, § 2º, c, e 44, *caput*, ambos do Código Penal, ou a fixação do regime inicial semiaberto (fls.05/18).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pela não conhecimento do pedido da Revisão Criminal (fls. 29/31 e 34/36).

É o relatório.

2 – Conforme o Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

Não obstante o art. 621, do CPP, dispor de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

“Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”(TJMS. Revisão Criminal 2010.010310-1. Rel. Juiz Manoel Mendes Carli. Seção Criminal. j. 21/07/2010. DJ 26/07/2010).

“Não é o caso de não-conhecimento do pedido, só porque a pretensão encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inoccorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento.” (TJMS. Revisão Criminal 2005.017954-4. Rel. Des. Carlos Stephanini. Seção Criminal. j. 20/03/2006. DJ 31/03/2006)

Desta forma, somente com o conhecimento da ação é que será possível analisar se a condenação contraria (ou não) a evidência dos autos.

O revisionando foi condenado pela conduta assim descrita na denúncia:

Que, no dia 21 de novembro de 2022, por volta de 16h40min, na Rua Benedito de Barros, 538, Capão Redondo, nesta Capital, associado com Ronaldo Barboza Rodrigues de Souza com o adolescente Kauan Monteiro de Castro, tinham em depósito, ocultavam e guardavam drogas - 38 tabletes de “Cannabis sativa L”, vulgarmente conhecida como “maconha”, 551 trouxinhas de “maconha”, 1,3 kg de “maconha” pronta para ser embalada em trouxinhas (33.005,8 g), 345 pedras de “crack” (42,2g), 71 pinos com cocaína (17,9g) - para fins de tráfico envolvendo adolescente, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo a denúncia, na ocasião acima indicada, policiais militares foram acionados para atender denúncia de tráfico de drogas em uma casa situada no local dos fatos, motivo pelo

qual para lá se dirigiram e, confirmando que tal delito estava mesmo a ocorrer, ingressaram no imóvel, onde se depararam com Ronaldo e Kayque, bem como com o adolescente Kauan manipulando entorpecentes para comercialização.

Assim, os agentes foram abordados e detidos dentro do referido “barraco”.

Em vistoria mais detalhada no local, os policiais encontraram as substâncias entorpecentes acima descritas - 38 tabletes de “Cannabis sativa L”, vulgarmente conhecida como “maconha”, 551 trouxinhas de “maconha”, 1,3 kg. de “maconha” pronta para ser embalada em trouxinhas (33.005,8 g), 345 pedras de “crack” (42,2g), 71 pinos com cocaína (17,9g) -, bem como duas balanças e dois aparelhos celulares” (pg. 32; sic).

Notificados ofereceu defesa prévia (fls.114/115). A denúncia foi recebida em 09 de fevereiro de 2023 (fls. 117/118).

A materialidade do delito está devidamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 33, do Boletim de Ocorrência de fls. 39/41, da prova oral coligida nos autos, bem como dos laudos periciais de fls. 35/38 (constatação), fls. 144/149 (entorpecentes), fls. 153/156 (balanças) e, pela prova oral produzida nos autos sob o crivo do contraditório.

O peticionário em seu interrogatório judicial afirmou que iria receber R\$50,00 para embalar. Estava dentro da casa, com seu irmão Kauan, ele tem 17 anos. Ronaldo não estava lá, estava com seu irmão. Estavam colocando a maconha nos pacotinhos. Era seu primeiro dia no “trabalho”. Sabia que era maconha. Não estavam com

cocaína. Tem 19 anos. Nunca foi processado. Tinha balança e guilhotina na casa.

O corréu Ronaldo negou a prática do delito, disse que estava na rua fumando maconha, foi abordado pelos policiais, tem “tatuagens de ladrão”, de tio Patinhas, irmãos Metralha. Ficou sentado e depois o levaram para a casa. Estavam na casa KAYQUE e outro rapaz, que não conhecia antes. Viu as drogas na casa. Foi incriminado pelos policiais, mesmo tendo sido absolvido. Foi abordado pelo policial Eliel, mas foi liberado. Nada tem contra eles. Os outros rapazes que estavam fumando maconha foram liberados.

O Policial Militar Eliel Darley Costa de Jesus Paulo, reconhecendo o réu em audiência, disse que o COPOM passou uma casa onde estaria sendo escondidas armas longas e drogas. Havia uma pessoa parada na porta da viela e entrou quando os viu. Na frente da viela tinha um cheiro muito forte de maconha e seguindo o cheiro, encontraram a casa onde estavam os réus e o menor, com as drogas. O local é um pequeno cortiço, 4 ou 5 casas. O local estava aberto. No local os três estavam sentados, em uma cama ou um sofá, embalando as drogas, cortando os entorpecentes. Havia balanças pequenas, guilhotinas.

Já o Policial Militar Alexandre Neves de Azevedo não mais se recordou da fisionomia dos réus para reconhecimento. Disse que estavam no Batalhão quando veio uma denúncia de grande quantidade de drogas e armas longas. Foram todas as equipes de ROCAM, um rapaz que estava no portão ingressou dentro do cortiço, havia um cheiro muito forte de maconha, entraram, viram uma casa com o portão aberto, dava para perceber que o cheiro vinha da

casa aberta. Não entrou na casa. Eram vários policiais de ROCAM. Não se recorda quem correu. Estavam os três rapazes sentados dentro da casa embalando a droga. Há filmagens das câmeras dos policiais disso. Não se recorda de ter abordado os acusados antes.

Portanto, a condenação era mesmo de rigor.

Importa salientar, a propósito, que o mérito da condenação não foi questionado.

Postula o peticionário a redução da pena, conforme determina o artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006, alegando que o *bis in idem* restou configurando, visto que a quantidade de drogas foi usada tanto para aumentar a pena-base quanto para afastar a fração não e a fundamentação da decisão impugnada, não descreve o preenchimento dos requisitos legais dispostos para a caracterização da organização criminosa, demonstrando a inidoneidade do afastamento do privilégio, requer a concessão de regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos, nos termos dos artigos 33, § 2º, c, e 44, caput, ambos do Código Penal, ou a fixação do regime inicial semiaberto.

Firmou-se entendimento no sentido de que em situações de evidente injustiça e erro técnico de dosimetria da pena, é possível a correção da reprimenda por meio da revisão. A respeito, colhe-se da jurisprudência:

“A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei. Inexistindo violação da lei e não demonstrada antecedente nulidade ou ilegalidade, não se pode, não tem cabimento, deferir revisão criminal para rever critérios de

individualização da reprimenda. Apenas decisão contra legem autoriza redução da pena em sede revisional” (RJDTACRIM 6/250).

Foram fixadas, sob os seguintes fundamentos:

“Passa-se, assim, ao exame da dosimetria.

Kayque Monteiro de Castro

Verifica-se que a pena-base foi exasperada em razão da quantidade e da variedade de droga apreendida. Respeitados os argumentos expostos pela combativa Defesa, reputa-se idônea a fundamentação para a exasperação da pena-base, pois o acusado foi preso na posse de mais de 33kg de THC em forma de 38 tabletes, 551 trouxinhas e mais 1,3 kg de “maconha” pronta para ser embalada (33.005,8 g), além de 345 pedras de “crack” (42,2g) e 71 pinos com cocaína (17,9g), quantidade que seria apta a atingir centenas de usuários. Assim, o aumento deu-se em conformidade com o artigo 42, da Lei nº 11.343/06.

Assim, mantém-se a basilar em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no piso.

Na segunda fase, em razão das atenuantes da confissão e da menoridade relativa, a reprimenda foi reduzida ao mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão e 500 (quinhentos dias multa), não sendo caso de falar-se em redução maior, em observância ao teor da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, diante da presença da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, as penas foram acrescidas de 1/6, restando definitivamente fixadas em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583

(quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.

Observa-se, ainda, que não era mesmo caso de aplicação do redutor de pena previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

Isto porque, nada obstante tenha a legislação de combate ao tráfico de entorpecentes (Lei nº 11.343/2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não era o caso de aqui considerá-la em favor do acusado, face a considerável quantidade de entorpecentes encontrados, o que denota rotina de proceder.

De fato, impensável que a criminoso neófito ou eventual se confiaria tamanha quantidade e variedade de entorpecentes, tendo em vista seu elevado valor potencial no mercado espúrio.

Nem se diga que a consideração de tais circunstâncias configuraria bis in idem, porque já consideradas na primeira fase da dosimetria. Isso porque, seria incoerente reconhecer a peculiar reprovabilidade da conduta do apelante para, em seguida, agraciá-lo com o benefício do “tráfico privilegiado”. E, também, porque as circunstâncias não são utilizadas nessa terceira fase para agravar sua situação.

(...).

O regime inicial fechado, outrossim, é o único possível para o caso em análise.

Isso porque, o tráfico de drogas é crime que fomenta a prática de outros tantos delitos, de maneira que o tratamento penal dispensado deve condizer com a gravidade que se apresenta. Destarte, regime inicial diverso do fechado não atenderia aos fins da

pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte do acusado, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da reprimenda.

Ademais, vale dizer, não é apenas o quantum da pena que define o regime, mas todas as circunstâncias do crime que, na hipótese, foi praticado em conjunto com adolescente, o que eleva a reprovabilidade da conduta do acusado.

Não há como desconsiderar, também, que o tráfico é devastador de seres humanos, de lares e por fim, da sociedade, mormente quando, como aqui, é ele praticado em grandes quantidades.

Daí que o julgador não se pode furtar à sua função social e deve aplicar o regime de acordo com tal responsabilidade.

Portanto, o regime inicial fechado bem se justifica no caso em exame.

(...).

Inviável, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não preenchidos os requisitos do art. 44, do Código Penal” (fls.287/294 – autos principais).

Da aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Mantenho a negativa do redutor de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, que a despeito da primariedade do peticionário, não se vislumbra possível a aplicação da regra prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, é inegável que se dedicavam à atividade criminosa.

Na hipótese, em que pese se tratar de réu

primário e com bons antecedentes, não é possível dizer que não se dedica a atividades criminosas ou que não integra/integrou organização criminosa.

As peculiaridades do caso concreto permitem concluir que ele se dedica à atividade criminosa, pois além da expressiva quantidade de drogas apreendidas {38 tabletes de “Cannabis sativa L”, vulgarmente conhecida como “maconha”, 551 trouxinhas de “maconha”, 1,3 kg de “maconha” pronta para ser embalada em trouxinhas (33.005,8 g), 345 pedras de “crack” (42,2g), 71 pinos com cocaína (17,9g)} e ainda, duas balanças”, o que indica dedicação do réu a atividades criminosas.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART.33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. CONCLUSÃO QUANTO À DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, n.11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa 2. A tese firmada no REsp n.1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33, da Lei n.11.343/2006 e n.11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com

base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n.725.534/SP, Terceira Seção do STJ). 3. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. 4. Consideram-se como outros elementos para afastar a minorante o modus operandi, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas, ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa. 8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n.720.589/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 24/6/2022.) (grifei)

Cumpru destacar que a nova Lei Antidrogas foi editada com o intuito de punir com maior rigor a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, atendendo, inclusive, ao anseio do constituinte de 1988, que equiparou a narcotraficância à prática de crimes hediondos (artigo 5º, XLIII, da Carta Magna).

Contudo, previu o legislador a figura do traficante eventual, que não faz do ilícito nefasto meio de vida.

Assim, para evitar que a este último fosse imposta sanção exagerada, estabeleceu a aplicação da causa de

diminuição de pena, a qual será adotada em caráter excepcional, ante o preenchimento de requisitos minuciosamente impostos pela lei.

Frente à complexidade da trama, aos valores e quantidades envolvidos, é evidente que os componentes do grupo, ainda que eventualmente e restritos ao caso presente, somente lançariam mão de pessoas com as quais mantivessem vínculo de confiança, desenvolvendo a ilicitude com cuidados e eliminação de riscos.

E operação como a constatada neste autos não se elabora ou executa-se de um dia para outro, apressadamente, mas, sim, organizada e cuidadosamente, através de pessoas ligadas por vínculo e comprometimento, o que comprova, inclusive, a dedicação a atividades criminosas, tanto é que aceitaram o serviço ilícito, sendo que terceiros confiaram considerável quantidade de entorpecente com alto valor no mercado ilícito.

E no exercício desse pacto, exteriorizando comunhão de propósitos, conjugação de esforços e distribuição de tarefas, em busca de proveito comum, o revisionando, como mencionado, auxiliavam no depósito do estupefaciente, certo de que nada fosse lhe acontecer.

Justamente por isso, para a formação do convencimento necessário, é lícito valer-se de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido e a infração, os quais, in casu, conduzem ao posicionamento aqui adotado. Não se trata, evidentemente, de alicerçar decreto condenatório em ilações ou meras conjecturas, mas em elementos de convicção concretos, reunidos fartamente nos autos.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. PEDIDO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. 2. Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, dentre outras razões, ante a importante quantidade do entorpecente apreendido, (42 invólucros de cocaína), o que denota que o recorrente se dedica à atividade criminosa. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na via do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ. (...)" (AgRg no AREsp 1032587/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – PRETENDIDA NEUTRALIZAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – INCABÍVEL – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA - PLEITO PELO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO CABIMENTO – DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – PEDIDO DE ABRANDAMENTO DE REGIME – INVIÁVEL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

DESFAVORÁVEIS – PLEITO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SUBSTITUTIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS – RECURSO IMPROVIDO. As circunstâncias do crime fogem da normalidade, pois o caminhão foi preparado, com compartimento oculto, para trazer a droga, na tentativa de dificultar a localização do entorpecente. Isso demonstra maior desvalor na conduta e justifica a negatificação e o acréscimo da pena-base. Embora o réu seja primário e não possua antecedentes, as circunstâncias em que ocorreram o delito, quais sejam, com a apreensão de elevada quantidade de entorpecente (2.200 kg de maconha), em veículo devidamente preparado, que seria destinada a outro estado da federação, impedem a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois indicam que o acusado dedicava-se ao crime. Restando a pena definitiva do apelante em patamar superior a quatro anos e inferior a oito anos, bem como em face da grande quantidade de droga apreendida, mais de uma tonelada de maconha, e a valoração negativa das circunstâncias do crime, o regime prisional adequado é o fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Mantida a pena em patamar superior a quatro anos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal. (TJMS. Apelação Criminal n. 0002421-67.2021.8.12.0017, Nova Andradina, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 04/12/2021, p: 10/12/2021).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006).

SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. DOSIMETRIA. INDEVIDA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RELATIVAS À CULPABILIDADE E A CONDUTA SOCIAL. REDUÇÃO DA PENA QUE SE MOSTRA POSSÍVEL. TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONJUNTO PROBANTE QUE EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. BENEFÍCIO INAPLICÁVEL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal 2012.049534-7, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. em 27.11.2012, v.u.).]

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. (omissis). 2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas. 3. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas. 4. O habeas

corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento." (STF, RHC 94806/PR, Rel. Min. Carmem Lúcia, Primeira Turma, j. 09/03/2010, p. DJe 16/04/2010. Ementa parcial).

Todos esses elementos são claros indicativos de que realmente o peticionário integra ou integrou organização criminosa, ainda que momentaneamente, e se dedicou à atividade ilícita de grande monta, evidenciando que não faz jus à causa de diminuição postulada.

Devo esclarecer que, a despeito de a quantidade de droga apreendida servir para se concluir pela presunção de integrar organização criminosa, tal não configura bis in idem, na medida em que o afastamento do redutor ora enfocado não decorre diretamente da quantidade de entorpecente, e sim do fato do revisionando se dedicar a atividades criminosas, realçando cenário incompatível com o privilégio almejado.

Importa repetir que, embora a moduladora específica (quantidade) tenha desabonado o réu na primeira fase da dosimetria, o não reconhecimento do tráfico privilegiado decorre do modo que se operou a narcotraficância, sendo que a quantidade de entorpecente confiada é apenas mais um elemento que corrobora o cenário de integração com organização criminosa ligadas ao tráfico de drogas.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO

ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O RÉU NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. 2. Não é irrisória a quantidade das drogas apreendidas, pois segundo consignado no v. acórdão, renderia mais de 100 porções para venda, além da variedade e natureza das drogas ser fundamento concreto para afastar o redutor. 3. 'É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida' (AgRg no AREsp 199.440/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 5/9/2012). 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp. 1.732.245/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DE OUTRA ATENUANTE NA SEGUNDA ETAPA DA DOSIMETRIA. NOVO CÁLCULO. TRÁFICO DE DROGAS. PENABASE. EXASPERAÇÃO PELA NATUREZA/QUANTIDADE.

POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INDICATIVOS DE QUE O RÉU SE DEDICARIA AO TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Na hipótese, uma vez constatada a presença concomitante de outra atenuante já aplicada anteriormente pelas instâncias ordinárias, além da confissão espontânea, ora reconhecida, torna-se forçosa a revisão do cálculo da pena, para reduzir a condenação. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, não há ilegalidade na exasperação da pena-base pela natureza e quantidade de drogas apreendidas, porquanto fixada nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, inexistindo ilegalidade ou desproporcionalidade patente a ser revista na estreita via do especial. 3. Afastada fundamentadamente a causa de diminuição da pena do crime de tráfico, ante a presença de elementos que revelariam que o réu se dedicaria ao tráfico, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, incabível na estreita via do corpus. 4. Não há falar em bis in idem ante a consideração da quantidade/natureza da droga na primeira e terceira fases da dosimetria tendo em vista a presença de outros elementos considerados pelas instâncias ordinárias como indicativos de dedicação ao tráfico. 5. Agravo parcialmente provido. Parcial provimento ao recurso especial interposto por Rodrigo Junio da Silva, fim de reduzi-lhe a condenação para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, fixando o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (AgRg no REsp n. 1.964.568/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe

de 11/3/2022.)

Dessa maneira, ainda que afastada a valoração da quantidade da substância apreendida em decorrência do reconhecimento do tráfico privilegiado, remanesce inviável a aplicação do redutor, considerando os apetrechos apreendidos relacionados ao tráfico e toda a investigação que culminou na prisão do réu demonstram que ele se dedica à atividade criminosa com habitualidade, inserido em organização criminosa, não sendo possível a diminuição pela ausência de preenchimento dos requisitos legais.

Afastando, portanto o pleito da concessão de regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos, nos termos dos artigos 33, § 2º, c, e 44, caput, ambos do Código Penal.

Da alteração do regime

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, deve ser ele o semiaberto. Nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, o condenado não reincidente, cuja pena superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

No caso em comento, observa-se que o réu é primário e a pena restou estruturada em patamar inferior a 08 (oito) anos, o que permite a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'b', do CP.

"Art. 33. [...] § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as

hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto."

Não havendo nos autos razões que justifiquem concretamente a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o previsto em lei para a quantidade de pena aplicada aos réus, forçosa se mostra manter o regime inicial semiaberto.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PACIENTE QUE NÃO ERA TRAFICANTE EVENTUAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REGIME PRISIONAL INICIAL. MODALIDADE INTERMEDIÁRIA. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS E QUE NÃO ULTRAPASSA 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR PENAS

*RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO ATENDIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. - No que toca à terceira fase da dosimetria, nos termos do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, os condenados 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 integrem organizações criminosas. Essa causa especial de diminuição de pena tem por objetivo conferir tratamento mais benéfico aos traficantes iniciantes e não imersos na prática criminosa. - Na hipótese, a minorante foi afastada com fundamento não somente na quantidade da droga apreendida, que não é relevante, mas considerando as circunstâncias do flagrante, tendo o agravante sido preso na companhia de corréu, na posse de entorpecentes, em conhecido ponto de tráfico, após denúncia anônima específica, bem como levando em conta que a prova oral indicou que ele e o corréu frequentavam aquele ponto e ponderando que o agravante já contava com anotação de ato infracional equiparado à prática da mercancia ilícita, tudo a indicar a dedicação à atividade criminosa. - **Relativamente ao regime prisional inicial, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando-se,***

também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, do Código Penal. Além disso, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF. - Em se tratando de réu tecnicamente primário, condenado a pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, com as circunstâncias judiciais presentemente todas favoráveis, com relevo para a quantidade não expressiva da droga apreendida, o agravante faz jus ao regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal. - Não atendido ao requisito objetivo da substituição da prisão por sanções alternativas, previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. - Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 651.523/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021) - destaquei.

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE DA DROGA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. 1. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos - independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso - que iniciem a expiação no regime mais gravoso. 2. A partir do julgamento do Habeas Corpus nº 118.776/RS,

esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento da conversão de pena também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente. 3. Considerando a quantidade de pena aplicada - 5 (cinco) anos de reclusão - a primariedade e os bons antecedentes do paciente, cabível o estabelecimento do regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade. 4. Entretanto, em razão da quantidade da droga (oitenta e um invólucros de cocaína sob a forma de crack e mais dois tabletes de maconha), inadequada a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos. 5. Ordem concedida em parte a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da privativa de liberdade.(HC 199.366/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 25/05/2011).

Assim, altero o regime para o semiaberto.

3 – Pelo exposto, conhece e defere-se parcialmente a presente Revisão Criminal interposta por Kayque Monteiro de Castro, para alterar o regime para o semiaberto.

Paulo Antonio Rossi
Relator