



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000347421

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501874-78.2024.8.26.0559, da Comarca de Mirassol, em que é apelante/apelado LUCIMAR HENRIQUE MOREIRA DINIZ, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao apelo defensivo; e deram provimento ao recurso ministerial para condenar Lucimar Henrique Moreira Diniz como incurso nos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/06 – excluída a incidência do redutor do § 4º do mesmo dispositivo – e 12, caput, da Lei nº 10.826/03 ao cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado; e 01 (um) ano de detenção em regime aberto, além do pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, afastada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Expeça-se mandado de prisão após o trânsito em julgado. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), TEIXEIRA DE FREITAS E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

GILBERTO CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501874-78.2024.8.26.0559

2ª Vara da Comarca de Mirassol

Apelantes/apelados: Lucimar Henrique Moreira Diniz e Ministério Público

Magistrado: Dr. André da Fonseca Tavares

Voto nº 27114

DIREITO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO, MUNIÇÕES E ACESSÓRIOS DE USO PERMITIDO. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. APELO MINISTERIAL PROVIDO.

I. Caso em Exame.

1. Recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e pela defesa contra r. sentença que condenou o acusado por tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo, munições e acessórios de uso permitido ao cumprimento de 01 ano e 08 meses de reclusão e 01 ano de detenção – ambas em regime aberto e substituídas por penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 salário mínimo) – e ao pagamento de 176 dias-multa no piso.

II. Questão em Discussão.

2. Analisar os pedidos ministeriais de (i) exclusão do redutor do § 4º do art. 33 da L. 11.343/06; (ii) fixação do regime inicial fechado para a reclusão; e (iii) afastamento da substituição das penas privativas de liberdade por sanções alternativas; bem como o pleito defensivo de (iv) remessa dos autos à origem para eventual oferecimento de proposta de ANPP.

III. Razões de Decidir.

3. O crime da Lei de Drogas tem pena mínima superior a 04 anos e não satisfaz a exigência do artigo 28-A do CPP para o oferecimento do acordo pré-processual, que, ademais, é inviável após a deflagração da ação penal com prolação de sentença condenatória, notadamente diante da alteração da pena final em sede de recurso. 4. A materialidade e a autoria dos delitos foram demonstradas pela confissão judicial do réu, depoimentos dos policiais civis e apreensão de razoável quantidade de entorpecentes (02 tabletes fracionados de *maconha* pesando 87,1 gramas e 01 porção de *cocaína* na forma de *crack*, com massa líquida de 9,52 gramas), dinheiro, balança de precisão, petrechos do tráfico, além do revólver *Taurus* calibre .22 com 05 munições, 07 munições calibre .38 e um carregador de pistola *airsoft*. 5. O afastamento da forma privilegiada do tráfico se justifica pelas circunstâncias da prisão, aliadas à explicação do acusado sobre a origem e finalidade dos armamentos, tudo a demonstrar a dedicação a atividades criminosas. 6. De rigor a alteração do regime inicial da reclusiva para o fechado diante da gravidade concreta da conduta, mantido o aberto para a detentiva nos estritos termos da pretensão ministerial (vedada a *reformatio in pejus*). 7. Inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos após a alteração das reprimendas, por expressa vedação legal.

IV. Dispositivo e Teses.

8. Recurso da defesa desprovido e apelo ministerial provido para condenar o réu como incurso nos artigos 33, caput, da Lei de Drogas; e 12, caput, do Estatuto do Desarmamento a 05 anos de reclusão em regime inicial fechado e 01 ano de detenção em regime aberto, além do pagamento de 510 dias-multa, no valor unitário mínimo, afastada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Teses de julgamento: 1. O ANPP se submete aos requisitos do art. 28-A do CPP e objetiva evitar a deflagração da ação penal, não se justificando sua aplicação retroativa, em sede de recurso, após a prolação da sentença condenatória. 2. A figura do tráfico privilegiado não se coaduna com a demonstração concreta de dedicação do acusado a atividades criminosas.

Legislação Citada: CPP, art. 28-A; L. 11.343/06, art. 33, caput e § 4º; L. 10.826/03, art. 12, caput; CP, arts. 59, III; c.c. 33, § 3º, 44, I e III; 69, § 1º; e 77, caput.

Jurisprudência Citada: STF – HC 191.124 AgR; STJ – Súmulas 231, 545 e 630, AgsRgs nos HCs 760.480/SC e 799.580/SP, AgRg no AREsp 780.522/SP; TJSP – Apelações Criminais 1500096-95.2023.8.26.0272, 1500742-54.2022.8.26.0559 e 1500150-59.2020.8.26.0630.

Trata-se de recursos de apelação contra a r. sentença de fls. 234/244, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou **Lucimar Henrique Moreira Diniz** como incurso nos artigos 33, *caput* (com a incidência do redutor do § 4º, na fração de 2/3), da Lei nº 11.343/06; e 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03 ao cumprimento de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 01 (um) ano de detenção, ambas em regime aberto – substituídas por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo tempo da privativa de liberdade e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo – e ao pagamento de 176 (cento e setenta e seis) dias-multa, no piso. Decretada a perda do valor apreendido em favor da União. Custas *ex lege*.

Inconformado, o Ministério Público apelou pugnando 1) o recrudescimento das penas do tráfico mediante exclusão do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, porquanto a guarda de considerável quantidade e variedade de entorpecentes, armas e munições evidencia a

dedicação do réu a atividades criminosas, atraindo a vedação legal à concessão do benefício; e, via de consequência, 2) a fixação do regime inicial fechado para resgate da pena de reclusão; com 3) afastamento da substituição das sanções privativas de liberdade por restritivas de direitos (fls. 259/265).

De seu turno, o réu apelou buscando 4) o reconhecimento da *“possibilidade do oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, com a remessa dos autos ao juízo a quo, viabilizando ao Ministério Público manifestar-se acerca da celebração do ANPP, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, [pois preenchidos] os requisitos para obtenção do benefício, tratando-se de uma solução mais justa e adequado para o caso concreto”* (fls. 310/317).

As insurgências foram regularmente processadas e contrariadas (fls. 279/290 e 323/325).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso defensivo e provimento do apelo ministerial nos exatos termos propugnados (fls. 334/338).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Prima facie, a pretendida remessa dos autos à origem para manifestação do Ministério Público sobre eventual oferecimento do acordo de não persecução será recebida como preliminar, mas não vinga, tendo em vista que o delito do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 possui pena mínima superior a 04 (quatro) anos e, portanto, não atende aos

requisitos do artigo 28-A do CPP.

Pontue-se, outrossim, que o objetivo do instituto é evitar a deflagração da ação penal – etapa aqui já ultrapassada –, razão pela qual é inviável sua aplicação neste momento processual, conforme o posicionamento desta C. Câmara¹ e da E. Corte², na esteira de precedente do E. STF³.

E ainda que assim não fosse, a pretensão está prejudicada diante do provimento do recurso da acusação⁴ – nos termos abaixo estabelecidos –, não restando dúvidas sobre a impossibilidade de incidência da transação diante da capitulação delitiva e da pena final *in concreto*.

Superada a questão prefacial, no mérito o apelo

¹ Em caso análogo, este E. Colegiado já pontuou que “o instrumento de política criminal previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal não constitui direito subjetivo do réu, cabendo ao Ministério Público, titular da ação penal, analisar a possibilidade de oferecimento da benesse”, destacando ser “inadmissível a aplicação retroativa do acordo diante do encerramento da prestação jurisdicional, com a prolação de sentença” (Apelação Criminal 1500096-95.2023.8.26.0272, Rel. Farto Salles, j. 08.04.2024). Com similar entendimento: Apelação Criminal 1501943-87.2021.8.26.0536; Rel. Zorzi Rocha, j. 05.12.2024; e Apelação Criminal 1506117-29.2020.8.26.0196, Rel. Marcos Correa, j. 20.02.2025.

² *Exempli gratia*: TRÁFICO DE ENTORPECENTES – Apelo da defesa – Prejudicial de mérito – Pedido de conversão do julgamento em diligência, a fim de se instar o Ministério Público a oferecer ANPP – Pretendida aplicação do disposto no art. 383, §1º, do CPP – Descabimento – **Momento processual inadequado – Medida despenalizadora que visa justamente evitar a deflagração da ação penal – Instrução criminal finalizada, com formação de título judicial condenatório** – Formulação da proposta de ANPP que constitui atribuição exclusiva do órgão de acusação, no exercício de sua discricionariedade administrativa – Inexistência de direito subjetivo do acusado – Precedentes do STF e STJ. PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA. (...) RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP – Apelação Criminal 1500742-54.2022.8.26.0559, Rel. Hugo Maranzano, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 23.08.2023 – g.n.).

³ “1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público ‘poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições’. 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020)” (HC 191.124 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 08.04.2021).

⁴ Nesse sentido: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recursos bilaterais. PRELIMINAR. Pretendida remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça para análise de cabimento de acordo de não persecução penal (ANPP). Inviabilidade. Instituto a ser aplicado na fase pré-processual. Parecer da PGJ nesse sentido. **Mesmo que assim não fosse, estaria prejudicado pelo provimento do Ministerial**. Rejeição. MÉRITO. Absolvção. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas, o que rechaça a almejada desclassificação ao delito do art. 28. MINISTERIAL. Cancelamento do redutor e regime fechado. Possibilidade. (...) TESES ANALISADAS E DEVIDAMENTE PREQUESTIONADAS. PROVIMENTO AO DO MP (TJSP – Apelação Criminal 1500150-59.2020.8.26.0630, Rel. Crescenti Abdalla, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. 27.10.2021 – g.n.).

ministerial deve ser provido, ao passo que a irresignação defensiva não comporta acolhida.

Restou comprovado que **Lucimar Henrique Moreira Diniz**, no dia 26 de setembro de 2024, por volta de 06h15, na rua Cândido Brasil Estrela, nº 2.921, apto 44-B, Cond. 2, Jardim São Bernardo, na cidade e comarca de Mirassol, guardava e tinha em depósito, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 02 (dois) tabletes fracionados de *maconha*, pesando 87,1 gramas; e 01 (uma) porção de *cocaína* na forma de *crack*, com massa líquida de 9,52 gramas, substâncias estas entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Na ocasião foram apreendidos R\$ 529,00 (quinhentos e vinte e nove reais) em dinheiro; 01 (um) telefone celular; 01 (um) canivete; 01 (uma) balança de precisão; 01 (um) pote plástico e 01 (uma) lâmina com resquícios de entorpecentes; além de embalagens diversas.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local, **Lucimar Henrique** manteve sob sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 07 (sete) munições calibre .38, 05 (cinco) munições calibre .22, 01 (um) carregador de pistola *airsoft* e 01 (uma) arma de fogo calibre .22, marca *Taurus*, todos de uso permitido.

A materialidade está consubstanciada no laudo de constatação (fls.16/18), fotografias (fls.19/32 e 83), laudo pericial dos objetos apreendidos (fls. 95/98), da arma e munições (fls. 223/227) e dos acessórios (fls. 99/103); e, principalmente, no exame químico-toxicológico (fls. 91/93), que resultou positivo para as substâncias *tetrahydrocannabinol* (*THC*) e *cocaína* (na forma de *crack*), de uso proscrito no Brasil conforme

listas da Portaria SVS/MS nº 344/1998 e atualizações posteriores (Portaria SPTC nº 136/2020).

A autoria, igualmente, é incontroversa e sequer foi questionada por **Lucimar Henrique**, que, aliás, é confesso. Ouvido em Juízo, disse que passava por um momento difícil e resolveu “*aproveitar a oportunidade*” para tentar ganhar dinheiro. Recebeu “*de um rapaz*” a droga, os contatos dos “*clientes*” e a arma, da qual poderia precisar caso alguns usuários tentassem “*folgar*”. Fazia pouco menos de dois meses que aderira ao tráfico e está muito arrependido (disponível no e-SAJ).

Ora, a confissão judicial, como se sabe, é elemento importantíssimo de prova que somente pode ser desconsiderado em virtude da presença de circunstâncias excepcionais – exaustivamente comprovadas – que tornem duvidoso seu valor. Do contrário, não há motivo para descartá-la, pois ninguém assume a autoria de um delito sem que o tenha efetivamente praticado.

Mas não é só.

Os policiais civis Fabiano Gonçalves de Souza e Bráulio Ferreira Valadares, responsáveis pela prisão do réu e apreensão das drogas, arma e demais itens, narraram os fatos de forma coesa, harmônica e segura. Durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar expedido nos autos nº 1502024-80.8.26.0358, foram com a equipe de apoio até a residência do acusado. Realizaram a incursão e após lerem o teor da ordem aos moradores, **Lucimar Henrique** confessou que havia *maconha* dentro de um pote plástico na geladeira. Durante as varreduras na cozinha foram encontradas a balança de precisão e as embalagens plásticas; no quarto, localizaram primeiro a porção de *crack*, o

dinheiro e as munições calibre .38; depois, o celular e uma maleta contendo o carregador de pistola *airsoft*. Acompanhados do acusado, dirigiram-se até a garagem do condomínio e, na vaga correspondente ao apartamento, estava a pistola *Taurus*, desmuniada, enrolada em um pano dentro de um coldre de couro, juntamente com as munições calibre .22 (disponível no e-SAJ).

Está pacificado na jurisprudência que a condição de policial – seja militar ou civil, estadual ou federal – por si só, não invalida os seus testemunhos, porquanto eles não estão impedidos de depor e se sujeitam a compromisso como outra testemunha qualquer⁵.

Noutro vértice, as testemunhas arroladas pela defesa de **Lucimar Henrique** – Carlos Augusto Gonçalves e Gislene Lopes Diniz (mãe do acusado) – não puderam socorrê-lo, pois afirmaram nada saber sobre os fatos (disponível no e-SAJ).

Enfim, a anêmica, incoerente e lacunosa prova testemunhal da defesa não abalou, nem de perto, o seguro conjunto probatório produzido pelo Estado-acusação.

Consolidadas, no caso, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do tráfico, ou seja, os elementos da prova testemunhal e a razoável quantidade de entorpecentes (02 tabletes fracionados de maconha, pesando 87,1 gramas; e 01 porção de *cocaína* na forma de *crack*, com massa líquida de 9,52 gramas – cf. laudos de fls. 16/18

⁵ Vide o sedimentado entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: “Sobre o tema, registre-se, por oportuno, que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão dos recorrentes constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, como ocorreu no presente caso. (...) A jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso” (STJ – AgRg no AREsp nº 2.256.875/MG, Rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª Turma, j. 06.06.2023, DJe 12.06.2023). No mesmo sentido: AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe 28.06.2021; e AgRg no AREsp nº 1.016.674/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 16.03.2017, DJe 23.03.2017.

e 91/93 e fotografias de fls. 19/32), além de dinheiro, telefone celular e demais petrechos típicos da mercancia espúria.

Registre-se, pois oportuno, que o crime de tráfico de drogas se consuma com a prática de quaisquer das condutas descritas no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo despcienda a comprovação de atos de mercancia para sua caracterização⁶.

Evidenciada, também, a posse irregular de arma de fogo, munições e acessórios de uso permitido, conforme prova oral e laudos de fls. 99/103 e 223/227. Com efeito, bem asseverou o i. perito subscritor, *litteris*:

[...] *Foram examinados:*

1 – Um **COLDRE** de couro, usado, de tamanho pequeno, da cor marrom e possuindo sete células para acondicionar munições;

2 – Um **CARREGADOR** de arma do tipo airsoft, usado, de plástico preto e metal e sem identificação de fabricante;

3 – Uma **MALETA** retangular, usada, de plástico preto, da marca Rossi e com 283 por 178 milímetros. No

⁶ Nesta toada: “Ademais, este Tribunal Superior entende que a **subsunção típica prescinde da efetiva prática de atos de mercancia**, pois o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla ou de conteúdo variado, de forma que se consuma com a prática de qualquer um dos verbos nucleares descritos no tipo penal” (STJ – AgRg no AREsp nº 1.803.460/ES, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022, g.n.); “O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que ‘para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente’ (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014)” (STJ – AgRg no HC n. 801.250/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 17.04.2023, DJe 24.04.2023).

interior da maleta havia uma esfera de plástico branco com 6,0 mm de diâmetro.

Era o que havia a relatar. [...] – fl. 100 (destaques no original).

[...] DOS EXAMES:

1º) Qual a natureza da arma examinada?

*R: Foi examinado um **REVÓLVER**, usado, com a superfície possuindo acabamento oxidado, da marca Taurus, do calibre nominal “22”, de número de série 4042, de cano de alma raiada possuindo seis raias dextrógiras e 100 milímetros de comprimento, de carga pelo deslocamento lateral do tambor – este com seis câmaras, de percussão radial, de cão aparente, de pino isolado e de cabo possuindo lateralmente placas de plástico marrom.*

2º) A arma está carregada? Com munição de qual espécie?

R: Não, porém acompanhavam:

*A – **CINCO CARTUCHOS** de munição de arma de fogo, carregados, intactos, do calibre 22, da marca CBC e dotados de projéteis de chumbo de formato ogival, que eram eficazes para a realização de disparo, conforme verificado em teste aqui realizado;*

*B – **SEIS CARTUCHOS** de munição de arma de fogo, carregados, intactos, do calibre 38 CURTO, da marca CBC, do tipo SPL TREINA e dotados de projéteis de chumbo de formato ogival, que eram eficazes para a realização de disparo, conforme verificado em teste aqui realizado;*

*C – **UM CARTUCHO** de munição de arma de fogo, recarregado, intacto, do calibre 38 e dotado de projétil de chumbo de formato ogival, que era eficaz para a realização de disparo, conforme verificado em teste aqui realizado.*

3º) A arma pode ser utilizada para a realização de disparo e para a prática de crime?

*R: **Sim**, a arma é eficaz para a realização de disparos, conforme constatado em ensaios experimentais aqui realizados.*

4º) A arma examinada apresenta vestígios produzidos por disparo recente?

*R: **Sim**, pois a pesquisa de resíduos de pólvora combusta realizada no cano da arma, com reagentes químicos analíticos específicos para o íon nitrito, apresentou resultado **POSITIVO**.*

Era o que havia a relatar. [...] – fl. 224 (grifos no original).

Impende ressaltar que o crime de posse irregular de arma de fogo, acessórios e munições é de mera conduta e de perigo abstrato, não exigindo resultado naturalístico para sua configuração⁷.

Portanto, a prova colhida era mesmo suficiente e segura para demonstrar a responsabilidade penal de **Lucimar Henrique Moreira Diniz** pelos crimes dos artigos 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; e 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Passa-se à dosimetria das penas.

As bases foram assentadas nos pisos de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa para o tráfico; e 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa para o crime do Estatuto do Desarmamento.

Sem alterações na segunda fase, a despeito da confissão espontânea de **Lucimar Henrique** – reconhecida nos termos das Súmulas nº 545⁸ e 630⁹ do C. STJ –, porquanto vedada a redução aquém dos patamares (Súmula nº 231 do C. STJ¹⁰).

Na derradeira etapa, assiste razão ao Ministério Público quanto à inviabilidade do reconhecimento do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Como é cediço, os requisitos legais, restritivos e

⁷ Neste sentido é o entendimento do C. STJ: “Os delitos previstos no Estatuto do Desarmamento são crimes formais, de mera conduta e de perigo abstrato e se consumam independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, sendo o dano presumido pelo tipo penal. Assim, como regra geral, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e porte de arma de fogo ou munição, notadamente porque não se cuidam de delitos desprovidos de periculosidade social em face mesmo da natureza dos bens jurídicos tutelados e do princípio da proteção eficiente” (REsp nº 1699710/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07.11.2017, DJe 13.11.2017). Com idêntico posicionamento: AgRg no AREsp nº 2274058/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15.08.2023, DJe 18.08.2023.

⁸ “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

⁹ “A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio”.

¹⁰ “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

cumulativos, da benesse não são a “*quantidade ou a qualidade*” das drogas (circunstâncias que devem ser consideradas somente na fase da fixação das penas-base – vide artigo 42 da Lei 11.343/06), mas sim a avaliação, com base nas provas, se o acusado é “*primário*”, “*de bons antecedentes*”, “*não integra organização criminosa*” e “*não está envolvido com atividades criminosas*” (§ 4º, segunda parte, do artigo 33 da Lei 11.343/06). Nesta ação penal, com clareza solar, **Luciano Henrique**, embora primário, “*está envolvido com atividades criminosas*” porque guardava e tinha em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, razoável quantidade e variedade de entorpecentes (02 tabletes fracionados de maconha, pesando 87,1 gramas; e 01 porção de *cocaína* na forma de *crack*, com massa líquida de 9,52 gramas – cf. laudos de fls. 16/18 e 91/93 e fotografias de fls. 19/32), além de dinheiro em espécie, balança de precisão e demais petrechos. Além disso, manteve sob sua guarda uma arma de fogo, munições e acessórios – recebidos de seu fornecedor e destinados a salvaguardar o negócio contra usuários “*folgados*”, conforme admitido pelo próprio réu (disponível no e-SAJ) –, circunstâncias concretas que, no mínimo, levam à conclusão de que, com habitualidade, recebe o entorpecente (mediante compra ou consignação) do grande traficante para, na sequência, comerciá-lo no varejo em porções¹¹. Ademais, não se olvide que a benesse tem natureza excepcional – e não regra geral – e assim deve ser tratada, sob pena de indevido esvaziamento das sanções em abstrato cominadas para o delito de tráfico de entorpecentes tipificado no *caput*, aliás, ainda equiparado a hediondo¹².

¹¹ “V – ‘podem ser considerados como 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, de modo fundamentado, ficar evidenciado o envolvimento do agente com organização criminosa’ (AgRg no HC n. 749.116/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), DJe de 28/10/2022, grifei)” (STJ – AgRg no HC nº 799.580/SP, Rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª Turma, j. 28.08.2023, DJe 31.08.2023).

¹² AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE PENAS. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. A equiparação do tráfico de drogas a delitos hediondos decorre de previsão constitucional assente no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou-se em que as alterações providas pela Lei 13.964/2019 apenas afastaram o caráter hediondo ou equiparado do tráfico privilegiado previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, nada dispondo sobre os demais dispositivos da Lei de Drogas. 3. Agravo regimental desprovido (STJ – AgRg no HC nº 760.480/SC, Rel. Min. João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), 5ª Turma, j. 07.03.2023).

Destarte, ausentes outras modificadoras e aplicado o concurso material de infrações (CP, artigo 69), as reprimendas resultam definitivas em **05 (cinco) anos de reclusão; 01 (um) ano de detenção e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Diante de tal quadro, o regime inicial da reclusiva deve ser alterado para o **fechado**, pois a gravidade concreta da conduta – já minuciosamente analisada – desautoriza e incompatibiliza o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigos 59, III; c.c. 33, § 3º, do Código Penal); mantido, no entanto o regime **aberto** para a detentiva nos estritos termos da pretensão ministerial (vedada a *reformatio in pejus*).

Cumpridos, nessa quadra, os comandos de fundamentação das Súmulas nº 440 do C. STJ; 718 e 719 do E. STF, independentemente da quantificação da pena-base.

Incabível, neste passo, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão de *sursis* (CP, artigos 44, I e III; 69, § 1º; e 77, *caput*), considerando-se a soma das penas pelo concurso material¹³.

Em remate, escorreita a decretação do perdimento do valor apreendido, nos termos dos artigos 61; e 63, I; e § 1º da Lei nº 11.343/2006, com a redação dada pela Lei nº 13.840/19 (*pacote anticrime*),

¹³ Sobre o requisito objetivo do artigo 77, *caput*, do CP, Cléber Masson destaca: “Em se tratando de concurso de crimes, seja qual for sua espécie, a pena resultante da pluralidade de infrações penais não pode ultrapassar o limite legal” (Código penal comentado. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp. 412/413). Nesse sentido é o posicionamento do C. STJ: “Em caso de concurso material de crimes, a análise do preenchimento dos requisitos objetivos para a concessão da permuta da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou do *sursis* deve considerar a soma das penas fixadas, nos termos da Jurisprudência desta Corte Superior” (AgRg no AREsp nº 780.522/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 14.08.2018, DJe 24.08.2018). Ou ainda: “[...] Embora os referidos delitos, ao serem individualmente considerados, admitam a substituição da pena e o *sursis*, quando conjugados, afastam os benefícios, tendo em vista que cometidos em concurso material, considerando-se a soma das penas. Precedentes” (HC nº 197.657/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02.02.2016, DJe 15.02.2016).

e do enunciado do Tema nº 647 de Repercussão Geral¹⁴, por se tratar de produto da infração penal e inexistir qualquer demonstração documentada de sua origem lícita.

Ex positis, **nega-se provimento** ao apelo defensivo; e **dá-se provimento** ao recurso ministerial para condenar Lucimar Henrique Moreira Diniz como incurso nos artigos 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 – excluída a incidência do redutor do § 4º do mesmo dispositivo – e 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03 ao cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado; e 01 (um) ano de detenção em regime aberto, além do pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, afastada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Expeça-se mandado de prisão após o trânsito em julgado.

GILBERTO FERREIRA DA CRUZ

Relator

¹⁴“É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal”.