



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000361201**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500438-98.2023.8.26.0210, da Comarca de Guaíra, em que é apelante KAUAN JOSE VIEIRA DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. deram-lhe parcial provimento, para: a) fixar a pena-base no mínimo legal; b) reconhecer o trafico privilegiado e impor, na terceira fase, a redução da pena em 2/3; c) modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto; d) impor ao apelante a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e o pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006; e) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, os quais serão detalhados pelo juízo da execução, mantendo-se, no mais, a r. sentença em seus termos**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 11 de abril de 2025.

**MARCOS ZILLI**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**Voto n. 9911**

**16ª Câmara de Direito Criminal**

**Apelação Criminal n. 1500438-98.2023.8.26.0210**

**Apelantes: KAUAN JOSÉ VIEIRA DE OLIVEIRA**

**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Guairá**

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. REDUÇÃO DA PENA, COM APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

#### **1. CASO EM EXAME**

Recurso de apelação interposto pela defesa contra a r. sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Guairá, que condenou o apelante como incurso no delito tipificado pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Pedido de absolvição por insuficiência de provas ou, alternativamente, redução da pena imposta, com reconhecimento do tráfico privilegiado, imposição de regime inicial mais brando e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

#### **2. FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO**

Apelante que foi condenado porque, nas circunstâncias descritas na denúncia, trazia consigo e entregou, para fins de tráfico, 5 tubos plásticos do tipo eppendorfs contendo cocaína, com peso líquido de 1,66 grama.

#### **3. RAZÕES DE DECIDIR**

**3.1. Condenação adequada.** Materialidade delitiva comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes dos policiais militares que presenciaram a entrega das substâncias apreendidas, identificando o réu como o seu vendedor. Tentativa do usuário em afastar a responsabilidade do acusado que deve ser desconsiderada. Negativas do réu isoladas e não comprovadas.

**3.2. Pena-base estabelecida acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, da personalidade e da conduta social do acusado. Maus antecedentes que devem ser afastados. Condenações posteriores aos fatos e ausência de informações sobre o trânsito em julgado. Registro da prática de ato infracional que, por outro lado, não configura infração penal. Circunstância que não se mostra idônea a justificar a exasperação da pena-base. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios. Referem-se ao modo de ser e de agir do autor do delito, os quais não podem ser deduzidos dos antecedentes criminais. Precedentes. Afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, com fixação da pena-base no mínimo legal. Atenuante da menoridade relativa corretamente reconhecida. Incidência da Súmula 231 do STJ.**

**3.3. Tráfico privilegiado caracterizado. Acusado primário sem antecedentes criminais. Inexistência de elementos que afirmem a sua dedicação à prática de atividades criminosas ou o envolvimento com organização criminosa. Registro de atos infracionais que não impedem o reconhecimento do privilégio. Quantidade não expressiva. Aplicação do redutor em seu patamar máximo (2/3).**

**3.4. Imposição do regime fechado em sentença. Acusado primário. Pena aplicada abaixo de 4 anos. Modificação para o regime aberto. Cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Afastamento do caráter hediondo uma vez reconhecido o tráfico em sua forma privilegiada.**

#### **4. DISPOSITIVO**

**Recurso parcialmente provido.**

#### **5. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CITADAS**

**Lei 11.343/2006, art. 33, caput e §4º; Código Penal, art. 33, §2º e art. 44. STJ, HC 165.561/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 02.02.2016, DJe 15.02.2016. STJ, HC 404.514/PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06.03.2018, DJe 12.03.2018. STJ, HC 623.117/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 09.02.2021, DJe 12.02.2021. STJ, REsp 1702051/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 06.03.2018, DJe 14.03.2018. STJ, HC 355.752/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 05.12.2017, DJe 12.12.2017. STJ, HC 190.569/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 28.08.2012, DJe 12.09.2012. STJ, HC 472.654/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 21.02.2019, DJe 11.03.2019. STJ, REsp 1760972/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 08.11.2018, DJe 04.12.2018.**

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de **KAUAN JOSÉ VIEIRA DE OLIVEIRA**, contra a r. sentença proferida pela **MM.<sup>a</sup> Juíza de Direito Renata Carolina Nicodemos Andrade, da 2<sup>a</sup> Vara da Comarca de Guaíra**, que, julgando procedente a ação penal, condenou-o à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 582 dias-multa, no mínimo, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006 (fls. 227/238).

A defesa pugna pela absolvição por insuficiência de provas, aduzindo que o conjunto probatório não demonstrou tivesse o apelante comercializado as drogas apreendidas pelos policiais. Alternativamente, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal, imposição de maior diminuição em decorrência do reconhecimento da menoridade relativa e reconhecimento da minorante do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, com a fixação de regime menos gravoso e substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 253/272).

Contrarrazoado (fls. 278/280), a d. Procuradoria de Justiça, em parecer, opinou pelo parcial provimento do apelo, para que seja reduzida a pena imposta ao apelante e fixado o regime inicial intermediário (fls. 288/298).

### **Eis, em síntese, o relatório.**

#### **1. Do juízo de admissibilidade recursal**

A apelação deve ser admitida.

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

## 2. Do recurso de apelação interposto

O acusado foi denunciado e processado pela prática do delito tipificado pelo artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, porque, no dia 27 de fevereiro de 2023, por volta das 14h, na Avenida 35-A, n. 2100, Mutirão III, na cidade e Comarca de Guaíra, trazia consigo e entregou, para fins de tráfico, 5 tubos plásticos do tipo eppendorfs contendo cocaína, com peso líquido de 1,66 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 66/68).

Conforme narrado pela denúncia, policiais militares realizavam patrulhamento quando avistaram o acusado, que era conhecido por seu envolvimento com o comércio de entorpecentes, entregando substâncias ilícitas para um usuário. Ao notar a aproximação dos agentes de segurança, o réu empreendeu fuga de bicicleta, de modo que somente o usuário foi abordado. Em busca pessoal, os milicianos apreenderam 5 pinos contendo cocaína.

A persecução penal foi instaurada mediante portaria. Ao final, o acusado foi condenado nos termos da denúncia.

### **A condenação foi correta.**

As substâncias foram submetidas a exame químico-toxicológico definitivo, o qual apurou o encontro de 5 eppendorfs contendo cocaína, com peso líquido de 1,66 gramas (fls. 58/59).

Não há dúvidas quanto à vinculação do acusado com as substâncias, que se destinavam ao consumo de terceiros.

Quando do registro do boletim de ocorrência, os policiais militares José Roberto Quiles Gonçalves e Deivid Rúbio de Moraes narraram que realizavam patrulhamento quando flagraram o acusado, que já era conhecido dos meios policiais por seu envolvimento com o tráfico de drogas, entregando substâncias ilícitas para Anderson Alexandre Ricardo. O policial Quiles conseguiu deter Anderson, mas o acusado empreendeu fuga de bicicleta e atravessou uma ponte. Em poder de Anderson, encontraram 5 eppendorfs de cocaína (fls. 09/10).

Sob o crivo do contraditório, o policial militar Deivid Rúbio de Moraes confirmou os relatos anteriormente prestados. Disse que realizava patrulhamento quando viu o acusado entregando drogas para um rapaz identificado como Anderson. Acelerou a viatura, momento em que o réu empreendeu fuga, atravessando uma passarela na qual somente bicicletas e motocicletas trafegam. Abordou Anderson, encontrando, nas mãos dele, cinco pinos de cocaína. O usuário informou ter adquirido os pinos do indivíduo que fugiu, pelo valor de R\$ 10,00 cada. Viu, nitidamente, o momento em que as drogas foram entregues e conseguiu identificar o réu porque ele era conhecido dos meios policiais. Não teve dúvida em reconhecê-lo. O local da abordagem era um conhecido ponto de venda de drogas. Ressaltou que o réu continuou praticando o tráfico depois dos fatos e foi inclusive abordado por policiais. Não se recordou da distância em que estava quando viu o acusado, mas destacou que os fatos aconteceram em um quarteirão pequeno, de aproximadamente trinta metros.

No mesmo sentido convergiram os relatos do policial militar José Roberto Quiles Gonçalves em juízo. Realizava patrulhamento pelo Bairro Mutirão III, que era conhecido por abrigar a venda de entorpecentes. Quando virou a esquina da Avenida 35-A com a Rua 46-A presenciou o réu entregando algo para o usuário Alexandre Ricardo. O acusado fugiu de bicicleta e atravessou uma passarela de pedestres assim que percebeu a viatura. O usuário foi abordado e, nas mãos dele, encontrou 5 pinos de cocaína. O usuário admitiu ter comprado as substâncias do acusado. Sabia que o réu tinha envolvimento com o tráfico desde a menoridade, destacando que depois dos fatos o viu em uma biqueira. Não teve dúvida de que o réu foi o responsável pela entrega das drogas. Estava a cerca de 3 metros de distância quando viu a entrega das drogas.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de policiais militares, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, o modelo processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filiou-se ao princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar as provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que compromettesse a idoneidade das testemunhas. Desse modo, a prova fornecida pelos agentes de segurança é apta para a formação da convicção a respeito do delito. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

**O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso.** (STJ - HC 165.561/AM, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe de 15/2/2016.)

**Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade** (STJ - HC 404.514/PE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/3/2018, DJe de 12/3/2018.)

Em sede policial, a testemunha Anderson Alexandre Ricardo confirmou a condição de usuário, bem como a aquisição dos eppendorfs de cocaína apreendidos por R\$ 50,00. Negou-se a informar o nome do vendedor, mas confirmou ter ele fugido quando os policiais apareceram (fls. 11).

Sob o crivo do contraditório, ouvido na condição de informante, Anderson confirmou a abordagem policial e o encontro, em seu poder, de pinos de cocaína que havia adquirido por R\$ 50,00, de um rapaz desconhecido, que fugiu quando os agentes de segurança surgiram. Disse que o vendedor não era o acusado. Conhecia o réu pois tinha o costume de cortar cabelo com ele.

O acusado negou envolvimento com o tráfico em delegacia, afirmando que conhecia Anderson porque ele era seu cabelereiro. Não comercializou os pinos de cocaína apreendidos pelos policiais (fls. 60).

Interrogado, ao final, manteve suas negativas, afirmando que um dia antes dos fatos compareceu a uma festa. Dormiu por volta de 11h da manhã do dia seguinte e quando acordou já estava de noite. Somente tomou conhecimento da acusação quando recebeu um papel, aproximadamente um mês depois. Confirmou que Anderson cortava seu cabelo. Disse que, depois dos fatos os policiais militares, compareceram à residência de seu genitor, mas não o encontraram porque morava com sua avó. Não conhecia os policiais que o detiveram.

O vínculo entre o acusado e as substâncias entorpecentes apreendidas pelos agentes de segurança foi demonstrado. Com efeito, os policiais militares ouvidos em contraditório apresentaram relatos coesos e harmônicos, relatando que patrulhavam o local dos fatos, um ponto de venda de drogas, momento em que avistaram o réu entregando pinos para um usuário. O acusado conseguiu fugir de bicicleta por uma passarela de pedestres, mas o usuário foi abordado, sendo encontrados, nas mãos dele, cinco eppendorfs de cocaína.

Os agentes de segurança, cumpre salientar, foram precisos ao identificar o réu como o indivíduo responsável pela entrega das substâncias entorpecentes, assinalando que tinham conhecimento de seu envolvimento com o tráfico de drogas. O policial militar Deivid, inclusive, registrou que havia abordado o acusado em oportunidades anteriores, a reforçar a segurança do seu reconhecimento. Ademais, os agentes encontravam-se a curta distância da cena, aproximadamente três metros, o que, por certo, lhes proporcionou condições visuais adequadas para a identificação do vendedor.

Diferentemente do alegado pela defesa, não se verifica qualquer contradição nos relatos prestados pelos policiais militares. O agente Deivid afirmou que o quarteirão onde se deu a prática delituosa possuía aproximadamente 30 metros de extensão, enquanto o policial José Roberto declarou que estava a cerca de três metros do acusado no momento em que presenciou a entrega das substâncias entorpecentes. As informações referem-se a aspectos distintos — a extensão do quarteirão e a distância dos agentes em relação ao réu — não havendo, portanto, qualquer inconsistência ou incongruência entre os depoimentos.

Anderson Alexandre, por sua vez, confirmou que se encontrava no local dos fatos para adquirir entorpecentes e que foi surpreendido pelos policiais no exato momento em que recebia a droga, ocasião em que o vendedor empreendeu fuga. Durante a fase extrajudicial, recusou-se a informar o nome do responsável pela venda e, em juízo, negou fosse o acusado.

A negativa da testemunha, contudo, não afasta a vinculação do réu com os fatos, sobretudo porque se mostra esperado que indivíduos na posição da testemunha, isto é, usuários de drogas flagrados em situação criminosa, evitem identificar o fornecedor, por medo de represálias ou mesmo para se resguardar de eventuais desdobramentos legais da conduta.

Nesse sentido, embora a autoridade judiciária não tenha apresentado justificativa específica para ouvir Anderson Alexandre na condição de informante, limitando-se a mencionar que se tratava de uma “situação relacionada à posse de drogas”, é inegável que seus relatos devem ser apreciados com cautela. Assim, a ausência de imputação da testemunha, portanto, não compromete a firme e coerente narrativa dos policiais, que, reitera-se, afirmaram categoricamente que o réu foi o responsável pela entrega da substância apreendida.

O acusado, por fim, negou envolvimento com o comércio ilícito, apresentando narrativa conflitante. Inicialmente afirmou que tomou conhecimento dos fatos um mês após a ocorrência, mas, depois, declarou que os policiais estiveram na casa de seu genitor na mesma data dos fatos. Para além da referida inconsistência, é certo que as negativas não se sustentam diante dos relatos firmes e coerentes prestados pelos agentes de segurança. A alegação de que o teriam incriminado injustamente soa inverossímil. Não veio acompanhada de qualquer elemento de convicção que sustentasse, minimamente, aquela narrativa. As acusações são graves e não poderiam ser acolhidas sem que houvesse algum fundamento que lhes conferisse o mínimo de plausibilidade. Por outro lado, não há elementos nos autos que apontem a má intenção dos agentes de segurança em atribuir ao réu tão graves fatos. O réu não apontou inimizade com as testemunhas. Tampouco forneceu explicação concreta para que buscassem incriminá-lo. A par da pouca credibilidade de seus relatos, a versão por não é amparada por outros elementos.

Nesse cenário, a reconstrução histórico-processual dos fatos, oportunizada pela atividade instrutória, confirmou os termos da imputação. Os depoimentos uniformes e coerentes dos policiais militares, aliados à prova técnica, demonstraram a venda das substâncias. Dessa forma, valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, de maneira que se mostram suficientes para fundamentar o édito condenatório.

## **2.2. Da qualificação jurídica dos fatos**

A tipificação dada em sentença mostrou-se correta. As circunstâncias presenciadas pelos policiais, que flagraram o réu entregando as drogas para um usuário, aliadas à forma de acondicionamento e ao fato de que se tratava de local conhecido por abrigar o comércio de drogas, afastam qualquer alegação de posse para consumo pessoal. Os fatos assim apurados amoldam-se à figura delituosa tipificada pelo artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

## **2.3. Da individualização da pena**

Na primeira fase da dosimetria, a autoridade judiciária estabeleceu a pena-base com aumento de 1/6. Justificou o aumento em razão dos maus antecedentes, da personalidade e da conduta social negativa do acusado.

Inicialmente, os maus antecedentes devem ser afastados. De fato, em relação ao processo n. 1500330-69.2023.8.26.0210, não há nos autos qualquer informação sobre eventual oferecimento da denúncia (fls. 196). Os processos ns. 1500425-91.2024.8.26.0557 e 1503116-23.2023.8.26.0210, por sua vez, referem-se a fatos posteriores aos tratados nestes autos. Mesmo que assim não fosse, é certo que o primeiro não contém informações sobre o trânsito em julgado; ao passo que o segundo refere-se ao tipo penal do artigo 28 da Lei 11.343/2006 e, ainda, foi extinto pelo cumprimento de acordo de não persecução penal (fls. 196/197). As condenações, portanto, não se mostram aptas a macular os antecedentes criminais.

Por outro lado, no que se refere às anotações relativas à prática de atos infracionais, anoto que o Superior Tribunal de Justiça, através de ambas as suas Turmas, sedimentou o entendimento de que o registro da prática de ato infracional não configura infração penal, motivo pelo qual a circunstância não se mostra idônea a justificar a exasperação da pena-base por força dos maus antecedentes, da personalidade negativa ou da conduta social desfavorável. Os seguintes julgados ilustram o entendimento supramencionado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. **ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. INCREMENTO DA PENA-BASE. JUSTIFICATIVA INIDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA.** CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA DEVIDAMENTE VALORADA. BEM DE ALTO VALOR. COMPRAS REALIZADAS COM CARTÃO SUBTRAÍDO. PREJUÍZO CONSIDERÁVEL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. OFENSA A PATRIMÔNIOS DISTINTOS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...)

**3. Conforme o entendimento firmado no âmbito na Terceira Seção, a prática de ato infracional não justifica a exasperação da pena-base, por não configurar infração penal, não podendo, portanto, ser valorada negativamente na apuração da vida pregressa do réu a título de antecedentes, personalidade ou conduta social. (...)**

(STJ, HC 623.117/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. CONDUTA SOCIAL. USUÁRIO DE DROGAS. ARGUMENTO INADEQUADO. **PERSONALIDADE. PASSAGENS PELA VARA DA INFÂNCIA. IMPROPRIEDADE.** MOTIVO DO CRIME. APROPRIAÇÃO DE BENS. DELITO PATRIMONIAL. ARGUMENTO INADEQUADO. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. (...)

**2. Há impropriedade na majoração da pena-base pela consideração negativa da personalidade do agente em razão da prévia prática de atos infracionais, pois é impossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela**

**Vara da Infância. (...)**

(STJ, REsp 1702051/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ATO INFRACIONAL E CONDENAÇÃO DEFINITIVA USADA PARA CONFIGURAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA E PROMOVIDA A COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (...)

**Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, os atos infracionais anteriormente registrados pelo sentenciado, por não configurarem infrações penais, são inidôneos para subsidiar o aumento da pena-base, seja a título de maus antecedentes, personalidade desfavorável ou conduta social inadequada.** - Esta Quinta Turma, em recente decisão, decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). (...)

(STJ, HC 355.752/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. **PERSONALIDADE DESAJUSTADA. ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE PARA FINS DE ELEVAÇÃO DA PENA-BASE.** (...)

**3. Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base.** (...)

(STJ, HC 190.569/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 12/09/2012)

De mais a mais, ainda no que se refere à personalidade e à conduta social negativas, a autoridade judiciária de piso indicou que as provas demonstraram que o réu era usual traficante. Ocorre que, a conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes, porquanto gozam de contornos próprios.

A bem da verdade, referem-se ao modo de ser e de agir do autor do delito, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do acusado na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social):

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Tribunal a quo não apresentou motivação idônea para valorar negativamente a vetorial da personalidade na primeira fase de dosimetria da pena, haja vista que, para tanto, considerou tão somente a existência de "condenação transitada em julgado por fato anterior". 2. Filio-me ao entendimento segundo o qual a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime. 3. **A exasperação da pena pela consideração desfavorável do vetor da personalidade deve ser realizada com fundamentos próprios e diversos daquela relativa aos antecedentes - como não poderia deixar de ser, tendo em vista que esses vetores foram previstos distintamente pelo legislador no art. 59, caput, do Código Penal. Aquela deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito, enquanto esta deve ser analisada considerando-se o seu histórico criminal. Referidos vetores, portanto, não se confundem. (...) 6. Ante o exposto, CONCEDO a ordem de habeas corpus a fim de reformar o acórdão impugnado tão somente para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa da circunstância judicial referente à personalidade, ficando a pena final quantificada em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa.**

(STJ - HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. NEGATIVAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO.

**1. A utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores**

para negativar a conduta social era admitida porque os antecedentes judiciais e os antecedentes sociais se confundiam na mesma circunstância, conforme o art. 42 do Código Penal anterior à reforma de 1984. Essa alteração legislativa, operada pela Lei n. 7.209/1984, especificou os critérios referentes ao autor, desmembrando a conduta social e a personalidade dos antecedentes. 2. Esse tema possuía jurisprudência pacificada no âmbito da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que admitiam a utilização de condenações com trânsito em julgado como fundamento para negativar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. **Mudança de orientação no âmbito da Quinta Turma.** 3. Em atenção ao princípio da individualização das penas, as condenações com trânsito em julgado não podem servir como fundamento para a negatificação da conduta social. 4. In casu, prevaleceu na origem a negatificação da conduta social com base na condenação anterior com trânsito em julgado. Conforme a nova compreensão adotada, é necessário afastar a negatificação dessa circunstância judicial, prevalecendo, assim, no ponto, o voto divergente proferido na origem. 5. Afastada a negatificação da conduta social, fixa-se a pena em 6 anos e 6 meses de reclusão, mantendo-se, no entanto, a pena de multa imposta na origem por configurar reformatio in pejus a alteração da pena de multa proposta no voto divergente do julgamento da apelação. 6. Recurso especial provido a fim de redimensionar a pena imposta ao recorrente para 6 anos e 6 meses de reclusão pela prática da conduta descrita no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, mantidos os demais termos da condenação.

(STJ - REsp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018).

Desse modo, afasto as circunstâncias judiciais negativas, restabelecendo a pena-base em seu patamar mínimo, que é de 5 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante relativa à menoridade relativa, a qual, considerando as modificações efetuadas na etapa anterior, que culminaram com o estabelecimento da pena-base no mínimo, não surtirá efeitos, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, a figura do tráfico privilegiado foi afastada em razão do envolvimento do acusado com a criminalidade, notadamente com o crime de tráfico de drogas, desde a menoridade.

Não há, no caso em apreço, razões impeditivas do benefício. Afinal, como dito, o acusado era primário e não ostentava antecedentes criminais à época dos fatos narrados na inicial acusatória. Não há, ademais, indícios de que integresse organização criminosa ou que estivesse dedicado às atividades ilícitas. Não há registros de investigação prévia. A quantidade de drogas (5 eppendorfs de cocaína, com peso de pouco mais de um grama e meia), não permite concluir pelo seu envolvimento na prática de crimes de maneira habitual.

De mais a mais, ainda que o réu registre condenação pelo crime de tráfico de drogas, foi praticado depois dos fatos aqui tratados (fls. 196). O registro, assim, não induz o reconhecimento dos antecedentes criminais, muito menos permite concluir pelo seu envolvimento habitual com a prática de ilícitos.

O envolvimento do acusado em atos infracionais tampouco constitui fundamento legítimo para se extrair a conclusão de alinhamento em atividades criminosas. Afinal, como dito, a resposta estatal para as situações que cercam as crianças e os adolescentes funda-se na imputabilidade penal. Assim, por não configurarem crime ou contravenção penal não parece razoável possam ser consideradas como reveladoras do envolvimento em atividades criminosas a ponto de se afastar a incidência do redutor. Nesse sentido:

TRÁFICO (...) Réu que preenche os requisitos do art. 33, § 4º, L. 11.343/2006, em sua fração máxima Pouca quantidade de droga (16,32g de crack e cocaína) - **Impossibilidade de utilização de atos infracionais para obstar a aplicação do redutor - Substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos Possibilidade Fixação do regime inicial aberto** Precedentes do STJ e do STF - Recente julgamento do STF que entendeu não ser hediondo o tráfico privilegiado HC 118533 Alteração do entendimento do STJ, acompanhando o entendimento do STF Súmula 512 do STJ cancelada Recurso parcialmente provido, com expedição de alvará de soltura (TJSP; Apelação 0002897-70.2017.8.26.0530; Relator: Newton Neves; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Sertãozinho - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 08/08/2018; Data de Registro: 08/08/2018).

Apelação. Tráfico de entorpecentes. Recurso defensivo. Dosimetria

penal. Pedido de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Cabível a aplicação da sobredita causa de diminuição de pena, em seu grau máximo. Primariedade, quantidade de drogas que não se mostra excessiva e inexistência de elementos que indiquem a dedicação do réu a atividades criminosas ou integração a organização voltada à prática de delitos. **Prática de ato infracional que não pode ser valorada negativamente. Possibilidade de fixação do regime inicial aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Presentes os requisitos estabelecidos no artigo 44, do Código Penal.** Recurso provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500012-21.2019.8.26.0374; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Morro Agudo - Vara Única; Data do Julgamento: 11/02/2020; Data de Registro: 11/02/2020).

APELAÇÃO. Tráfico de entorpecentes. (...) Dosimetria. Embora haja variedade de substâncias, a quantidade não permite a exasperação da basilar. Incidência do redutor previsto no artigo 33, §4º, da lei nº 11.343/2006, em seu grau máximo. **A mera indicação do cometimento de atos infracionais pelo acusado, sem a comprovação de que se dedique às atividades criminosas, não é fundamento idôneo para obstar o reconhecimento da causa especial de redução da pena. Fixação do regime aberto que se mostra mais adequado à pena imposta, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.** Sentença reformada em parte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 0000565-76.2018.8.26.0472; Relator (a): Camargo Aranha Filho; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Porto Ferreira - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/04/2019; Data de Registro: 16/04/2019).

Desse modo, os requisitos previstos pelo artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 estão presentes e autorizam a aplicação do redutor em seu patamar máximo de 2/3. Obtém-se, por conseguinte, a reprimenda penal de 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa.

Com relação ao regime prisional, fixo o aberto para início de cumprimento de pena. O acusado é primário e não registra antecedentes criminais. Por outro lado, afirmada a figura do tráfico privilegiado, resta afastada a equiparação com os crimes hediondos, conforme já estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 118.533. A fixação do regime aberto mostra-se proporcional à luz do princípio retributivo que orienta a individualização da pena.

É, ademais, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Além do aspecto objetivo, relativo à quantidade da pena imposta, o acusado ostenta condições subjetivas favoráveis. Outrossim, reconhecida a figura do tráfico privilegiado, delito não equiparado aos crimes hediondos, afasta-se a vedação prevista na parte final do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pela jurisprudência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. (...)

**3. A partir do julgamento do HC n. 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.**

**4. Hipótese em que o regime prisional foi recrudescido e a substituição da pena foi negada com base em referências genéricas acerca da gravidade do delito, além da quantidade dos entorpecentes apreendidos, que não é expressiva na hipótese dos autos (9,1g de cocaína e 33,3g de maconha).**

**5. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto e ter sua pena substituída por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal. (...)**

(STJ, HC 482.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019)

(...) VIOLAÇÃO DO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE (...)

**7. Possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, notadamente diante do entendimento firmado pela Suprema Corte na hipótese do preenchimento dos requisitos legais (HC n. 105.779, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; HC n. 97.500, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 25/6/2010; e RHC n. 109.374, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 6/12/2011).**

**8. No julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a**

**admitir o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP. Na hipótese, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais o favorecem (HC n 487.684/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 11/3/2019).**

9. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1777922/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019)

Assim, reconhecidos os requisitos dados pelo artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, os quais deverão ser estabelecidos pelo juízo da execução, e à limitação de final de semana, que também deverá ser detalhada por aquele mesmo juízo.

Valor do dia-multa no mínimo legal.

### **3. Do voto**

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, para: a) fixar a pena-base no mínimo legal; b) reconhecer o tráfico privilegiado e impor, na terceira fase, a redução da pena em 2/3; c) modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto; d) impor ao apelante a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e o pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006; e) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, os quais serão detalhados pelo juízo da execução, mantendo-se, no mais, a r. sentença em seus termos.**

**MARCOS ZILLI**

Relator