



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000363403

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502246-27.2024.8.26.0559, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante WESLEY ALCANTARA SOARES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **REJEITARAM a matéria prejudicial e, quanto ao mérito, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso defensivo. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSO JUNIOR (Presidente sem voto), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO E SÉRGIO COELHO.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

SILMAR FERNANDES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1502246-27.2024.8.26.0559
Voto nº 27.916 – **digital**
Apelante: Wesley Alcântara Soares
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA : DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO IMPROVIDO.

I. Caso em Exame

Apelação interposta contra sentença que condenou Wesley Alcântara Soares a 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, por tráfico de drogas, com base no artigo 33, caput, e § 4º, cc o art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06. A alegação da defesa se baseia na nulidade das provas devido à ilegalidade da abordagem e busca pessoal. Quanto ao mérito, busca absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação para uso pessoal, e redução da pena.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a legalidade da abordagem policial e busca pessoal; (ii) a suficiência das provas para condenação pelo tráfico de drogas; (iii) a possibilidade de desclassificação para uso pessoal; e (iv) a adequação da dosimetria da pena.

III. Razões de Decidir

3. A abordagem e revista pessoal foram consideradas legais, baseadas em suspeitas fundadas, conforme artigo 244 do Código de Processo Penal.

4. As provas apresentadas, incluindo depoimentos de policiais e confissão extrajudicial, foram suficientes para confirmar a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas.

5. A desclassificação para uso pessoal foi rejeitada, considerando a quantidade e variedade das drogas apreendidas.

6. A dosimetria da pena foi mantida, bem como a redução de 1/6 pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, considerando a quantidade e diversidade das drogas.

IV. Dispositivo e Tese

5. Preliminar rejeitada e recurso defensivo desprovido.

Tese de julgamento: 1. A legalidade da abordagem policial é confirmada pela suspeita fundada. 2. A condenação por tráfico de drogas é sustentada por provas robustas e

confissão extrajudicial do acusado.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e § 4º; art. 40, inciso VI.

Código de Processo Penal, art. 244, art. 303.

Código Penal, art. 59, art. 68.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC 889.618-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 23/04/2024.

STF, HC 118553/MS, Plenário.

STJ, AgRg no Ag 1158921/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 17.05.11.

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 217/225, que julgou procedente a ação penal, condenando **Wesley Alcântara Soares** à pena de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 33, *caput*, e § 4º, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

Inconformada, recorre a d. defesa pugnando, preliminarmente, nulidade das provas, em razão da ilegalidade da abordagem e da busca pessoal. No mérito, busca a absolvição do acusado em razão da insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o art. 28, da Lei de Drogas, bem como a redução da reprimenda imposta, mediante a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima de 2/3 (dois terços), com a fixação do regime aberto e substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Por fim, pede a restituição dos objetos apreendidos (fls. 234/242).

Ofertadas contrarrazões (fls. 250/258), a i. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 277/284).

É o relatório.

2. A preliminar suscitada não comporta acolhimento.

Com efeito, extrai-se do conjunto probatório que a abordagem e revista pessoal do apelante, com a consequente prisão em flagrante por tráfico, ocorreu de modo regular, com respaldo na efetiva e fundada suspeita de prática delituosa.

Conforme se verifica da prova produzida, policiais militares estavam em patrulhamento de rotina quando avistaram uma motocicleta cujos ocupantes praticaram atitude considerada suspeita, uma vez que o garupa apontou a viatura para o condutor e mexeu na cintura, parecendo esconder algo. Realizada a abordagem, localizaram com os indivíduos as drogas apontadas na denúncia.

Dessa forma, verificou-se, pela experiência dos agentes públicos, que poderia haver algo de errado e, por isso, optaram pela abordagem. Parece lógico e claro que os policiais não só poderiam, como deveriam realizar abordagem, porque ali surgira a adequada “fundada suspeita” de ocorrência de crime, com autoria viável

por parte do próprio indivíduo observado. Havia, então, dentro das funções que lhe são exigidas, obrigação dos policiais de realizar a verificação, sob pena, até, em tese, de crime de prevaricação. Havia o interesse maior, da Coletividade, em garantia à Segurança Pública, que exigia a conduta dos agentes da lei. Referida ação policial, repita-se, decorreu de fundada suspeita, presente situação de flagrante delito, efetivamente confirmada, uma vez que o apelante trazia consigo e tinha em depósito, efetivamente, 03 porções de maconha, pesando 21,49 gramas, 10 porções de maconha, pesando 66,33 gramas, 13 porções de cocaína, pesando 6,78 gramas, 10 porções de maconha, pesando 75,32 gramas, 05 porções de cocaína, pesando 2,69 gramas, sendo sua revista, portanto, amparada legalmente. Tanto a suspeita era perfeitamente “fundada”, que, de fato, frisa-se mais uma vez, o crime de tráfico, com a apreensão das drogas, foi efetivamente confirmado.

Assim, ao contrário do alegado, inquestionável a presença de fundada suspeita a legitimar a ação policial, nos termos, inclusive, do artigo 244, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

“A tentativa de se esquivar da guarnição policial evidencia a fundada suspeita de que o agente ocultava consigo objetos ilícitos, na forma do art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal, a justificar a busca pessoal, em via pública” (STJ. 6ª Turma. HC 889.618-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/4/2024 - Info 810).

Por fim, não comprovada qualquer ilegalidade na busca pessoal, pois como é sabido, o delito imputado ao

recorrente – na modalidade “*transportar*” – é de natureza *permanente*, de sorte que a situação de flagrância perdura no tempo até a cessação da permanência – *ex vi* do artigo 303 do Código de Processo Penal –, justificando, portanto, não somente a abordagem, como também a revista pessoal efetuada pelos policiais, desnaturando, pois, a apontada ilicitude da prova obtida.

Feitas tais considerações, rejeito a matéria preliminar.

3. Quanto ao mérito, o recurso não comporta provimento.

Consta na denúncia que, no dia 18 de novembro de 2024, por volta das 11h30min, na Avenida Antoninho Marmo, nº 3971, e na rua Buritama nº 2670, no bairro Eldorado, na cidade e comarca de São José do Rio Preto-SP, o denunciado Wesley Alcântara Soares, juntamente com o adolescente Geovane Pereira Agostinho, em conluio e unidade de desígnios, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tinha em depósito e trazia consigo, para fins de comercialização a terceiros, 03 porções de maconha (*tetrahydrocannabinol*), pesando 21,49 gramas, 10 porções de maconha (*tetrahydrocannabinol*), pesando 66,33 gramas, 13 porções de cocaína, pesando 6,78 gramas, 10 porções de maconha, pesando 75,32 gramas e 05 porções de cocaína, pesando 2,69 gramas, substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física e psíquica.

Segundo apurado, na data dos fatos, policiais em patrulhamento na Avenida Antoninho Marmo, bairro Eldorado, avistaram uma motocicleta com dois ocupantes cruzando a frente da viatura em uma rua perpendicular, sendo que, ao avistarem a equipe policial, o indivíduo que estava na garupa da moto mexeu na cintura e olhou para os policiais, o que motivou a abordagem.

Constatou-se ainda que, com a abordagem e revista pessoal, identificaram o piloto como sendo Wesley Alcântara Soares, e o garupa como sendo o adolescente Geovane Pereira Agostinho.

Foram encontradas em poder do adolescente 10 porções de maconha e 05 porções de cocaína, todas embaladas de forma idênticas e prontas para venda. Além da droga, o adolescente portava um telefone celular.

A droga estava em um saco plástico preso em sua cintura, o que justificou ele mexer na cintura ao ver a viatura.

Já o piloto da moto, o denunciado Wesley, tinha em seu poder 03 porções de maconha, idênticas às aquelas encontradas em poder de Geovane, bem como a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) e um telefone celular.

Ao serem questionados a respeito, eles informaram que eram primos, moravam na mesma casa e dividiam as despesas, por este motivo eram sócios na venda de drogas.

Disseram que estavam a caminho de uma entrega, que seria justamente aquelas porções de maconha e cocaína encontradas em poder deles.

Esclareceram ainda que havia mais drogas na casa deles, na rua Buritama nº 2670, no bairro Eldorado. O local se tratava de uma edícula e no quarto onde ambos dormiam encontraram uma espécie de guarda-roupas de pano, onde estavam as roupas de ambos, local em que encontraram a quantia de R\$ 70,00 (setenta reais), em dinheiro, bem como 10 porções de maconha e 13 porções de cocaína, todas embaladas de forma idênticas àquelas apreendidas em poder deles.

Apurou-se que o denunciado e o adolescente compartilhavam a posse e propriedade das drogas encontradas, e que realizavam o tráfico de entorpecentes conjuntamente (fls. 77/80).

A materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 14/18), auto de exibição e apreensão (fls. 21/22), laudo de constatação (fls. 39/42), fotografias de fls. 27/35, laudo de exame químico-toxicológico (fls. 70/71) e pelas demais provas carreadas aos autos.

A autoria também é indubitosa.

Os policiais militares Danilo Nunes Ferreira e

Renan Tavares Baldassa informaram, em Juízo, que no dia dos fatos estavam em patrulhamento, quando avistaram uma motocicleta com dois ocupantes. Disseram que, ao notarem a presença da viatura, o garupa mexeu na cintura e olhou para a equipe policial, tentando esconder algo, fato que motivou a abordagem. Relataram que o piloto era o Wesley e o garupa o adolescente Geovane, com quem foram encontradas 10 porções de maconha e 5 porções de cocaína, todas embaladas de forma idêntica e prontas para a venda. Salientaram que o adolescente também portava um celular, e que a droga estava em um saco plástico preso em sua cintura. Afirmaram que o recorrente tinha em seu poder 03 porções de maconha, idênticas às encontradas com o adolescente, bem como a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) em dinheiro, e um telefone celular. Acrescentaram que, ao serem indagados, eles informaram que eram primos e que moravam na mesma casa, dividindo as despesas, e que eram sócios na venda de drogas. Também disseram que estavam a caminho de uma entrega daquelas drogas encontradas com eles, como também que o endereço onde moravam havia mais entorpecentes. Por fim, afirmaram que no quarto deles encontraram uma espécie de guarda-roupa feito de pano, onde localizaram a quantia de R\$ 70,00 (setenta reais) em dinheiro, 10 porções de maconha e 13 de cocaína, todas embaladas de forma idêntica às aquelas apreendidas anteriormente (gravação audiovisual).

Neste ponto, destaco que inexiste qualquer fato que ponha em suspeição os depoimentos prestados pelos policiais militares, os quais prestam serviço de extrema relevância à sociedade e não possuem, *a priori*, motivo algum para sordidamente incriminar o

acusado.

Não se deve olvidar que os depoimentos dos agentes públicos valem como prova pois, no exercício de suas funções, gozam de presunção *juris tantum* de que agem escorreitamente, sobretudo quando suas afirmações são compatíveis com o conjunto probatório. Além disso “*A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*” (STF, RTJ 68/54).

A propósito, vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça que: (...) *É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte* (STJ, AgRg no Ag 1158921/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 17.05.11, DJ 01.06.11).

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais já se posicionou a jurisprudência, *in verbis*:

“PROVA CRIMINAL - Depoimento de policial responsável pela prisão - Admissibilidade - Ânimo inexistente de incriminar o réu - Credibilidade do relato - Ausência de razão concreta para suspeição - Recurso não provido. Os funcionários da Polícia merecem nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição.” (Apelação Criminal n. 168.650-3 - Matão - Relator: Jarbas Mazzoni - CCRIM 1 - V.U. - 06.03.95).

“Ressalto que não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, inclusive os policiais civis, empossados que são após compromisso de fielmente cumprirem seus deveres iriam apresentar testemunhos ou provas ideologicamente falsas, com o simples intuito de inculpar inocentes. Ao contrário, tem os funcionários públicos a presunção de que no desempenho de suas atuações agem corretamente”. (TJSP, 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº. 0355425-27.2009.8.26.0000, Rel. Desembargador Marco Antonio Marques da Silva).

Enfatizo, também, que não se produziu qualquer prova da suspeição ou impedimento dos agentes públicos, apesar de tida a oportunidade para tanto, nos termos do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal.

Destarte, não havendo motivos plausíveis para desabonar os depoimentos dos policiais, os quais são dotados de fé pública, seria um absoluto contrassenso desmerecer seus relatos – até porque os prestaram sob compromisso, estando, pois, sujeitos às penas previstas no artigo 342 do Código Penal.

As testemunhas arroladas pela defesa não presenciaram os fatos e se limitaram a tecer considerações acerca da boa conduta social do apelante, senão vejamos.

José Antônio Costa de Matos, padrasto do recorrente, em Juízo, disse que conhece o apelante há 12 anos e que ele é trabalhador (gravação audiovisual).

Luís Fernando Justo, em Juízo, disse que conhece o apelante e que ele trabalhou na sua empresa como lavador e posteriormente foi promovido como auxiliar de mecânico (gravação audiovisual).

Por sua vez, o acusado, em solo policial, confessou o delito. Disse que estava desempregado e que decidiu vender drogas para conseguir se manter. Afirmou que passou a morar “de favor” em uma edícula nos fundos da casa de um conhecido, mas estava decidido a alugar uma casa para morar com primo Geovane. Contou que, no dia dos fatos, estava indo para sua casa e levava consigo três porções de maconha, sendo que pediu para seu primo Geovane segurar mais algumas porções de maconha e pinos de cocaína, oportunidade em que foram abordados pelos policiais. Acrescentou que, em sua casa, os policiais encontraram mais drogas para a venda. Frisou, ainda, que toda a droga era sua e que seu primo estava apenas o auxiliando no transporte (fls. 07).

Em Juízo, quedou-se silente (gravação audiovisual).

Como se nota, ao revés do que alega a d. defesa, há um robusto acervo probatório que leva à autoria do acusado, mormente pela declaração das testemunhas, agentes públicos em lícito exercício de suas funções, além de ter sido encontrado em sua guarda os entorpecentes.

No mais, o fato de a apelante não ter sido flagrada em atos de mercancia não afasta, em absoluto, o cometimento do delito de tráfico ilícito de drogas.

Nota-se que o *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 descreve condutas variadas, podendo ficar configurado o delito de tráfico de drogas, ainda que o agente não seja surpreendido praticando atos de comércio. No caso em tela, a conduta típica de *trazer consigo* substâncias entorpecentes, imputada ao acusado na exordial, restou devidamente caracterizada pelos substratos probatórios – ainda que rechaçada, em Juízo, sua destinação mercantilista.

Conforme entendimento consolidado desta Egrégia Corte, “... *para configuração do crime de tráfico imputado ao réu, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância entorpecente, não se exigindo a **traditio**, para consumação do delito (RJTJSP vol. 97, página 512), salientando que eventual condição de usuário por si só não afasta a de traficante...*” (Apelação Criminal nº 990.09.083925-2, Relator Marco Antonio Marques da Silva).

Não bastasse, ambos os policiais foram claros em descrever como as drogas foram por eles encontradas, bem como o fato de terem localizado **dois tipos de entorpecentes** junto com o réu e em sua residência, especificando de forma individualizada, “maconha” e “cocaína”.

Aliás, importante frisar que, quando ouvido em solo policial, o acusado confessou a prática do delito.

Desse modo, ressalto que *“a confissão vale não pelo lugar em que é prestada, senão pela força de convencimento que contém; assim, desde que corroborada pelas demais provas do processo, aquela realizada na fase do inquérito policial deve ter valor reconhecido”* (TACRIM/SP - Apelação nº 982.087/5 - Itapeva – 9ª Câmara Criminal - Rel. Juiz Lourenço Filho - 07.02.96 - v.u.).

Desse modo, em razão das circunstâncias fáticas da prisão; da apreensão das drogas; de sua natureza, bem como a forma como estavam acondicionadas; circunstâncias conjugadas, ainda, a apreensão do dinheiro, bem como a confissão extrajudicial do acusado e aos coesos depoimentos dos policiais militares durante a *persecutio criminis*, restou nitidamente evidenciada a ocorrência dos fatos tais como descritos na denúncia, sendo os elementos probatórios existentes nos autos aptos a sustentar, com percuciência, o édito condenatório tal como lançado pelo douto juízo *a quo*, não havendo cogitar-se, pois, em absolvição por insuficiência probatória.

Igualmente, não se cogita na desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Oportuno realçar que a condição de usuário não afasta, necessariamente, a de traficante, pois, na maioria das vezes,

os consumidores se valem do comércio ilícito de entorpecentes para sustentar o próprio vício, de modo que uma conduta não exclui a outra.

Sobre o tema, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal.

Confira-se:

“A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga. Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu” (STF 1ª T. HC n. 74.420-6/RJ Rel. Min. Celso de Mello DJU de 19.12.96, p. 51.768).

Ademais:

“... [o] tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (Precedentes). II - O tipo previsto no

art. 28 da Lei nº 11.343/06, este sim, como delictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio. (Precedentes)”. (STJ – REsp nº 1133943/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 17/05/2010).

Não bastasse:

“Para se concluir pela prática do crime de tráfico, não basta, em princípio, a quantidade (ou qualidade) da droga apreendida. Deve-se atentar, ainda, para outros fatores, tais como local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente (art. 52, I)...” (BIANCHINI, Aline [et al] Lei de Drogas comentada: artigo por artigo : Lei 11.343 de 23.08.2006 – Luiz Flávio Gomes, coordenação. – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.166/167).

Dessa forma, no presente caso, as circunstâncias fáticas, mormente a conduta do acusado, a diversidade de drogas, a forma como estavam acondicionadas e o dinheiro apreendido, fulminam qualquer pretensão de uso pessoal.

Portanto, a condenação do réu pelo delito de

tráfico de drogas privilegiado foi a correta resposta às provas dos autos.

Feitas as considerações necessárias, passo à análise da dosagem da pena.

No caso vertente, de acordo com os critérios norteadores dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, o Magistrado sentenciante fixou a basilar no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, assim mantida na segunda etapa, em razão da ausência de agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, a pena foi aumentada em 1/6 (um sexto), alcançando o montante de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Por fim, presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da referida lei, a reprimenda foi reduzida em 1/6 (um sexto) e tornada definitiva em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.

Pugna a d. defesa pela redução da pena imposta ao acusado, mediante a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas em seu patamar máximo (2/3), com a fixação do regime aberto e substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Sem razão, contudo.

Inicialmente, ressalto que a dosimetria da

pena é uma matéria sujeita à discricionariedade do destinatário da prova, cabendo às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos, das provas, o ônus de fixar, de fato, a reprimenda, competindo, por outro lado, aos Tribunais, em regra, a correção de discrepâncias, apenas se arbitrárias (STF, HC 120283/SP, Rel. Min. ROSA WEBER).

Nessa linha, de se trazer à colação orientação do i. Des. Luís Soares de Mello no sentido de:

“prestigiar-se e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento. Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com o acusado e sua personalidade e, por isso e por certo, com maior e muito mais preciso sentir e direcionamento voltados para a realidade do caso concreto. E depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, não haverá porque se alterar os critérios norteadores da fixação da reprimenda. Quer-se dizer com isso, em suma, que havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes do artigo 68 do Código Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado” (Apelação nº 0099967-48.2012.8.26.0050, julgada em 12 de novembro de 2013).

Nesse sentido, ressalta-se que autoriza o artigo 42 da Lei 11.434/06 que:

“O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

No caso vertente, de acordo com os critérios norteadores dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, as basilares foram estabelecidas no mínimo legal.

Na segunda etapa, inexistentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, as penas permaneceram no mesmo patamar.

Na última fase, comprovado o conluio do réu com o adolescente *Geovane Pereira Agostinho*, era mesmo o caso de se aplicar a majorante prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, tendo a pena sido corretamente aumentada em 1/6 (um sexto) por tal motivo, perfazendo o montante de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Por fim, reconhecida a causa de diminuição do artigo 33, §4º da Lei 11.343/06 as penas foram reduzidas em 1/6 (um sexto), tendo em vista a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do réu.

Com efeito, dispõe o artigo 33 da Lei

11.343/2006, em seu §4º, que:

“Art. 33. (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Como se pode observar, a redução se dará entre os intervalos acima mencionados, ou seja, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Verifica-se que quanto ao *quantum* de redução do §4º em comento, se mostrou acertada a redução em 1/6 (um sexto), tal como lançada na r. sentença. No caso, a variedade e a quantidade de entorpecentes impedem a redução em seu patamar máximo; ressalta-se que o apelante foi surpreendido com cerca de 172g (cento e setenta e duas gramas) de drogas variadas, consistentes em maconha e cocaína.

Vale ressaltar que o artigo 42 da Lei 11.343/06 determina que *“O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”*

Sendo assim, agiu com acerto o MM. Magistrado sentenciante, ao fixar o patamar de redução da pena, valer-se da quantidade, natureza e variedade das drogas encontradas.

Irreparável, portanto.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena ressalto que se mostra adequada a fixação do regime intermediário, seja pelo *quantum* de pena imposta (superior a 04 anos), seja pelas circunstâncias do caso em concreto.

De fato, há muito entendeu o Colendo Supremo Tribunal Federal que o chamado “tráfico privilegiado”, previsto no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, não deve ser considerado crime hediondo (STF, Plenário, HC 118553/MS), entendimento seguido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 3ª Seção, Pet 11796-DF), sendo que a fixação do regime prisional deve observar os critérios do artigo 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do artigo 42 da Lei de Drogas.

Neste sentido, confira-se recente decisão do Tribunal da Cidadania:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRESSUPOSTOS DO ART. 44 DO CP. PREENCHIMENTO. MANIFESTA ILEGALIDADE.

1. Diz a jurisprudência das Cortes Superiores que, 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 (Súmula 440/STF). Além disso, a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718/STF). Com efeito, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719/STF). 2. A identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa norma. 3. Em caso de tráfico de drogas, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve considerar a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e demais peculiaridades do caso concreto (quantidade e natureza da droga apreendida). 4. Na espécie, a sentença limitou-se a considerar a hediondez do delito para a fixação do regime fechado (ponto já resolvido há muito tempo pelo STJ e pelo STF). Nem mesmo a quantidade da droga apreendida - 12 porções de cocaína (10,11 g), 7 porções de maconha (12,89 g) e 16 porções de crack (2,81 g) - revela-se expressiva a ponto de justificar o regime mais gravoso, como afirmado pelo acórdão da apelação, porquanto, na origem, foi fixada a pena-base no mínimo legal e aplicada a minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) no máximo. Logo, é perfeitamente admissível regime inicial aberto para o cumprimento da pena corporal, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. (...)

10. Ordem concedida, inclusive de ofício, confirmando-se os termos da decisão liminar, a fim de fixar o regime aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juiz competente, à luz das peculiaridades do caso concreto (grifo não original) ”¹.

Pois bem, considerando, por um lado, a

¹ STJ - 6ª Turma - HC 500080/SP – rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 04.08.2020.

primariedade e, por outro, a quantidade, natureza e variedade de substâncias (circunstâncias judiciais desabonadoras), conjugada à comparsaria com adolescente, possível a fixação do regime prisional semiaberto para início de desconto da reprimenda carcerária.

Nesse sentido, aliás, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de fixação de regime intermediário em razão da quantidade de drogas apreendidas.

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS.

POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRECEDENTES.

NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os

condenados por crimes hediondos e equiparados.

III - Ademais, a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta requer fundamentação específica, baseada em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

IV - No caso, aplicada a pena de 2 anos de reclusão, entendo que deve ser estabelecido o regime inicial intermediário, nos termos do art.33, § 3º, do Código Penal, e do art.42 da Lei de Drogas. A quantidade e variedade dos entorpecentes podem ser utilizadas como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

V - O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC n. 97.256/RS, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

VI - Na hipótese em análise, a quantidade e diversidade das drogas apreendidas (195,6g maconha, 63,9g de cocaína, 17,1g de crack e mais 118g de cocaína) não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela.

Habeas corpus não conhecido. Ordem de ofício apenas para fixar o regime semiaberto para resgate da reprimenda, mantido os demais termos da condenação."

(HC 581.356/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020)

Ainda considerando a alteração no posicionamento deste Julgador, que passou a acompanhar a evolução do entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, passo a analisar o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com efeito, o Colendo Supremo Tribunal Federal há muito declarou inconstitucional a expressão *"vedada a conversão em penas restritivas de direitos"* contida no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas (STF, Plenário, HC 97256/RS), sendo que através da Resolução nº 5 de 2012 o Senado Federal suspendeu a execução da referida expressão.

Aliás, no mesmo sentido vem, reiteradamente, decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA DEFINITIVA DE 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU PRIMÁRIO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PATENTE ILEGALIDADE. VEDADA A SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. ADMISSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SÚMULAS DO STJ E STF. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não se justifica a imposição do regime inicial fechado ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, fazendo jus ao regime aberto, em coerência com a orientação firmada nas Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF e ao disposto no art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal.

2. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do mesmo código. 3. Agravo regimental improvido”².

“(…) VI - Considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719

² STJ – 6ª Turma – AgRg no HC 574506/SP – rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. 09.06.2020.

do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior. VII - Finalmente, cumpre registrar que o Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso. Agravo regimental desprovido” (grifo não original)³.

Desse modo, de rigor a análise, no caso concreto, do preenchimento ou não dos requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Na hipótese dos autos, deva-se consignar que a pena aplicada ao réu é superior ao limite de 04 (quatro) anos estabelecido na Lei Penal Substantiva, não sendo o caso de substituição.

Ademais, não se trata de medida recomendada, a considerar a significativa quantidade de entorpecentes e sua variedade, o que mostra que a medida não é socialmente adequada e suficiente à prevenção e reprovação do delito em análise.

Por derradeiro, impossível a liberação da motocicleta e do dinheiro apreendidos, como pretende a d. defesa.

Isto porque, ao longo da *persecutio criminis*,

³ STJ – 5ª Turma – AgRg no HC 563912/SP – rel. Ministro Felix Fischer, j. 05.05.2020.

restou devidamente comprovado que a motocicleta conduzida pelo réu era utilizado no crime, mais especificamente para o transporte da droga, bem como que o dinheiro apreendido era fruto da traficância, tanto que a d. defesa não fez qualquer prova em sentido inverso.

Portanto, acertada a decretação do perdimento, conforme estabelece artigo 63 da Lei 11.343/2006.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITO** a matéria prejudicial e, quanto ao mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo.

Sem prejuízo da custódia cautelar anteriormente decretada, ora mantida pela ausência de alteração na conjuntura que determinou sua decretação, fica determinada, desde já, a expedição, após o esgotamento de todos os recursos, de mandado de prisão em regime semiaberto, bem como de carta de guia, para que seja iniciado o cumprimento da pena em definitivo.

SILMAR FERNANDES
Relator