



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000363217

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500030-06.2022.8.26.0546, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante/apelado ADRIANO APARECIDO PETEKEVICIUS, é apelado 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: **rejeitaram a preliminar, negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao recurso ministerial, a fim de aumentar a pena do réu para 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, regime fechado, além do pagamento de 680 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. 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), CRESCENTI ABDALLA E GILBERTO CRUZ.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

MARCOS CORREA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500030-06.2022.8.26.0546

Apelante/Apelado: Adriano Aparecido Petekevicius

Apelado/Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Mogi-Guaçu

Voto nº 25.239

PRELIMINAR – Prova ilícita. Prisão em flagrante e apreensão realizada por guardas municipais. Inocorrência. Rejeitada a preliminar. TRÁFICO DE ENTORPECENTES – Materialidade e autoria bem comprovadas. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Penas – Pedido ministerial para afastamento da causa de diminuição do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Verificado que o réu se dedica à atividade criminosa, não se justifica a redução das penas, com base no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, que se destina apenas ao traficante eventual. Afastamento que se impõe. Adequação. Regime prisional – Tratamento rigoroso dispensado pelo legislador ao crime de tráfico, que impõe o regime inicial fechado e que não se compadece com a substituição da sanção carcerária por penas alternativas. Provimento ao recurso ministerial e desprovimento ao defensivo.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 213/224, acrescenta-se que a MM. Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Mogi-Guaçu, Dra. Bruna Marchese e Silva, julgou procedente a ação penal para condenar **ADRIANO APARECIDO PETEKEVICIUS** à pena de 03 anos, 04 meses e 25 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 340 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006.

Inconformadas, as partes recorrem.

Adriano pede, preliminarmente, a nulidade das provas em razão da atuação dos guardas municipais, sem a existência de conduta ou atitude suspeita. No mérito requer a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a fixação da pena base no mínimo legal, o reconhecimento da confissão qualificada, o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da referida Lei no patamar máximo, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls. 231/240).

O Ministério Público pugna pelo afastamento da incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06 (fls. 244/249).

Contrariados os recursos (fls. 251/255 e 273/274), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento ao apelo defensivo e provimento ao apelo ministerial (fls. 314/320).

É o relatório.

A matéria preliminar de nulidade, já foi apresentada anteriormente, tendo sido examinada na r. sentença, que a refutou detalhadamente, com propriedade, não merecendo reparo e tornando desnecessário tecer novas considerações.

Com efeito, nenhuma ilicitude macula a apreensão da substância entorpecente em diligência que resultou na prisão preventiva do recorrente.

A questão foi diversas vezes rechaçada por esse Egrégio Tribunal de Justiça e os Tribunais Superiores.

De fato, os agentes públicos que realizaram a apreensão da droga têm sua atribuição funcional prevista no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Embora não tenha por função específica a realização da polícia ostensiva, é perfeitamente válida, inclusive a realização da prisão em flagrante por guardas municipais, já que qualquer do povo pode assim agir, por expressa previsão no art. 301 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido é válida a citação de precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, § 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não tem o condão de inquinar de nulidade a ação penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório,

restando, portanto, legítima a sentença condenatória” (HC 129.932/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, 5ª T., j. 15/12/2009, DJe 01/02/2010).

Tratando-se de crime permanente como o tráfico ilícito de entorpecentes, a prisão do envolvido e a apreensão da droga pode ser feita sem mandado de busca e apreensão, diante da ressalva contida no artigo 5º, XI, da Carta Magna, acima transcrito, ou seja, salvo em "caso de flagrante delito".

Nesse sentido é o entendimento dos Tribunais.

“Superior Tribunal de Justiça – STJ. TÓXICOS - Entorpecentes - Porte e depósito - Flagrante - Crime permanente. Em se tratando de delito de natureza permanente, é prescindível a apresentação de mandado para efeito de apreensão da substância entorpecente e prisão do portador ou depositário.” (STJ - REsp. nº 124.012 - AM - Rel. Min. José Arnaldo - J. 02.09.97 - DJU 29.09.97).

Importante observar que, o réu, já conhecido dos meios policiais pela prática do tráfico, estava em uma área de vegetação, local também conhecido pela venda de drogas, com uma enxada cavoucando o terreno, em atitude suspeita, o que indicava a possibilidade de conduta criminosa. O cenário não só justifica, como pede imediata atuação dos agentes.

Abordado, foi encontrado com o réu, R\$10,00 em espécie, e próximo a ele 3 microtubos contendo cocaína e 2 pedras de *crack* e, com a ajuda de um cão farejador, os guardas localizaram próximo ao local onde ele cavava, mais 32 microtubos contendo cocaína, embaladas de forma idêntica às outras 3 porções, o que indica estava a ação policial fundada em legítima suspeita. Assim, a ação não implica qualquer irregularidade, ao contrário, é que se espera de uma atuação diligente e empenhada.

Em outras palavras, plenamente caracterizada a situação de flagrante, em situação apta a gerar a “notitia criminis” pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Legítima, portanto, a atuação dos agentes, bem como as provas por meio dela obtidas.

Nestes termos, rejeito a matéria preliminar.

No mérito, consta da denúncia que, no dia 04 de janeiro de 2022, por volta das 12h30min, na Rua Francisco Ribeiro, 88, Jardim Nova Odessa, no município e comarca de Mogi Guaçu, ADRIANO APARECIDO PETEKEVICIUS, nas imediações de uma praça pública, trazia consigo e guardava, para fins de tráfico e entrega a terceiros, 35 porções de cocaína pesando 25 gramas, bem como duas porções de “crack” pesando 6,0 gramas, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, e o fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, na data dos fatos o réu vendia drogas na via pública e, para tanto, trazia consigo três microtubos contendo cocaína e duas pedras de “crack”, além do que guardava, em meio à vegetação, outros 32 microtubos contendo cocaína, visando despistar eventual ação policial.

Guardas municipais já tinham ciência de que no local vinha ocorrendo o tráfico de drogas, sendo que em patrulhamento avistaram o réu vasculhando uma área de vegetação com uma enxada nas mãos. Sabedores de que traficantes escondem drogas no local, os guardas abordaram e revistaram o réu, sendo que encontram em poder de ADRIANO três microtubos de cocaína, duas pedras de “crack” e a quantia de R\$ 10,00 em espécie.

Com auxílio de um cão farejador, os guardas municipais localizaram outros 32 microtubos contendo cocaína, idênticos aos apreendidos na posse do réu, escondidos na vegetação, a uma distância de menos de cinco metros do local onde ADRIANO cavoucava.

A materialidade do crime ficou demonstrada nos autos, tanto que contra tal prova não houve insurgência.

No que tange a autoria, os elementos probatórios coligidos nos autos, sob o necessário crivo do contraditório, dão conta de que o réu estava atuando no nefasto mercado de drogas.

Em juízo, o réu negou a prática do delito. Conforme transcrito na sentença, disse que *trazia consigo apenas três pinos de*

cocaína, para seu próprio consumo, e que o restante da droga foi jogado no local por uma terceira pessoa ao avistar a chegada da viatura da guarda municipal, sendo esta pessoa a proprietária da droga. Disse ainda que já conhecia os guardas anteriormente ao fato, mas que não tinha qualquer desavença pessoal contra eles.

A autodefesa do apelante, no entanto, não merece acolhida, porquanto foi contrariada pela prova produzida em juízo, sobretudo os depoimentos das testemunhas.

O guarda civil municipal Valter Ralph da Silva Leopoldino, em juízo, relatou que *na data dos fatos, ele e seu parceiro estavam em patrulhamento quando avistaram o acusado vasculhando o local que é uma praça pública com uma enxada, motivo pelo qual, desconfiados, efetuaram a abordagem do mesmo, notadamente porque aquele local já é conhecido nos meios policiais como um ponto de vendas de drogas. Em revista pessoal foi encontrado com o acusado três microtubos contendo cocaína, duas pedras de “crack” e uma quantia de R\$10,00 (dez reais) em dinheiro. Na sequência, com o auxílio de um cão farejador, localizaram mais trinta e dois microtubos contendo a mesma droga, escondidos na vegetação, próximo ao local onde o acusado havia sido visto cavando.*

No mesmo sentido o depoimento do guarda civil municipal Thiago Augusto Nogueira, que corroborou a versão do colega ao narrar que *ele e seu colega Valter Ralph, estavam em patrulhamento em um local conhecido como ponto de venda de drogas, quando*

avistaram o acusado, conhecido pelos meios policiais, com uma enxada cavoucando a vegetação de um terreno, momento em que ao abordar o mesmo, encontraram uma quantia de R\$10,00 no bolso do acusado, e próximo a ele um recipiente com microtubos de cocaína e pedras de crack, não se recordando da quantia exata encontrada. Com o auxílio de um cão farejador, foram encontradas mais uma quantia de drogas, não sabendo informar com certeza o quanto.

Não há qualquer indício de que os guardas tenham agido com a abominável intenção de acusar falsamente o réu. Nem soa crível que os agentes tenham simulado a prisão de inocente pela prática de crime tão grave.

A Defesa alega que os depoimentos dos guardas são insuficientes para incriminar o réu, mas não justificou tal afirmação, deixando de trazer para os autos provas ou indícios de que os guardas que efetuaram a prisão não merecem credibilidade.

Depoimentos harmônicos e firmes no que é essencial, não há qualquer razão para desprezá-los, só porque emanam de agentes da lei, sendo relevante observar que, as pequenas divergências periféricas, não são suficientes para abalar a credibilidade de seus relatos, mesmo porque, justificam-se pelas inúmeras diligências de que participam, pelo decurso do tempo e por ambos os fatores associados.

Todo e qualquer testemunho, por cediço, é de valor relativo, pouco importando a profissão, sexo, credo, grau de instrução, posição social ou outro qualificativo do testificante. Em outras palavras,

é de valia aferível em face do conjunto instrutório, somente podendo ser, total ou parcialmente, desqualificado, se outros elementos do acervo probatório assim o demonstrarem ou se o testemunho for prestado por inimigo capital ou parente ou amigo íntimo do acusado, ou, ainda, por qualquer pessoa particularmente interessada no resultado do julgamento, defeitos estes, porém, sujeitos a demonstração e comprovação por meio de contradita e, conquanto assim, se o testificante, à luz do conjunto de provas, da verdade real se apartar. Não se pode aceitar *parti pris*, preconceito vazio, repulsa genérica, apenas calcada na profissão da testemunha. É de mister, pois, demonstrar e provar motivo concreto, particular ao testemunho no caso em julgamento, para destituí-lo de valor probante.

Nada disso ocorre na hipótese.

Dessa forma, sem a indicação de fatos objetivos e concretos que possam sugerir o comprometimento da isenção dos guardas, deverá prevalecer a palavra desses agentes públicos sobre a do réu.

Acrescenta-se, ainda, que a genitora do réu confirmou já ter encontrado no quarto dele pinos de cocaína, apesar de ter alegado que seu filho é usuário de drogas.

Nesse quadro, não parece que o caso seja apenas de uso. Os policiais disseram que faziam patrulhamento em local conhecido pelo tráfico de drogas quando avistaram o réu, já conhecido dos meios policiais pelo comércio ilegal, cavoucando o terreno com uma enxada, o

que motivou a abordagem.

E, como bem argumentado pelo Magistrado em sua decisão, (...) *observo que a tese defensiva relativa à existência de terceira pessoa no local, a qual teria sido vista pelo réu dispensando a sacola naquele local, e, portanto, pessoa que seria a dona dessa grande quantia de cocaína, não encontrou respaldo em nenhum outro elemento de prova que não seja a própria palavra do acusado* (fl. 218).

Portanto, as circunstâncias da prisão do réu, em local conhecido pelo comércio ilegal de drogas, trazendo consigo e armazenando 35 porções de cocaína e 2 porções de *crack*, incompatível com o mero uso, embaladas individualmente, prontas para imediata venda, aliados à ausência de comprovação de ocupação lícita e origem lícita do dinheiro apreendido, não deixam margem à dúvida quanto à traficância, não havendo se falar em absolvição por insuficiência de provas ou ainda em desclassificação para o artigo 28, da Lei 11.343/06.

De se ver que, para alicerçar a pretendida condenação, não é necessária a prova do comércio de substância entorpecente. O denominado tráfico ilícito de entorpecente é infração que se integra de várias fases sucessivas, articuladas umas com as outras, desde a produção até sua entrega ao consumo, com atos de comércio propriamente ditos, bem como os que lhe são preparatórios, acessórios ou complementares e alguns até despidos de caráter de mercancia. Como seria extremamente, para não se dizer praticamente impossível apurar em conjunto e em sua integralidade, todas as fases em que se desenvolve

essa atividade criminosa, contenta-se a lei, no esforço de combater as toxicomanias, em admitir que qualquer delas configura, por si só, delito contra a saúde pública (AC n. 172.880-3/7-00 – Relator Desembargador Cunha Camargo – TJSP).

O fato de o apelante ser usuário e ou dependente, por si só, não afasta a possibilidade de estar traficando. É sabido que muitos usuários se prestam ao desprezível comércio clandestino, às vezes, até mesmo para sustentar o próprio vício.

Conjunto probatório consistente, a condenação era mesmo de rigor.

Passo à análise das penas.

Na primeira etapa, a pena foi majorada de 1/6. Em seguida, em razão da incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas (existência de praça pública nas imediações) foi acrescida de mais 1/6. Por fim, aplicado redutor do art. 33, § 4º, da referida Lei na fração de 1/2, resultando definitiva em 03 anos, 04 meses e 25 dias de reclusão, além do pagamento de 340 dias-multa.

No que tange ao aumento exercitado na primeira fase, foi muito bem fundamentado e o patamar eleito se mostra proporcional à conduta praticada e não merece reparo, pois o d. Magistrado sentenciante considerou, para tanto as circunstâncias judiciais desfavoráveis, diante da quantidade das drogas apreendidas, além do alto grau de reprovabilidade da conduta pelo poder altamente viciante da

droga (cocaína), como bem explanado na decisão.

É perfeitamente possível a consideração da quantidade e natureza das drogas – 35 porções de cocaína e 02 porções de cocaína na forma de “crack” –, nos moldes do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Aliás, o mencionado artigo, determina que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Sobre o tema, a jurisprudência já decidiu que:

“Na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade de droga. O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato ao indicador das consequências do crime; a quantidade, quase sempre, aponta para o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa. Sentença e acórdão que sobejaram essas premissas bem como as demais circunstâncias que envolveram o delito, fundamentando de forma suficiente a exasperação da pena-base, na forma preconizada pelo art. 59, do Código Penal.” (STJ - 5ª T. - HC nº 18.940-RJ - Rel. José Arnaldo da Fonseca - j. 05.03.02 - v.u. - DJU de 22.04.02, pág. 225).

fixação da pena-base no mínimo legal, pois o artigo 59, do CP menciona oito elementos diversos para a aplicação da pena, que deverão ser observados com discricionariedade pelo magistrado, para fundamentar sua decisão.

No ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, “é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, *caput*, para fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. Não sendo, deve ela situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador.” (Código Penal Comentado, Editora Forense, 15ª Edição, 2015, p. 443)

No mais, cumpre consignar que “*A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.*” (STF, HC 113366, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, Processo Eletrônico, DJe-240, divulgado em 05-12-2013, publicado em 06-12-2013).

Desse modo, não se cogitando aumento tarifado, não vejo

ilegalidade na fixação do aumento aplicado, que pode traduzir maior rigor do Magistrado, mas jamais ilegalidade.

O pleito para o reconhecimento da atenuante da confissão qualificada não pode ser atendido, uma vez que, em juízo, Adriano negou a prática do crime, alegando que as porções de droga eram para seu consumo pessoal, contrariando as provas dos autos, em uma clara tentativa de se ver beneficiado.

Conforme dispõe a Súmula 630 do STJ: *A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecente exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.*

No que tange à causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, vale anotar que, ao contrário do sustentado pela Defesa, para seu reconhecimento, basta que o agente cometa a infração nas dependências ou imediações de um dos locais mencionados no referido artigo, não havendo necessidade de que os locais sejam especialmente visados pelo infrator.

O laudo pericial do local dos fatos (fls. 70/75) deixa claro que os fatos ocorreram bem próximos a uma praça pública, restando comprovada a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da referida Lei.

Bem aplicado, portanto, o aumento imposto.

De outro giro, como sustentado pela Acusação, não era

mesmo o caso da aplicação da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, porquanto, na hipótese dos autos, embora o réu seja tecnicamente primário, as circunstâncias de cometimento do delito indicam que não se trata a hipótese de tráfico eventual, sendo que a pena aplicada não se mostra suficiente para a repressão e prevenção ao crime de tráfico ilícito de drogas.

A redação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, diz 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”.

Esta norma possui natureza jurídica de causa especial de diminuição de pena. A finalidade desta minorante é adequar a punição ao caso concreto, atendendo-se ao princípio constitucional de individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal).

Seu objetivo é o de adequar a pena prevista no preceito secundário do artigo 33, “*caput*”, ao fato delituoso que represente menor gravidade, ou seja, reduzida ofensa, menor perigosidade social, uma vez que se dirige as pessoas que, a despeito de terem praticado uma conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dediquem à traficância.

Não é o caso dos autos. O réu foi condenado por trazer consigo e armazenar 35 porções de cocaína e 2 porções de *crack*, demonstrando sua dedicação a atividades criminosas. Deve ser ressaltado, ainda, como bem apontado pelo Ministério Público, que *ostenta o apelado condenação definitiva por fato análogo praticado posteriormente, sendo que por ocasião da audiência e debates orais o processo 1502434-63.2023.8.26.0362 ainda não contava com o trânsito em julgado em segunda instância para a defesa, conforme certidões de fls. 196/197 e 210, o que já indicava a habitualidade criminosa e a dedicação profissional do apelado ao tráfico de drogas. Entretanto, conforme certidão ora anexada e extraída dos autos 1502434-63.2023.9.26.0362, posteriormente à audiência e antes da prolação da r. sentença, houve o trânsito em julgado definitivo da condenação e, por muito maior razão, evidencia-se o descompasso da sentença ora guerreada com as disposições legais aplicáveis, motivo pelo qual não há que se falar em incidência da minorante aplicada para a redução da pena na terceira fase da dosimetria (fl. 246).*

Ao julgador compete a análise do impulso, do fator determinante da conduta objetivamente tratada, que lhe permita concluir tratar-se mesmo de caso de um criminoso meramente ocasional, ou mesmo, se vem tomando aquela conduta como estilo de vida, para que possa, não apenas determinar a gradação da redução da pena, como até mesmo o total afastamento da causa de redução

Sendo assim, a referida minorante deve ser aplicada levando em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, bem

como o artigo 42, da Lei 11.343/06, não se tratando de direito subjetivo, devendo ser aplicada quando as circunstâncias demonstrarem que se trata do denominado “traficante ocasional”.

É entendimento desta C. Câmara Criminal, em decisão de relatoria do Des. Machado de Andrade, no julgamento da Apelação nº 0102800-39.2012.8.26.0050, em data de 03 de julho de 2014:

“De outra banda, importante ressaltar que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não é direito subjetivo do acusado. O legislador, ao adotar a expressão “poderão”, quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra “deverão”, oriunda do verbo “dever”, que significa obrigação, necessidade, etc.

Assim, como o texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”, não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz, que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, e também o artigo 42, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.”

droga (cocaína), imprime maior gravidade à empreitada criminosa. É sabido que a cocaína é substância entorpecente altamente nociva, que causa ao usuário rápida dependência química e efeito devastador à própria saúde e à sociedade. Tais circunstâncias evidenciam, realmente, uma culpabilidade exacerbada na conduta do acusado.

Dessa forma, afasto a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, devendo a pena ser mantida no patamar de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Registro que não se vislumbra *bis in idem* no aumento das penas pela variedade, quantidade e natureza de entorpecente apreendida, que, na sequência, serve para impedir a aplicação máxima da redução prevista no § 4º, do art. 33.

As finalidades são diversas. O aumento das penas, na primeira fase do processo dosimétrico, decorre da determinação prevista no artigo 42 da Lei 11.343/2006. De outro lado, a quantidade de droga na posse do réu, por indicar dedicação ao cometimento de crimes, retira do agente o benefício da redução especial de penas, nos termos do § 4º, que se aplica ao traficante ocasional, que não faz do crime meio de vida. São objetivos diversos, que devem ser, ambos, considerados, sem que daí decorra a duplicidade vedada.

No que diz respeito à imposição do regime prisional, o fechado se mostra mesmo o adequado para o cumprimento da pena do crime de tráfico de drogas, tendo em vista as circunstâncias judiciais

desfavoráveis (art. 33, § 3º, do CP).

Aliás, a modalidade é, na verdade, a única compatível com a gravidade do delito praticado e está em sintonia com o rigor com que o legislador tratou o traficante, negando-lhe benefícios outros que normalmente concede a infratores de normas diversas.

Com efeito, se não tem ele direito à liberdade provisória, fiança etc., não faria sentido que, condenado, pudesse receber pena alternativa, ou cumprir a reprimenda em outro regime.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritas de direitos, porquanto a pena ora fixada é superior a 4 anos (art. 44, inc. I, do CP).

Pelo exposto, rejeitada a preliminar, nego provimento ao recurso defensivo e dou provimento ao recurso ministerial, a fim de aumentar a pena do réu para 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, regime fechado, além do pagamento de 680 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

MARCOS CORREA
Relator