



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000365917

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502314-64.2024.8.26.0530, da Comarca de Cravinhos, em que é apelante LEONARDO DE LIMA, 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: **Rejeitada a preliminar, deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 14 de abril de 2025.

LEME GARCIA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

16ª Câmara de Direito Criminal
APELAÇÃO n. 1502314-64.2024.8.26.0530
Comarca: CRAVINHOS
Apelante: LEONARDO DE LIMA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO
Voto: 32688

Apelação. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Preliminar de nulidade por violação de domicílio. Inocorrência. Fundadas razões que justificaram a entrada dos policiais militares no local dos fatos. Acusado que, ao avistar a viatura, dispensou drogas e correu para o interior da residência. Preliminar rejeitada. Mérito. Materialidade e autoria bem demonstradas pelo laudo toxicológico e pelos firmes e coerentes depoimentos prestados pelos policiais militares. Condenação mantida. Dosimetria. Exasperação da pena-base em razão da natureza e da quantidade de substâncias ilícitas apreendidas. Circunstância a ser analisada na terceira fase, quando da aferição do redutor. Aumento afastado. Tráfico privilegiado bem reconhecido. Viável a aplicação do redutor em grau intermediário. Pena redimensionada. Possibilidade de fixação do regime inicial aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por LEONARDO DE LIMA contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Rodrigo Brandão Sé, da 2ª Vara da Comarca de Cravinhos, que o condenou à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 151/167).

Em razões de recurso, pretende a Defesa, preliminarmente, a declaração de nulidade das provas obtidas, em razão da ilegalidade da busca domiciliar. No mérito, pleiteia a

absolvição do apelante por insuficiência de provas. De forma subsidiária, requer a aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, na fração máxima, e a fixação do regime inicial aberto (fls. 211/228).

Em contrarrazões, manifesta-se a Promotoria de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 321/330).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luis Fernando de Moraes Manzano, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 340/367).

É o breve relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

O apelante foi condenado porque, no dia 22 de julho de 2024, por volta das 15h, na Rua Gustavo Conti, n. 127, na cidade de Cravinhos, guardava e mantinha em depósito, para fins de tráfico, 01 tijolo de maconha, pesando 612,36g, e 104 *eppendorfs* contendo cocaína, com massa líquida de 30,95g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta da denúncia que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina quando avistaram o acusado em comportamento suspeito. Ao avistar a viatura, o réu arremessou três pinos de cocaína no chão e se evadiu para a garagem de sua residência.

Os agentes públicos foram em seu encalço e localizaram no interior do imóvel a quantia de R\$ 1.200,00 e mais de uma centena de pinos de cocaína escondidos no telhado, similares aos que haviam sido dispensados na via pública.

Preliminarmente, não há que se cogitar em prova ilícita no presente caso, sob a alegação de que os policiais militares ingressaram na residência do apelante sem mandado judicial ou autorização de seus moradores.

É certo que o tráfico de drogas, sobretudo quanto aos seus verbos “guardar” e “ter” em depósito, é crime permanente, de modo estado de flagrância se perpetua enquanto durar a conduta típica (guardar ou ter em depósito drogas sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar).

Nada obstante, mesmo nos casos de crimes permanentes, o ingresso dos agentes públicos no domicílio do cidadão sem mandado judicial deve ser devidamente justificado, de modo a fundamentar a existência do estado de flagrância apto a excepcionar a inviolabilidade de domicílio prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

No presente caso, os policiais asseveraram, sob o crivo do contraditório, que o acusado, ao notar a aproximação da viatura, jogou três porções de cocaína ao solo correu para o interior da residência.

A propósito, a prévia apreensão de drogas, aliada à fuga para o interior do imóvel são circunstâncias que conferem justa causa para entrada no domicílio sem mandado de busca e apreensão.

Em casos análogos, assim já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. ATO INFRANCIONAL ANÁGOLO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INVASÃO À DOMICÍLIO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA E FUNDADAS RAZÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui o entendimento de que "o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (AgRg no HC 678.069/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 20/9/2021).

In casu, extrai-se do acórdão impugnado a existência de justa causa para ingresso dos policiais no domicílio do paciente, tendo em vista que o local é conhecido no meio policial como ponto de tráfico e, no dia da apreensão do menor, este foi visto em atitude suspeita e ao perceber a presença dos policiais correu para o interior do imóvel, onde os milicianos apreenderam 33 invólucros, com massa bruta total de 47,36g de cocaína, além de R\$ 26,00 (vinte e seis reais) e anotações referentes à venda de drogas.

Nesse contexto, a partir da leitura dos autos, verifica-se que foi constatada a existência de indícios prévios da prática de crime permanente, o que autoriza a atuação policial, não havendo falar em nulidade da prisão em flagrante no interior do domicílio do agente, por ausência de mandado judicial.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 733382/SC, relator Ministro Joel Ilan

Paciornik, Quinta Turma, julgado em 04/03/2024,
DJe de 06/03/2024)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS
CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E
DOMICILIAR. PARÂMETROS OBJETIVOS. FUNDADAS
RAZÕES. DISPENSA DE SACOLA CONTENDO
ENTORPECENTES. FUGA AO AVISTAR A VIATURA.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
PRISÃO PREVENTIVA. REINCIDÊNCIA ANTIGA.
INEXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA.
SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES
DIVERSAS.

1. No caso dos autos, o Tribunal de origem entendeu pela existência de fundadas razões para a realização da busca pessoal e domiciliar, uma vez que "o indiciado, no momento em que percebeu que iria ser abordado, correu para o interior da residência, dispensando a sacola que ele portava no momento em que ele atendia o motorista do carro preto; a sacola foi dispensada dentro do quintal da frente da casa; foram ao encalço do indiciado e conseguiram aborda-lo no corredor lateral da casa; o indiciado resistiu à abordagem, sendo que tiveram que usar força física e algemas" e "a sacola que estava caída na frente da casa, ainda no interior do quintal, foi verificado que continha 12 pedras de crack;".

2. Desse modo assiste razão à insurgência do Ministério Público, uma vez que **as circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais no domicílio do réu e posterior abordagem evidenciaram, de modo objetivo, as fundadas razões, dado que o paciente foi visto negociando a venda de drogas em local conhecido pelo tráfico, ocasião em que dispensou uma sacola, na qual foram encontrados os entorpecentes, além de ter empreendido fuga para o interior da residência.**

3. Por outro lado, ao tratar dos requisitos da custódia cautelar, o juízo de 1º grau não apresentou motivação concreta para a prisão, mencionando apenas a reiteração delitiva do réu, ora agravante, o qual registra passagens criminais antigas, evidenciando-se, ainda, a inexpressiva quantidade de droga apreendida (3,26g de cocaína e 2, 08g de crack).

4. Diante disso, considerando as peculiaridades do caso, entendo possível o resguardo da ordem pública e a garantia da aplicação da lei penal por medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP, quais sejam: a) comparecimento periódico em juízo, sempre que for intimado para os atos do processo e no prazo e nas condições a serem fixados pelo Juiz, a fim de informar seu endereço e justificar suas atividades (art. 319, I, do CPP); b) proibição de

ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (art. 319, IV, do CPP); e c) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (art. 319, V, do CPP).

5. Agravo regimental provido, para reconsiderar a decisão agravada a qual determinou o trancamento da ação penal n. 1501154-47.2022.8.26.0603, mas conceder parcialmente o habeas corpus para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares acima referidas, sem prejuízo de outras providências que o juízo de primeiro grau entender cabíveis.

(AGRg no HC 787885/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, Sexta Turma, data do julgamento 28/11/2023, DJe 04/12/2023)

Desse modo, havia justificativa para o ingresso dos agentes públicos na residência, estando, portanto, caracterizada a exceção prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Rejeitada a preliminar de nulidade, passo à análise do mérito recursal.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/03), pelo boletim de ocorrência (fls. 12/15), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 19/20), pelo laudo de constatação (fls. 22/24), pelo exame químico-toxicológico (fls. 60/62), pela fotografia (fl. 26), bem como pela prova oral colhida.

A autoria, do mesmo modo, é inconteste.

Em solo policial, o acusado negou a propriedade das drogas apreendidas, alegando que o flagrante foi forjado pelos policiais. Afirmou que somente portava um cigarro de

maconha quando os agentes adentraram em sua residência (fls. 08/09).

Em juízo, disse que estava em casa, quando os policiais militares invadiram o local. Foi agredido pelo policial Edvandro com um soco no peito. Na sequência, eles fizeram a revista e encontraram apenas um cigarro de maconha. Ao chegar na Delegacia de Polícia, os policiais apresentaram as drogas apreendidas. Aduziu que os policiais não gostam da família dele e que reside próximo a um antigo ponto de tráfico. Mencionou que já havia sido abordado pelos policiais uma vez, quando estava em um bar, e na ocasião não encontraram nada de ilícito com ele. Asseverou que os policiais militares guardavam as drogas no porta-luvas da viatura. Afiançou que o valor encontrado pertencia a sua namorada, referente ao pagamento da empresa em que trabalhava (mídia digital).

O policial militar Edvandro Knob, policial militar, narrou que a praça em frente à casa do acusado é um conhecido ponto de tráfico. Por ocasião dos fatos, em patrulhamento de rotina, avistaram o acusado que, ao notar a presença dos militares, dispensou três pinos de cocaína e tentou se evadir para dentro da residência, mas foi detido. Indagado sobre a existência de mais drogas, o acusado negou. A genitora autorizou o ingresso na residência. Seu colega Carlos Henrique localizou no telhado da residência mais cápsulas de cocaína e um tijolo de maconha. Acrescentou que no quarto do réu foram apreendidos R\$ 1.100,00. A respeito da origem do valor, o réu respondeu "*não interessa*". Asseverou que o acusado já havia sido detido no mesmo local, durante a adolescência (mídia digital).

O policial militar Carlos Henrique Gomes Tavares, em juízo, disse que estavam em patrulhamento no bairro Nova Cravinhos e, ao adentrarem na Rua Gustavo Conti, conhecida por abrigar ponto de tráfico de droga, avistaram LEONARDO, também conhecido nos meios policiais. Ao se aproximarem, o acusado dispensou três objetos e correu para o interior da residência. Constataram que eram pinos de cocaína e lograram fazer a abordagem do réu na garagem do imóvel. Questionado sobre a presença de mais drogas, o réu respondeu, em tom de deboche, *"veja o que vocês fazem, se vocês acharem..."*. Afirmou que fizeram uma busca na garagem e ao redor da residência, na presença dos familiares. Nos fundos da casa, observou marcas de pé e mão no muro, que davam para um telhado de eternit. Decidiu verificar e encontrou uma sacola contendo uma grande quantidade de pinos de cocaína e um tijolo de maconha (mídia digital).

A informante Gabriele Bento, prima do acusado, em juízo, declarou que estava na casa de LEONARDO no momento da prisão. Relatou que o réu tinha chegado do trabalho há cerca de 40 minutos. Sua tia estava no portão e permitiu a entrada dos policiais. Afirmou que os policiais agrediram o réu e não encontraram nada com ele durante a revista. Não viu se algum dos policiais subiu ao muro do imóvel durante as buscas (mídia digital).

A informante Aline Patrícia Domingues, prima do acusado, em juízo, narrou que presenciou o momento da prisão do réu. Estava no interior da residência junto com o acusado, que havia voltado do trabalho há cerca de quarenta minutos. Os policiais militares chegaram e uma parente abriu o

portão para eles entrarem. Disse que o réu foi agredido, asseverando que não havia drogas na casa. Afiançou que acompanhou as buscas. Mencionou que os policiais somente fizeram buscas no quintal e na casa, mas não no telhado (mídia digital).

Depreende-se do conjunto probatório amealhado aos autos, notadamente dos firmes, harmônicos e coerentes depoimentos dos policiais militares, que foram encontrados um tijolo de maconha e mais de uma centena de pinos de cocaína escondidos no telhado da residência do acusado, semelhantes aos que LEONARDO havia dispensado momentos antes.

Impende destacar o relevante valor probatório que deve ser conferido aos depoimentos dos agentes públicos, mormente porque se mostraram em harmonia com os demais elementos do conjunto probatório colhidos sob o crivo do contraditório. No presente caso, nada foi constatado que desqualificasse a conduta moral ou funcional desses profissionais a ponto de tornar suspeita a versão por eles apresentada, não se mostrando crível a alegação do réu de que o encontro da droga foi forjado, pelo simples fato de que os policiais não gostavam dele e de seus familiares.

Sobre a credibilidade que deve ser conferida aos depoimentos de policiais civis e militares, este é o firme entendimento dos Tribunais Superiores:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL
NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO

CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DILIGÊNCIA REALIZADA NO DOMICÍLIO DO AGRAVANTE SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. FUNDADAS RAZÕES. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. ENTORPECENTES DISPENSADOS PELO SUSPEITO ANTES DA ABORDAGEM POLICIAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. 1. O entendimento neste Tribunal Superior é o de que "o ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (REsp n. 1.574.681/RS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe de 30/5/2017). 2. No caso em apreço, contudo, o Tribunal de origem concluiu que havia fundadas razões para o ingresso dos policiais no domicílio do acusado em razão de ele ter dispensado, antes de correr em direção ao interior do imóvel, uma sacola onde foram encontrados os 26 papétes de maconha, conduta suspeita que, associada às demais circunstâncias, motivou a abordagem dos policiais. Inexiste, portanto, a nulidade alegada pelo ora agravante. Precedente. **3. A jurisprudência desta Corte é firmada no sentido de que "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso"** (HC n. 477.171/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018). 4. A mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver o acusado, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ). 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1770014/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 15/12/2020)

A propósito, o próprio acusado afirmou que já havia sido abordado pelos mesmos policiais em ocasião anterior, sendo liberado por eles após não encontrarem nada de ilícito em seu poder, o que reforça a percepção de que os policiais não tinham interesse em incriminá-lo injustamente.

Releva notar que os depoimentos de Gabriele e Aline devem ser recebidos com reservas, haja vista a existência de laços familiares com o réu, do qual naturalmente decorre o interesse em beneficiá-lo.

Além disso, a quantidade e forma de acondicionamento das porções, embaladas em um total de 104 porções individuais de cocaína (30,95g), além de um tijolo de maconha (612,36g), não deixam dúvidas quanto à destinação das substâncias ilícitas, de tal modo que era mesmo de rigor a condenação do réu pelo crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, não se podendo cogitar sobre absolvição.

Valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, bem como estão em consonância com os elementos de informação colhidos durante a fase inquisitorial, de modo que suficientes para fundamentar o édito condenatório.

Confirmado o mérito da sentença condenatória, passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, ausente circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi fixada no mínimo legal de

05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda etapa, a despeito da atenuante da menoridade relativa, não era mesmo o caso de redução da pena aquém do mínimo legal, a teor do que dispõe a Súmula n. 231 do E. Superior Tribunal de Justiça:

Súmula n. 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Na terceira e última fase, o d. juízo *a quo*, acertadamente, reconheceu da causa de diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, uma vez que se trata de agente primário, sem comprovação de habitualidade criminosa ou que integre organização criminosa. Contudo, a fração de redução no mínimo de 1/6 comporta adequação, notadamente porque a quantidade de drogas apreendida (612,36g de maconha e 30,95g de cocaína), embora significativa, não é exorbitante.

Desta forma, considerando a quantidade e variedade de substâncias ilícitas apreendidas, revela-se viável a redução da pena em seu grau intermediário, tornando-se definitiva a pena imposta ao apelante em 02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Cabível também a fixação do regime inicial aberto.

Muito embora o § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90 determine o início do cumprimento da pena referente ao

delito de tráfico de drogas em regime fechado, a inconstitucionalidade da referida norma já foi reconhecida em controle incidental pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer forma, é de se observar que no caso dos autos houve o reconhecimento do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, cuja hediondez foi afastada pelo Pretório Excelso, no julgamento do HC n. 118.533/MS, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. **1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)**

A propósito, na mesma linha, a Lei n. 13.964/19, que trouxe inovações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, ao tratar da progressão de regime, previu expressamente que não se considera o crime de tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, como crime hediondo ou equiparado.

Em vista disto, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser feita com base nas normas gerais estabelecidas no Código Penal.

Com fulcro no artigo 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 do CP deve ser norte para determinar o regime adequado ao início do cumprimento da reprimenda, respeitados os limites estabelecidos no § 2º, do artigo 33, do mesmo diploma legal.

A par disso, há reiteradas decisões de nossos tribunais admitindo regime inicial menos gravoso para os condenados por tráfico:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTES PRIMÁRIOS, CONDENADOS A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO, NÃO HÁ MAIS QUE SE FALAR EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]

3. Hipótese em que o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena basearam-se em alegações genéricas acerca da gravidade do delito.

4. O quantum da condenação (3 anos de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem aos pacientes iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

5. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. Em consequência, não há mais que se falar em execução provisória de penas

restritivas de direitos. (HC 521.935/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019)

Desta forma, não há impedimento legal no presente caso para a concessão de regime prisional menos gravoso, até porque a Lei de Drogas não faz nenhuma referência ao regime inicial.

Vale registrar, ainda, que a Súmula Vinculante n. 59, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, estabelece como *"impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal."*

Sendo assim, considerando o *quantum* de pena privativa de liberdade imposta, aliado à primariedade do apelante, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, fixo regime inicial aberto para o seu cumprimento.

E ainda, tendo em vista a Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão *"vedada a conversão em penas restritivas de direitos"* do artigo 33, § 4º, da Lei de drogas, declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n. 97.256/RS, entendo ser cabível no presente caso a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, suficientes para a prevenção e reprovação do delito.

No presente caso, anotadas a manutenção da pena-base no piso legal e a incidência do redutor em seu patamar máximo, considero que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos se mostra cabível em face das circunstâncias favoráveis ao apelante.

Substituo, assim, a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo e prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção imposta, ambas em favor de entidade com destinação social, a serem precisamente estabelecidas no juízo da execução.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeitada a preliminar, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir a pena imposta a LEONARDO DE LIMA para 02 anos e 06 meses reclusão, e pagamento de 250 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e modificar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, do semiaberto para o aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de um salário mínimo e prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção aplicada, ambas em favor de entidade com destinação social, a serem precisamente estabelecidas no juízo da execução, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

LEME GARCIA

Relator