



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000384940

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501429-80.2024.8.26.0617, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante LUAN LIMA DE PAULA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso Defensivo interposto apenas para, preservada a condenação e a pena aplicada, substituir a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos - prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária -, fixar o regime aberto para início de cumprimento em caso de revogação do benefício, mantendo-se, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Comunique-se, com urgência, à Vara das Execuções Penais para as providências pertinentes. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente) E ELY AMIOKA.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1501429-80.2024.8.26.0617

Apelante: Luan Lima de Paula

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 2ª Vara Criminal do Foro de São José dos Campos

Voto nº 5089

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, C/C §4º E ARTIGO 40, INCISO VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO, SUSTENTANDO, EM SÍNTESE, INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES CORROBORADOS PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS NOS AUTOS. MAJORANTE DO ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI DE DROGAS, CARACTERIZADA E COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO PERCENTUAL DE 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL PELA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS EM PODER DO APELANTE, EM CONSONÂNCIA AO QUE ESTABELECE O ARTIGO 42 DA LEI DE DROGAS. PENA POSTERIORMENTE MAJORADA NO PERCENTUAL DE 1/6, POR TER SIDO O CRIME PRATICADO ENVOLVENDO ADOLESCENTE (ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/06). RECONHECIDA A FIGURA PRIVILEGIADA DO CRIME, COM REDUÇÃO DA REPRIMENDA NO PERCENTUAL DE ½, QUE NÃO COMPORTA FRAÇÃO MAIS BENÉFICA. CRIME PRATICADO EM NOTÓRIO LOCAL DE VENDA DE DROGAS, ENVOLVENDO ADOLESCENTE. QUANTIA EM ESPÉCIE APREENDIDA REVELA QUE VÁRIAS PORÇÕES JÁ HAVIAM SIDO VENDIDAS, A DEMONSTRAR QUE NÃO SE TRATAVA DE INDIVÍDUO INCIPIENTE NO COMÉRCIO ESPÚRIO EM COMENTO, E PORTAVA CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS FRACIONADAS. REGIME INICIAL

SEMIABERTO FIXADO, NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ENTRETANTO, O APELANTE FOI AGRACIADO COM A FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, AUSENTES VETORES NEGATIVOS PREVISTOS NO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL, COM A REDUÇÃO DA REPRIMENDA NO PERCENTUAL DE ½. EXEGESE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 59 DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE IMPÕE, PEREMPTORIAMENTE, A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS NA HIPÓTESE DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA CORPORAL ORA SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NO VALOR CORRESPONDENTE A 01 SALÁRIO-MÍNIMO A ENTIDADE A SER INDICADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS, COM FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DO BENEFÍCIO. INAFASTABILIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA, POIS INTEGRA O PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao relatório da r. sentença (págs. 122/128), que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Luan Lima de Paula**, qualificado nos autos, foi processado e condenado por r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Brenno Gimenes Cesca, da 2ª Vara Criminal do Foro de São José dos Campos, ao cumprimento de 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento do valor correspondente a 340 (trezentos e quarenta) dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput*, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

Irresignado, insurge-se o acusado buscando a absolvição, sustentando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer: **(I)** fixação da pena-base no mínimo legal; **(II)** afastamento da causa de aumento de pena; **(III)** aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei 11343/06, em seu patamar máximo; **(IV)**

abrandamento do regime prisional; **(V)** substituição da pena corporal por restritivas de direito, bem como, **(VI)** a redução da pena de multa (págs. 149/158).

Processado e contrarrazoado o recurso (págs. 163/165), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento (págs. 174/182).

É o relatório.

O apelo comporta parcial acolhimento.

O acusado foi processado e condenado pela prática de tráfico ilícito de drogas, envolvendo adolescente, porque, ao que consta da denúncia (págs. 69/70):

“(...) no dia 27 de agosto de 2024, por volta das 16h45, na Rua Luiz Gonzaga Rei do Baião, n.º 100, Conjunto Habitacional Elmano Veloso, nesta cidade e comarca, LUAN LIMA DE PAULA, qualificado a fls. 22, agindo adrede ajustado e nutrindo identidade de desígnios com o adolescente Paulo Henrique Silva de Moraes, de 16 anos de idade, trouxe consigo 204,05g de maconha, distribuída em 171 unidades; 55,48g de cocaína, distribuída em 81 pinos plásticos; e 5,25g de crack, distribuído em 30 pedras, conforme denotam o auto de exibição e apreensão de fls. 41/42 e o laudo de constatação provisória de fls. 37/40.

De acordo com a acusação:

Apurou-se que na supracitada via pública, conhecido ponto de narcotráfico, o denunciado promovia a venda das drogas, que trazia no interior de uma sacola, a três indivíduos não identificados, quando notou a aproximação de uma viatura da Polícia Militar, diante do que arremessou referida sacola para o adolescente, Paulo Henrique, que estava no telhado de uma casa, o qual tratou de guardar a sacola dentro de uma mochila, vindo ambos, em seguida, a empreender fuga.

Mas, na sequência, a dupla foi perseguida, detida e submetida a

busca pessoal, oportunidade em que, em poder do denunciado, os policiais encontraram a quantia de R\$ 172,00, produto do tráfico, ao passo que com o adolescente foi apreendida a mencionada mochila, com a sacola em seu interior, contendo as porções de maconha, cocaína e crack, além de um aparelho de telefonia celular.”

A materialidade restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (págs. 01 e seguintes); boletim de ocorrência (págs. 02/06); imagens dos entorpecentes (págs. 31/35); laudo de constatação prévia (págs. 36/40); auto de exibição e apreensão (págs. 41/42); relatório final de inquérito policial (págs. 64/65); laudo de exame químico-toxicológico (págs. 111/113), que resultou positivo para *tetrahydrocannabinol* e cocaína; bem como pela contundente prova oral produzida.

E a autoria é igualmente certa.

Com efeito, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, o apelante nada declarou e optou por permanecer em silêncio (págs. 20/21).

No contraditórios, disse que:

“(...) estivera no local para comprar drogas. Fora abordado pela polícia e liberado. Posteriormente, fora novamente abordado pela mesma guarnição, que lhe imputou falsamente a posse da droga ventilada.” (pág. 123)

Entretanto, essa singela e inconsistente negativa de autoria não se sustentou, restou isolada nos autos, desprovida de um mínimo de prova que lhe confira sustentação, resultando infirmada pelo robusto e comprometedor acervo probatório produzido.

Os policiais militares *Marcelo Fernandes Candido* e *Jonathan Felipe Cruz*, em Juízo, informaram que:

“(...) durante patrulhamento avistaram o acusado em atitude

típica de tráfico. Ao notar a presença da guarnição, ele arremessou a sacola que trazia consigo para o adolescente, em cujo interior fora apreendida expressiva quantidade e variedade de drogas, sendo também apreendido dinheiro na posse direta do réu” (pág. 124)

Os esclarecimentos apresentados pelos policiais são merecedores de toda credibilidade, uma vez que não se pode presumir que iriam criar injusta e gratuita acusação. Como qualquer outra testemunha, prestaram compromisso de dizer a verdade e não viriam a Juízo para apresentar versão mendaz, apenas para justificar a diligência que realizaram.

Não se pode, pois, desconsiderar a prova em questão por mera presunção, sem demonstração de suspeita ou má-fé, ou prova concreta de que não corresponda à verdade real dos fatos.

Nesse sentido:

“Os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado” (STJ - AgRg no AREsp nº 1997048/ES, Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5 – Quinta Turma, DJe em: 21/02/2022).

“Inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais - especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (STF - HC nº 74438/SP, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJe em: 14/03/2011).

De se ressaltar que inexiste nos autos qualquer indício de animosidade entre os agentes policiais e o apelante. Ademais, o delito de tráfico de drogas se caracteriza (consuma) com a prática de

qualquer uma das condutas alternativas do tipo, todas de natureza permanente e preexistentes à atuação policial.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.” (STJ - REsp nº 1361484/MG, Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 13/06/2014).

Desse modo, nada obstante a insurgência defensiva, o conjunto probatório se mostrou robusto e comprometeu o acusado.

A destinação mercantil dos entorpecentes se revelou inequívoca. Durante ação policial, o acusado foi surpreendido em companhia de um adolescente, em local notoriamente conhecido pela prática de tráfico de drogas. Ao perceber a aproximação da viatura, lançou a sacola que portava sobre um telhado, onde estava o adolescente *Paulo Henrique*, que a ocultou. Em seguida, ambos foram abordados e detidos pelos policiais. Com o réu, apreenderam dinheiro, e, no interior daquela sacola estavam os entorpecentes descritos na denúncia.

A singela alegação do acusado de que teria sido falsamente incriminado se mostrou insubsistente e permaneceu isolada nos autos, desprovida de qualquer demonstração probatória de veracidade, como estabelece o artigo 156 do Código de Processo Penal.

Ademais, embora o apelante não tenha sido flagrado entregando entorpecentes para consumo de terceiros, o desfecho da ação penal não poderia ser outro. Como é sabido, o tráfico ilícito de entorpecentes é de conteúdo variado ou misto alternativo, de sorte que qualquer das condutas previstas no referido dispositivo legal tipifica o crime:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.” (STJ - REsp nº 1361484/MG, Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 13/06/2014).

Certo ainda que a condição de usuário – e até mesmo a de dependente – não excluem, *a priori* e por si só, a de traficante, mormente porque é de conhecimento geral que a maioria dos agentes que se envolvem no tráfico de drogas buscam também satisfazer o próprio vício, recebendo, por vezes, porções de tóxicos como forma de pagamento pela mercancia ilícita que praticam. Ademais, as diversas porções de droga apreendidas e a forma que estavam acondicionadas, somadas às demais circunstâncias do flagrante, revelam que seriam revendidas, inviabilizando a desclassificação do crime denunciado para a figura típica prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Assim, pelas razões acima consignadas, bem demonstrada a destinação mercantil das substâncias apreendidas.

A majorante do artigo 40, inciso VI, da Lei nº.

11.343/2006, restou caracterizada e comprovada.

Incontroverso que o acusado praticou o crime envolvendo o adolescente *P. H. S. de M.*, que contava com dezesseis anos de idade à época dos fatos (pág. 14). Nesse sentido, os policiais militares *Marcelo Fernandes Candido* e *Jonathan Felipe Cruz*, no contraditório, relataram que o acusado, ao avistar a guarnição, arremessou a sacola com entorpecentes que portava ao adolescente, que a ocultou; ou seja, ambos estavam previamente ajustados e com o mesmo nexos psicológico no comércio espúrio.

Por outro lado, não há elementos nos autos que demonstrem que o inimputável já estivesse corrompido pela prática de crimes anteriormente aos fatos descritos neste feito, até porque, ainda que assim o fosse, não afastaria a incidência da referida agravante, de natureza formal.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE AUMENTO. ART. 40, VI DA LEI DE DROGAS. CORRUPÇÃO DE MENOR. COMPROVAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.127.954/DF (DJe 1º/2/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal uniformizou o entendimento de que, para a configuração do crime de corrupção de menores, basta haver evidências da participação de menor de 18 anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de o adolescente já estar corrompido, visto que se trata de delito de natureza formal.” (REsp 1.288.494/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 21/11/2016). 2. No caso, sendo incontroversa a participação da menor, o restabelecimento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 da sentença de primeiro grau é medida que se impõe. 3. Agravo regimental não provido”. g.n. (STJ - AgRg no AREsp: 568189 MG 2014/0216436-7, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 20/06/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2017).

Dessa forma, os elementos da prova oral e a substancial quantidade e variedade de drogas apreendidas, aliada à forma profissional como estavam acondicionadas – **171 porções de maconha, pesando 204,05 gramas; 81 porções de cocaína, pesando 55,48 gramas, e mais 30 porções de crack, pesando 5,25 gramas** – (conforme laudo de págs. 111/113), além de R\$ 172,00 em dinheiro (auto de exibição e apreensão – págs. 41/42), tudo sob a guarda e responsabilidade do apelante e do adolescente.

Passa-se à análise da reprimenda lançada.

1ª Fase. Atendendo aos critérios norteadores dos artigos 59 do Código Penal, 42 da Lei nº 11.343/2006, e considerando a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, o MM. Juiz Sentenciante fixou a pena-base na fração de 1/6 acima do mínimo legal, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, o que deve ser mantido.

Como é cediço, a expressiva quantidade de drogas variadas apreendidas em poder do apelante não podem ser desconsideradas, uma vez que excedem o patamar ordinário previsto no tipo penal em análise e evidenciam a gravidade e maior reprovabilidade da conduta praticada. O apelante foi flagrado portando quantidade significativa de drogas (204,05g de "maconha", distribuída em 171 unidades; 55,48g de cocaína, distribuída em 81 pinos plásticos; e 5,25g de crack, distribuído em 30 pedras). Ressalte-se que a cocaína é substância altamente nociva e viciante, que causa deletérias consequências aos viciados, às famílias e à sociedade, circunstância que autoriza a valoração da basilar, a teor do que estabelece o artigo 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. PREPONDERÂNCIA DA QUANTIDADE DE DROGA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. AGRAVO

REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A quantidade de drogas apreendidas - 345,50 g (trezentos e quarenta e cinco gramas e cinco decigramas) de maconha - autoriza a majoração da pena-base, consoante orientação jurisprudencial desta Sexta Turma: "o aumento da pena-base do paciente não se mostra, no caso, desarrazoada ou desproporcional, já que devidamente fundamentada em elementos concretos (quantidade da droga apreendida - 401 gramas de maconha) e condizentes com o entendimento desta Corte acerca do tema. Precedentes" (HC 367.048/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/11/2016, sem grifos no original). 2. A posse de aludido montante de entorpecentes extrapola o ordinário ao tipo penal em comento e denota a maior reprovabilidade da conduta perpetrada, o que, consoante inteligência do art. 42 da Lei n.º 13.343/2006, reclama a exasperação da reprimenda. 3. O acréscimo de 1 (um) ano na pena-base não se mostra ilegal ou desproporcional a ponto de ensejar excepcional reforma da dosimetria em via mandamental. 4. Agravo regimental desprovido." (STJ - AgRg no HC: 498966 RJ 2019/0074981-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/08/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/08/2019).

2ª Fase. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

3ª Fase. Pela majorante reconhecida – artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 –, correta a exasperação da reprimenda no percentual de 1/6, resultando em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Na derradeira etapa, o Magistrado a quo reconheceu o privilégio previsto no artigo 33, §4º da Lei de Drogas, o que assim justificou:

"Como o réu é primário, de bons antecedentes, não havendo provas de que se dedique a outras atividades criminosas ou integre organizações desta natureza, reduzo as reprimendas da metade (§ 4º do art. 3), totalizando 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, além de 340 (trezentos e quarenta) dias-multa, o unitário no mínimo abstratamente cominado." (pág. 126)

Neste aspecto, a reprimenda foi reduzida no percentual de $\frac{1}{2}$, o que se justifica pela quantidade expressiva de drogas variadas apreendida, circunstâncias concretas do delito, não comportando alteração.

Com efeito, a quantidade e natureza das drogas, bem como as circunstâncias do caso, embora não possam, por si sós, afastar o reconhecimento do privilégio legal, servem de baliza para quantificar a fração de redução de pena aplicável.

Nesse sentido:

“Apelação criminal Tráfico de entorpecentes Sentença condenatória Preliminar de nulidade por alegada ausência de fundadas razões para a abordagem e revista pessoal Rejeição Existência de suspeitas para a realização da diligência, não sendo demonstrada qualquer arbitrariedade na conduta dos agentes públicos, os quais apenas cumpriram sua função No mérito, pretendida a concessão do privilégio e o abrandamento do regime prisional Admissibilidade parcial Materialidade e autoria suficientemente demonstradas Depoimentos de policiais valiosos na elucidação dos fatos Expressiva quantidade de maconha, cocaína e crack apreendida em poder do réu, dividida em diversas porções individuais, prontas para entrega ao consumo Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo probatório Penas bases reduzidas Menoridade e confissão Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça Redutor concedido, uma vez que preenchidos os requisitos legais Contudo, adota-se a fração intermediária (1/2), mercê da natureza altamente viciante de parte das drogas apreendidas Cabível, ainda, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos Atual orientação do Pretório Excelso acerca da não hediondez do “tráfico privilegiado” que autoriza, excepcionalmente, a fixação de regime prisional diverso do fechado para início do desconto da reprimenda corporal Suficiência Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido.” (TJSP; Apelação Criminal 1500473-07.2022.8.26.0594; Relator (a): Moreira da Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bauru - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/10/2023; Data de Registro:

11/10/2023).

***“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. MINORANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO APLICADA. PROPORCIONALIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organização criminosa. 2. A Terceira Seção, em decisão proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. 3. Desta forma, considerando a expressiva quantidade da droga apreendida (2,894kg de maconha), a fração de 1/3 (um terço) pela incidência da minorante do tráfico privilegiado se mostra proporcional e adequada. 4. Agravo regimental desprovido.”* grifos nossos (STJ - AgRg no AREsp: 2387177 SP 2023/0205781-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 26/09/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/10/2023).**

Verifica-se, assim, que agiu o Douto Magistrado em seu campo de discricionariedade motivada, diante das peculiaridades do caso concreto, proferindo decisão fundamentada, que não comporta qualquer alteração.

Como já decidiu esta C. 15ª Câmara de Direito Criminal em situação análoga:

“Por derradeiro, presentes os requisitos legais, o magistrado sentenciante aplicou ao réu o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas. Neste ponto, não assiste razão ao Ministério Público ao

pleitear o afastamento da minorante, pois o acusado é primário, sem antecedentes e, a despeito da apreensão de significativa quantidade de tóxicos variados, não há nos autos prova segura de que se dedicasse a atividades ilícitas ou participasse de organizações criminosas. Por outro lado, considerando que o réu foi detido em ponto de tráfico na posse de quantia dinheiro, maconha, cocaína e quase três centenas de pedras de crack, passíveis de vulnerabilizar grande quantidade de pessoas, a concessão do redutor na fração máxima não se mostraria suficiente para reprimir a conduta ora analisada, pelo que se mantém a redução da reprimenda na fração de 1/2.” (TJSP; Apelação Criminal 1501664-72.2019.8.26.0536; Relator (a): Ricardo Sale Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/07/2020; Data de Registro: 02/07/2020).

Ainda, o apelante desempenhava a mercancia em local já bastante conhecido pelo comércio espúrio de entorpecentes, o que fazia em regime de comparsaria com indivíduo menor de idade, sem olvidar da apreensão da quantia de R\$ 172,00 em espécie (auto de exibição e apreensão - págs. 41/42), a denotar que havia vendido diversas porções naquela ocasião.

Entretanto, não obstante a convicção do ilustre Magistrado a quo, dadas as circunstâncias fáticas retratadas nos autos – sobretudo considerando que o privilégio foi reconhecido e aplicado –, forçoso convir que a fixação do regime intermediário se deu em descompasso com o enunciado da Súmula Vinculante nº 59 do E. Supremo Tribunal Federal, a qual preceitua que: ***“É 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.”***

Desta feita, a pena privativa de liberdade comporta substituição por duas restritivas de direitos, nos moldes do art.

44 do código penal, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, fixado o regime aberto para o caso de revogação do benefício, em atenção ao comando da Súmula Vinculante nº 59 do C. Supremo Tribunal Federal.

Não comporta acolhimento a pretensão recursal de redução da pena de multa aplicada ao apelante.

Com efeito, a pena pecuniária integra o preceito secundário do tipo penal e sua previsão, em abstrato, é matéria afeta ao Poder Legislativo, cabendo ao Juiz individualizá-la por ocasião da sentença, observando as regras estabelecidas pelo artigo 68 do Código Penal, dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos pelo legislador.

Assim, não há que se falar em desproporcionalidade, uma vez que a multa restou estabelecida em observância aos mesmos critérios observados para a fixação da privativa de liberdade, dentro dos limites legais, não cabendo ao juiz, nessa fase, levar em conta as condições financeiras do condenado para justificar eventual fixação aquém do mínimo legalmente previsto, por absoluta falta de previsão legal.

Ex positis, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento ao recurso Defensivo interposto** apenas para, preservadas a condenação e a pena aplicada, substituir a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos - prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária -, fixar o regime aberto para início de cumprimento em caso de revogação do benefício, mantendo-se, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Comunique-se, com urgência, à Vara das Execuções Penais para as providências pertinentes.

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora