



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000389479

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502366-42.2024.8.26.0536, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado RAFAEL MARTINS DE LIMA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **negaram provimento ao recurso ministerial e deram parcial provimento ao recurso defensivo, redimensionando a pena do ora apelante RAFAEL MARTINS DE LIMA para 04 anos, 04 meses e 03 dias de reclusão, além do pagamento de 434 dias-multa, no piso unitário, como incurso no art. 33, da Lei nº 11.343/06, mantida, no mais, a r. sentença recorrida, por seus próprios fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

CAMILO LÉLLIS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1502366-42.2024.8.26.0536.

Comarca: Santos.

**Apelantes/Apelados: Rafael Martins De Lima e
Ministério Público do Estado de São Paulo.**

**Magistrado Sentenciante: Walter Luiz Esteves De
Azevedo. Voto nº 48329.**

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO
DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO
PARCIALMENTE PROVIDO.**

I. Caso em Exame.

1. O acusado foi condenado por tráfico de drogas, com pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime fechado. A defesa apelou buscando redução da pena, reconhecimento do tráfico privilegiado com a aplicação da fração de diminuição em patamar máximo, e substituição da pena corporal por restritiva de direitos. A Justiça Pública apelou pela condenação também por associação ao tráfico.

II. Questão em Discussão.

2. A questão em discussão consiste em: (i) a possibilidade de redução da pena-base e aplicação do redutor do tráfico privilegiado na fração máxima; (ii) a condenação por associação ao tráfico.

III. Razões de Decidir.

3. A defesa demonstrou que a quantidade de droga apreendida não comprova associação estável para o tráfico, justificando a absolvição nesse ponto. 4. A pena foi ajustada considerando a atenuante da confissão espontânea e o tráfico privilegiado, resultando em 4 anos, 4 meses e 3 dias de reclusão.

IV. Dispositivo e Tese.

5. Recurso defensivo parcialmente provido; recurso ministerial desprovido. Tese de julgamento: 1. A quantidade de droga não comprova associação estável para tráfico. 2. A aplicação do redutor do tráfico privilegiado é cabível no patamar já fixado pelo juízo de origem.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e §4º; Código Penal, arts. 44 e 77.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no HC nº 760489 PR, Rel. Min. Olindo Menezes, T6, j. 06.03.2023.

Vistos.

A r. sentença de fls. 415/427 condenou o apelante **Rafael Martins De Lima**, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, às penas de **05 anos de reclusão e 500 dias-multa**, no valor mínimo unitário, estabelecido o regime inicial **fechado**.

Inconformados, apelam as partes.

Rafael buscando a diminuição da pena-base; a reforma do *quantum* da atenuante da confissão espontânea; o reconhecimento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo; a fixação de regime aberto, a substituição da pena corporal por restritivas de direito e a concessão do *sursis* penal. (fls. 469/480)

A **Justiça Pública**, por seu turno, objetiva a condenação do acusado nos termos da denúncia, ou seja, pelos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico. (fls. 458/464)

Contrariados os recursos (fls. 484/493 e 515/518) subiram os autos, tendo o douto Procurador de Justiça, Dr. Salvador Francisco De Souza Freitas, opinado pelo desprovimento do recurso defensivo e provimento do recurso ministerial (fls. 528/548).

É o relatório.

A imputação é a de que, até o dia 21 de junho de 2024, por volta de 9 horas, na Avenida Santos Dumont, em frente ao nº 70, Vila Santo Antônio, em Santos, **RAFAEL MARTINS DE LIMA**, qualificado às fls. 17, associou-se a pelo menos mais uma pessoa para praticar, reiteradamente ou não, o crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

No dia 21 de junho de 2024, por volta de 9 horas, na Avenida Santos Dumont, em frente ao nº 70, Vila Santo Antônio, em Santos, RAFAEL MARTINS DE LIMA, qualificado às fls. 17, trazia consigo e transportava, para fins de tráfico, 100 tabletes de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de constatação preliminar de fls. 20.

Segundo se apurou, o denunciado se associou com outras pessoas para traficar drogas.

Em investigação, a polícia levantou que o veículo veículo FIAT/Fiorino, de placas BWV6H70, era usado nessa atividade e passou a acompanhar sua movimentação, tendo chegado ao endereço do entreposto de guarda da droga situado no endereço acima citado.

No interior da residência situada no local dos fatos foram apreendidos cadernos de anotações, cilindros

de oxigênio, roupas de mergulho, coletes salva-vidas, bexigas de borracha, sinalizadores náuticos, 2 (dois) carregadores de fuzil contendo munições 5,56 e as chaves do veículo FIAT/Fiorino de placas BWV6H70, que havia sido deixado estacionado a poucos metros do local dos fatos e dentro do qual foram apreendidos outros cilindros de oxigênio e caixas de bexigas de borracha.

Todo este aparato está a evidenciar que o denunciado, flagrando com grande quantidade de droga, como abaixo será narrado, se associou a outras pessoas para traficar as drogas.

No dia da prisão do denunciado, apurou-se que o veículo FIAT/Fiorino, de placas BWV6H70, que já era investigado por suspeita de relação com a distribuição de drogas, como dito, foi conduzido até o fundo de uma rua de terra, entrando na última casa da rua, em área de mata, no endereço acima.

Referido veículo foi acompanhado por policiais civis, porque, conforme anunciado, já era objeto da investigação relacionada ao transporte de drogas.

Os policiais realizaram campanha nas proximidades e o denunciado foi avistado entrando exatamente nesse local conduzindo o veículo Ford Ka de placas FJB0I25-Santos-SP, de onde saiu carregado com as drogas acima, distribuídas em 4 malas de viagem.

O denunciado foi abordado na Avenida

Santos Dumont, próximo ao nº 70, Vila Santo Antônio, em Guarujá, perto da Prefeitura do local, e as drogas foram encontradas no carro.

Ao ser indagado, o denunciado afirmou que trabalha como Uber e que aceitou o serviço de transporte de drogas.

A circunstância da traficância restou evidente em razão da elevada quantidade de droga apreendida e das demais circunstâncias que envolveram os fatos. O denunciado foi preso em flagrante. (fls. 56/59)

Eis o teor da denúncia.

Pois bem.

A materialidade delitiva decorre do auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 02/08), auto de exibição e apreensão (fls. 09/10), laudo de exame químico-toxicológico definitivo positivo para cocaína (fls. 66/72), bem assim verte da prova oral coligida.

Irrefutável, do mesmo modo, a autoria.

Indubitáveis a materialidade e autoria delitivas em relação ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, as quais restaram plenamente demonstradas nos autos, não havendo sequer insurgência a esse respeito pelas partes. Aliás, o acervo

probatório coligido demonstrou, à saciedade, o envolvimento do acusado no tráfico de drogas, notadamente a droga apreendida, os depoimentos dos policiais civis responsáveis pela operação policial deflagrada, corroborando a mercancia espúria, bem como, e sobretudo, a confissão do próprio réu em juízo.

No entanto, quanto ao delito de associação para o tráfico, não merece acolhimento o apelo ministerial.

Diante da ausência de demonstração pelo *Parquet* da inequívoca associação do acusado para a prática da mercancia espúria, não há como lastrear a condenação por este crime.

De fato, o delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas exige demonstração da estabilidade e permanência do conluio para a mercancia de entorpecentes, o que pode ser obtido por prova oral, interceptações telefônicas, campanas, entre outros meios.

No caso dos autos, contudo, não há qualquer elemento de convicção que aponte a estabilidade e a permanência da prática do tráfico de drogas pelo réu, afora o serviço de inteligência consistente em cruzar informações colhidas nas várias diligências realizadas pelo Deic-Santos, no qual foi apurado que alguns veículos, entre os quais o “Fiat Fiorino, placa BWB6H70” era utilizado para entregar drogas aos pontos de venda situados naquela região. Em consequência, foi expedida

ordem de serviço geral determinando que, caso alguns dos automóveis suspeitos fossem vistos, deveria ocorrer acompanhamento.

Todavia, em investigação policial, o policial civil passou a observar o local onde entrou o veículo “Fiat”. Nessa senda, poucos minutos após, chegou ao local o Ford KA placas FJB0I25, conduzido pelo réu. O acusado parou em frente à casa e foi imediatamente recepcionado. Uma pessoa abriu-lhe o portão. O réu entrou na residência. Em cerca de dez minutos, ele saiu do local. Rodrigo, policial civil, percebeu que a suspensão traseira do veículo “KA” estava arqueada, a indicar que ele transportava peso importante. Verificou que o automóvel tomou a rodovia em direção ao Guarujá. Rodrigo correu ao local onde havia sinal de *internet*, de onde relatou a colegas, entre os quais *Ronaldo*, o que presenciara.

Nesse sentido, as declarações dos policiais civis responsáveis pelas investigações: “ *relataram que, em serviço de inteligência consistente em cruzar informações colhidas nas várias diligências realizadas pelo Deic-Santos, foi apurado que alguns veículos, entre os quais o Fiat Fiorino, placa BWB6H70 era utilizado para entregar drogas aos pontos de venda situados nesta região. Em consequência, foi expedida ordem de serviço geral determinando que, caso alguns dos automóveis suspeitos fosse visto, deveria ocorrer acompanhamento. Na data dos fatos, durante serviço ordinário, Rodrigo Camargo avistou o Fiat deslocando-se pela Rodovia*

Piaçaguera-Guarujá, em direção a esta última cidade. Em obediência à determinação superior, o policial imediatamente se pôs a acompanhar o utilitário. A certa altura, o veículo ingressou no bairro rural do Monte Cabrão, neste município. Ele se deslocou até o fim de uma rua de terra. Entrou na última residência existente na via. Esclareceram os policiais que o Monte Cabrão, para a infelicidade das famílias, em sua maioria, membros de populações tradicionais caiçaras, vem sendo alvo do crime organizado. Trata-se de um núcleo populacional em meio à Mata Atlântica, mas que fica a poucos quilômetros do centro das cidades de Santos e Guarujá. Ademais, ele é cortado pela rodovia Rio-Santos. Como se não bastasse fica às margens do canal de Bertioga, a partir do qual, em poucos minutos de navegação, é possível alcançar o estuário do Porto de Santos. Além disso, difícil é qualquer incursão policial no local. Como são poucos os moradores, a presença de alguém de fora é rapidamente notada. Precários são os sinais de telefone e internet. O crime organizado se aproveita dessas condições excepcionais para instalar depósitos e centros de distribuição de droga na localidade, tanto para o tráfico interno quanto para o internacional. Não sem grande dificuldade e graças ao fato de conhecer bem a região por já ter trabalhado em circunscrição policial que abrange a área, Rodrigo se pôs em observação à residência onde entrara o veículo Fiat. Poucos minutos depois, chegou ao local o Ford KA placas FJB0I25, conduzido pelo réu. O acusado parou em frente à casa e foi imediatamente recepcionado. Uma pessoa abriu-lhe o portão. O réu entrou na residência. Em cerca de dez minutos, ele saiu do local.

Rodrigo percebeu que a suspensão traseira do KA estava arqueada, a indicar que ele transportava peso importante. Verificou que o automóvel tomou a rodovia em direção ao Guarujá. Rodrigo correu ao local onde havia sinal de internet, de onde relatou a colegas, entre os quais Ronaldo, o que presenciara. Ronaldo interceptou o Ford Ka na Avenida Santos Dumont, em Guarujá, a poucos metros do Paço Municipal. Com o réu, que estava sozinho no veículo, não havia ilícito. Em poder dele, foi arrecadado apenas um celular. Todavia, no banco de trás e no porta-malas, havia quatro grandes malas que continham, cada uma, cerca de vinte e cinco tabletes de cocaína. O acusado admitiu que tinha consciência do conteúdo das malas. Afirmou que trabalhava como Uber e que atravessava gravíssimas dificuldades financeiras. Assim sendo, aceitara a oferta de transportar o tóxico em troca de um pagamento em dinheiro. Contudo, ele se recusou a informar quem o contratara e qual era o destino exato do tóxico, afirmando, genericamente, que entregaria as malas a uma pessoa que o aguardava no centro de Santos. Confirmada a relação entre a residência sita no Monte Cabirão e o tráfico e diante do flagrante delito, os policiais rapidamente organizaram uma operação. Cercaram o imóvel. Constataram que o Fiat Fiorino já havia saído da casa e estava estacionado na via pública a poucos passos da moradia. Bateram ao portão. Não foram atendidos. Entraram na casa. Encontraram sinais de que a moradia fora evacuada às pressas. Havia espalhadas garrafas de água e de cerveja parcialmente consumidas. Na área frontal da casa, sobre uma mesa, cercada por cadeiras, estavam os carregadores e as munições de fuzil. Nos

cômodos da moradia, precariamente mobiliada, havia sinalizadores náuticos, coletes salva-vidas, roupas de mergulho, ferramentas diversas, a indicar que o local poderia ser utilizado como base para o tráfico internacional a partir de navios, cujos cascos têm sido empregados para o acondicionamento de droga. Também havia malas e bexigas plásticas, que frequentemente são empregadas para acondicionar drogas, uma vez que o látex previne a umidificação da cocaína. No Fiat Fiorino, havia mais material relacionado ao mergulho, inclusive cilindros de oxigênio”. (mídia digital)

Não se pode atestar que se tratava de associação com os indivíduos que armazenavam os entorpecentes em Monte Cabrão ou mesmo com os destinatários das drogas, de modo que, à ausência de provas que atestem o contrário, deve-se considerar o caso como mero concurso de agentes.

Sem embargo do envolvimento incontestado do réu com o crime de tráfico de drogas, fato é que não houve a realização de diligências prévias para se confirmar a continuidade de tal atividade, bem como eventual robustez do vínculo dele em eventual associação.

Frise-se que, recebidas as comunicações sobre o tráfico e, também, a respeito do automóvel (Fiat Fiorino, placa BWB6H70) supostamente utilizado para a prática da mercancia ilícita, os agentes públicos realizaram uma única diligência, que resultou na localização das drogas.

Não obstante, não foram encetadas campanhas ou qualquer outro tipo de investigação que pudesse comprovar a estabilidade e a permanência da prática criminosa entre ele e, eventualmente, outro(s) indivíduo(s), motivo pelo qual deve ser mantida a absolvição quanto à associação para o tráfico.

Como bem ponderado pelo Juízo de origem, os documentos amealhados aos autos, por ocasião do pleito de liberdade provisória, dão conta de que o acusado realmente trabalha como motorista de aplicativo desde que retornou de Portugal, em fevereiro de 2024. (fls. 04/431, dos autos nº 0011114-59.2024.8.26.0562)

Note-se, aliás, que nenhuma testemunha ouvida no feito foi capaz de apontar a existência de uma estrutura organizada, dedicada à prática do tráfico de drogas com a efetiva participação do réu.

Neste entendimento, inclina-se a doutrina especializada:

"(...) Elemento subjetivo do tipo. É mister haja o dolo específico: associar para traficar. O crime de associação como figura autônoma, há de ser conceituado em seus estreitos limites definidores. Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória, esporádica, eventual, configuraria o crime de associação. Para este é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato

objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este lance final não se concretize, mas sempre impregnada dessa específica vinculação psicológica, de se dar vazão ao elemento finalístico da infração. (...)” (Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/2006 - Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi. 2. ed. Ver. E atual. – São Paulo, ed. Saraiva, 2008, p. 128).

Nesse jaez, ainda, no caso dos autos, não há outros indicativos, além da expressiva quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas que demonstre cabalmente a sua inserção em grupo criminoso.

Nessa linha de precedentes, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNÇÃO DE "MULA". CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO EVIDENCIA QUE O ACUSADO INTEGRAVA GRUPO CRIMINOSO OU DEDICAÇÃO À ATIVIDADE ILÍCITA . REGIME INICIAL SEMIABERTO. PREVISÃO LEGAL. MANUTENÇÃO. 1 . Nos termos da jurisprudência desta Corte "no caso em que o agente, na qualidade de mula do tráfico, agiu, de modo esporádico, como transportador de droga, ainda que em grandes quantidades, mesmo que receba como contraprestação vantagem pecuniária e tenha ciência do que transportaria, não há presunção de habitualidade delitiva, situação, portanto, insuficiente para afastar o redutor do

art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no HC n . 697.948/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.) 2. No caso, apesar da grande quantidade de droga apreendida (260,340 kg de maconha), trata-se de agente primário, enquadrado na condição de mula, **não tendo sido indicado nenhum elemento adicional, além da quantidade de droga, que demonstre cabalmente sua inserção em grupo criminoso de maior risco social, a atuação armada, o envolvimento de menores ou a apreensão de apetrecho/ instrumento de refino da droga,** sendo, portanto, cabível, a aplicação da minorante prevista no art . 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 3.Fixada a pena em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, deve ser mantido o regime semiaberto, conforme preconiza o art . 33, § 2º, b, do CP. 4. Agravo regimental improvido". (STJ - AgRg no HC: 760489 PR 2022/0238554-6, Data de Julgamento: 06/03/2023, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/03/2023) – Grifos nossos.

Sendo assim, andou bem o Juízo *a quo* em absolver o acusado do crime de associação para o tráfico.

No entanto, a pena fixada comporta pequeno reparo.

Na primeira fase do cálculo, a pena-base foi acertadamente fixada em 1/4 acima do mínimo legal, porquanto desfavoráveis as circunstâncias judiciais

previstas no art. 59, do Código Penal, o que desmerece adminículos.

Em que pese a insurgência defensiva neste ponto, o Juízo de origem justificou a exasperação, eis que apresentou fundamentação idônea para a elevação da reprimenda nesta etapa do itinerário trifásico. Destarte, restou devidamente demonstrada a culpabilidade exacerbada do réu, tendo em vista ter se valido de extrema ousadia, eis que efetivou o transporte das substâncias entorpecentes para grupos criminosos de notória envergadura capazes de movimentar grande volume de entorpecentes, inclusive para o exterior.

Demais disso, sopesou o juízo *a quo*, ainda: *“Na chácara que servia de depósito para a droga, havia um extenso material destinado ao comércio ilícito. Relembro que a comunidade do Monte Cabrão é formada por populações tradicionais, caiçaras que sobrevivem da pesca e da coleta nas áreas de manguezal. Por infelicidade daquelas família, o bairro fica praticamente na confluência das rodovias Rio-Santos e Piaçaguera-Guarujá, pelas quais é possível alcançar alguns dos centros mais populosos deste país. Ademais, em navegação de poucos minutos, que pode ser feita em barcos muito simples, do Monte Cabrão, alcança-se o estuário de Santos, o qual abriga o maior porto deste país. Existe notícia de que grupos dedicados ao tráfico têm acoplado partidas de drogas nos cascos de navios, a fim de que o tóxico seja distribuído mundialmente. Para isso, servem-se de mergulhadores. Na chácara, havia*

apetrechos para a navegação, para o mergulho e para a solda subaquática. A conduta do acusado concorreu para a manutenção deste lamentável estado de coisas. Ademais, o réu praticou o delito por ganância, o que é especialmente reprovável". (fls. 423)

Nessa linha de precedentes, acerca da culpabilidade exacerbada do acusado, já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PENA-BASE . AUMENTO. CULPABILIDADE. PLURALIDADE DE CONDUTAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME . GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. ALTA ORGANIZAÇÃO E COMPLEXIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AGRAVANTE . POSIÇÃO DE LIDERANÇA. AFASTAMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE . INCIDÊNCIA NOS CRIMES DE TRÁFICO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. INTERESTADUALIDADE . COMPROVAÇÃO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DA DIVISA ESTADUAL. DESNECESSIDADE . CONTINUIDADE DELITIVA. HABITUALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA.DECISÃO MANTIDA . AGRAVO IMPROVIDO. 1. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, o reconhecimento da pluralidade de ações cometidas pelo acusado configura elemento que demonstra a maior***

culpabilidade do agente, justificando, assim, o aumento da pena-base do delito de tráfico em razão da valoração negativa da culpabilidade. 2 . Com relação ao aumento da pena-base em razão das circunstâncias do crime quanto ao delito de tráfico de drogas, já decidiu esta Corte que a natureza e expressiva quantidade de drogas (mais de 70kg de cocaína) constitui fundamento idôneo a negatizar a referida vetorial, em consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sendo inadequada a revisão de questões fáticas por meio do habeas corpus . 3. A alta organização do esquema engendrado ultrapassa a complexidade insita ou comum do delito de organização criminosa, justificando, assim, o aumento da pena-base em razão da circunstância do crime organização criminosa, sendo inadequada a via do writ à revisão do entendimento, por demandar análise aprofundada do material cognitivo produzido nos autos. 4. Havendo as instâncias ordinárias reconhecido que o agravante exerce o comando de organização criminosa, tem-se que a desconstituição do entendimento, com vistas a afastar a referida agravante, implicaria extenso reexame dos fatos e provas dos autos, providência que não se compatibiliza com a via estreita do writ . 5. Não há falar em bis in idem em razão da incidência da agravante prevista no art. 62, I, do CP, nos crimes de tráfico e de organização criminosa, tendo em conta a autonomia dos delitos. 6 . Restando evidenciado que a substância entorpecente seria transportada para outra unidade da Federação, afigura-se correta a aplicação da causa especial

de aumento de pena da interestadualidade. A pretendida revisão do entendimento não se coaduna com a estreita via do writ, por demandar análise aprofundada do material cognitivo produzido nos autos. 7. Uma vez evidenciada a reiteração indicativa de delinquência habitual ou profissional, impossível reconhecer a continuidade delitiva em favor dos recorrentes . (REsp 1655072/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 20/02/2018). 8. Agravo regimental improvido” . (STJ - AgRg no HC: 644687 SC 2021/0040370-8, Relator.: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 18/05/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2021) – Grifos nossos.

Em seguida, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, houve o arrefecimento da pena para 06 anos de reclusão, além do pagamento de 600 dias-multa.

Neste ponto, com razão à combativa Defesa. Destarte, em que pese a discricionariedade motivada do órgão julgador, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o aumento para cada circunstância agravante ou de diminuição para cada atenuante deve ser realizado em 1/6 da pena-base, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar concretamente fundamentado.

Nessa linha de precedentes:

*“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI . OCORRÊNCIA DE LEGÍTIMA DEFESA OU DA EXCLUDENTE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS DO ART. 121, § 2º, INCISOS II E IV, DO CP. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA . SÚMULA 7/STJ. ATENUANTE DE CONFISSÃO QUALIFICADA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO DIVERSA DE 1/6. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA . AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal local, soberano na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que a decisão dos jurados não se encontrou manifestamente contrária à prova dos autos, tendo eles optado pela tese da acusação. Assim, para alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, no sentido da absolvição, por ausência de prova concreta para a condenação, pela ocorrência da legítima defesa ou da excludente de inexigibilidade de conduta diversa, pelo afastamento das qualificadoras, como requer a parte recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência incabível em sede de recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ . 2. **A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o aumento para cada agravante ou de diminuição para cada***

atenuante deve ser realizado em 1/6 da pena-base, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar concretamente fundamentado. No presente caso, em razão da confissão ter sido qualificada, justificada a redução da pena em fração inferior a 1/6, com a compensação parcial com a agravante da reincidência. 3 .
Agravo regimental não provido". (STJ - AgRg no AREsp: 2284198 RJ 2023/0019434-3, Relator.: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 14/03/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2023) – Grifos nossos.

No presente caso, sem desdouro à convicção do magistrado sentenciante, não se vislumbrou fundamentação idônea para o arrefecimento da pena, na segunda etapa da dosimetria penal, em patamar inferior à fração de 1/6 (um sexto).

Assim, resulta a pena, nesta fase, em 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 521 dias-multa.

Na terceira etapa, tendo em vista a primariedade e a ausência de provas de que o réu faça parte de organização criminosa, houve o reconhecimento do tráfico privilegiado, com fulcro no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, com a redução da pena em 1/6 (um sexto).

Neste ponto, em que pese a insurgência defensiva, mantém-se a fração de 1/6 (um sexto) por força da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, haja vista a quantidade-nocividade dos entorpecentes apreendidos, quais sejam, 100 tabletes de *cocaína*, valendo rememorar que as substâncias apreendidas possuem poder especialmente deletério quando comparadas a outros narcóticos.

Nessa medida, impossível incrementar o coeficiente de redução, conforme aspira a Defesa.

Com efeito, em que pese a argumentação lançada nas razões de apelo, é perfeitamente cabível a utilização da quantidade e natureza de drogas a fim de modular o *quantum* de redução ou até mesmo afastar a aplicação da minorante em tela, notadamente porque não utilizado esse fundamento para elevar a pena-base.

A este respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO OBJETIVA. 2. ARTIGO 42, DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA SOBRE O ART. 59 DO CP. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA.

**MODULANDO A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO E
ATÉ IMPEDINDO SUA INCIDÊNCIA. 3. TRÁFICO**

**PRIVILEGIADO. PRIMARIEDADE, BONS
ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICAR A
ATIVIDADES CRIMINOSAS OU INTEGRAR
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 4. PENA-BASE
AUMENTADA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE
DROGAS. AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO.
DEDICAÇÃO À PRÁTICA DE ATIVIDADES
CRIMINOSAS. 5. QUANTIDADE DE**

**ENTORPECENTES. JUSTIFICANDO A IMPOSIÇÃO
DO REGIME MAIS GRAVOSO. RECURSO
DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte**

*Superior de Justiça é no sentido de que a pena-
base não pode ser fixada acima do mínimo legal
com fundamento em elementos constitutivos do
crime ou com base em referências vagas,
genéricas, desprovidas de fundamentação
objetiva para justificar a sua exasperação.*

*Precedentes: HC n. 272.126/MG, Rel. Ministro
RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em
8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp n.*

*1.383.921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE
ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em
16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC n. 297.450/RS,*

*Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma,
julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014. 2. Na
hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é*

*indispensável atentar para o que disciplina o art.
42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz,
na fixação das penas, considerará, com*

*preponderância sobre o previsto no art. 59 do
Código Penal. Ademais, **a jurisprudência desta
Corte firmou entendimento no sentido de que***

a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem servir de parâmetro para a modulação da fração de diminuição ou até impedir a incidência do benefício, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no REsp n. 1.644.417/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 29/3/2017; HC n. 385.437/SP, de minha relatoria, DJe 27/3/2017; HC n. 324.284/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 8/3/2016.

3. Com relação ao pleito de aplicação da redutora para incidir a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, faz-se necessário o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. 4. Da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que o Tribunal local manteve o acréscimo da pena-base devido à expressiva quantidade de entorpecentes apreendida, além de afastar a redutora do crime de tráfico por entender que o acusado se dedicava à reiterada prática delituosa, na medida em que o agravante encomendou o transporte, entre estados da federação, de 20,250 kg (vinte quilos e duzentos e cinquenta gramas) de maconha, acondicionada em 19 "tijolos", e 254, 850 g (duzentos e cinquenta e quatro gramas e oitocentos e cinquenta miligramas) de cocaína, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não havendo que se falar em bis in idem (e-STJ fl. 492/493). Assim, fica evidenciada fundamentação concreta,

pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006. 5. Por sua vez, em relação ao regime de cumprimento de pena, **a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça também é no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.** **Precedentes:** AgRg no AREsp n. 867.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016; AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 22/6/2016; AgRg no AREsp n. 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 6/5/2016. In casu, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, a grande quantidade de entorpecente apreendido (mais de 20 kg de maconha), justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado. 6. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 1584895/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020 - Destacado).

Não é outro o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

*“Penal e Processual Penal. 2. Tráfico de drogas e aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006. 3. A habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção, de modo que o acusado tem direito à redução se ausente prova nesse sentido. 4. **A quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena**, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Precedente: RHC 138.715, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9.6.2017. 5. Ordem de habeas corpus concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau.” (HC 152001 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 27-11-2019 PUBLIC 28-11-2019 – Destacado).*

Assim, pela quantidade-nocividade da droga apreendida, a redução estabelecida em primeiro grau mostrou-se até benéfica ao acusado, mas deve ser

mantida, diante da ausência de recurso ministerial, resultando na pena definitiva de **04 anos, 04 meses e 03 dias de reclusão, além do pagamento de 434 dias-multa, no piso unitário.**

No que tange ao regime, mesmo que condenado por tráfico privilegiado, consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis devidamente reconhecidas em relação ao acusado, a revelar, portanto, maior reprovabilidade de sua conduta, justifica-se a adoção do regime fechado porquanto bem demonstrada a excepcionalidade do caso concreto (art. 33, § 3º, c.c. o art. 59, ambos do CP).

Com efeito, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação de regime o Magistrado deverá observar, além da quantidade de penas fixadas, os critérios estabelecidos no art. 59, do mesmo Código, ou mesmo no art. 42, da Lei nº 11.343/06. Assim, extrai-se que o Magistrado pode fixar o regime inicial de cumprimento da pena de acordo com seu convencimento - respeitados os ditames legais para tanto, estabelecendo aquele que será suficiente para reprovação e prevenção do delito, nos termos do art. 59, inciso III, do Código Penal.

Ademais, o Ministro Alexandre de Moraes, nos autos do RExt. nº 1.344.374, em decisão monocrática datada de 01/12/21, cassou parte do Habeas Corpus Coletivo nº 596.603/SP (STJ), da lavra do E. Ministro Rogerio Schietti Cruz, no que diz respeito à

obrigatoriedade de não mais se impor, ao condenado pelo delito de tráfico privilegiado, regime inicial fechado.

Assim, conforme destacado na referida decisão, caberá ao julgador proceder ao exame da matéria à luz das particularidades de cada caso concreto.

Finalmente, a substituição da pena corpórea por restritiva de direitos é absolutamente inviável, assim como a concessão do *sursis* penal, tendo em vista o *quantum* de pena fixado ser superior ao estabelecido nos arts. 44 e 77, do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso ministerial e dou parcial provimento ao recurso defensivo, redimensionando a pena do ora apelante RAFAEL MARTINS DE LIMA para 04 anos, 04 meses e 03 dias de reclusão, além do pagamento de 434 dias-multa, no piso unitário, como incurso no art. 33, da Lei nº 11.343/06, mantida, no mais, a r. sentença recorrida, por seus próprios fundamentos.**

CAMILO LÉLLIS

Relator