



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000422932

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501990-71.2024.8.26.0628, da Comarca de Itapevi, em que é apelante MARCOS GUILHERME LINS DE LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento parcial ao recurso para aplicar a fração de 1/6 na atenuante da confissão espontânea, estabelecendo a pena final em sete (7) anos e onze (11) meses de reclusão e quinhentos e noventa e três (593) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável 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 Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16457

Apelação Criminal nº 1501990-71.2024.8.26.0628

Comarca: Vara Criminal de Itapevi

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Udo Wolff Dick Appolo Do Amaral

Apelante: Marcos Guilherme Lins de Lima

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PROVIMENTO PARCIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Marcos foi condenado a oito anos e três meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 623 dias-multa, por tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo. Em 20.9.2024, em Itapevi/SP, guardava e mantinha em depósito grande quantidade de cocaína, maconha e crack, além de uma espingarda e munições, sem autorização legal. A condenação baseou-se em denúncia anônima e diligências policiais que resultaram na apreensão dos entorpecentes e arma.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em: (i) aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33; (ii) aplicação da fração de 1/6 na atenuante da confissão espontânea; e (ii) possibilidade de regime inicial mais brando.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria delitiva foram comprovadas por laudos e depoimentos de policiais.

4. A confissão do apelante, ainda que parcial, foi considerada válida para a redução da pena. A quantidade e variedade de drogas justificam a manutenção do regime fechado.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para aplicar a fração de 1/6 na atenuante da confissão espontânea, estabelecendo a pena final em sete anos e onze meses de reclusão e 593 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.

TESE DE JULGAMENTO: 1. A confissão espontânea pode reduzir a

pena em 1/6. 2. A quantidade e variedade de drogas justificam o regime inicial fechado.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput;

Lei nº 10.826/03, art. 14, caput;

Código Penal, art. 69.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, AgRg-AREsp nº 279.043, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.03.2013;

STJ, AgRg no AREsp 765.902/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 7.3.2017.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 248/249

O apelante, **Marcos**, foi condenado à pena de oito (8) anos e três (3) meses de reclusão, em *regime inicial fechado*, e ao pagamento de seiscentos e vinte e três (623) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 e artigo 14, “caput”, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69 do Código Penal**, sem possibilidade de recorrer em liberdade, porque no dia **20.9.2024, por volta das 17h30min**, na Estrada da Cruz Grande, nº 5001, Mont Serrat, Itapevi/SP, guardava e mantinha em depósito, para fins de tráfico, 4.100 papérolas de cocaína (peso bruto de 4.400 gramas), 3.600 pinos de cocaína (peso bruto de 3.250 gramas), 15 tijolos de maconha (peso bruto de 14.175 gramas), 15 tijolos de maconha (peso bruto de 19.250 gramas), 15 tijolos de maconha (peso bruto de 14.350 gramas), 9 tijolos e centenas de porções de maconha (peso bruto de 6.500 gramas), 2.350 pedras de crack (peso bruto de 1.030 gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, possuía e mantinha sob sua guarda e ocultava, no interior de sua residência, uma espingarda, marca ZBROJOVK, 29 munições de calibre 22 e 6 munições de revólver calibre 38, todas de uso

permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Policiais Civis realizavam diligências visando coibir o tráfico de drogas, quando receberam uma denúncia anônima sobre uma chácara onde um indivíduo armazenava entorpecentes para o tráfico de drogas da região. Diligenciaram até o local e realizaram breve campana. Em seguida, viram que uma mulher abriu o portão da casa rural, momento em que a abordaram. Esta franqueou a entrada na residência, oportunidade em que o apelante tentou se evadir pelos fundos. Após breve perseguição, Marcos foi abordado. Posteriormente, os policiais realizaram buscas no interior do imóvel e constataram, em um dos cômodos, 7.700 porções de cocaína, com peso líquido de 4.247,5g, 55 porções de maconha, com peso líquido de 50.524g, 2.350 porções de crack, com peso líquido de 407,7g e uma espingarda, marca ZBROJOVK, 29 munições de calibre 22 e 6 munições de revólver calibre 38. Além dos entorpecentes, foram localizados um prato, uma peneira, 4 potes plásticos, uma faca, um macete, um aparelho celular e um saco com milhares de embalagens tipo “eppendorfs” com resquícios de drogas. Na garagem da residência, encontraram um veículo Fiorino, de placa ONO7D92, objeto do crime, que era usado para transportar os entorpecentes.

Nas razões de apelação, sustentou-se **a)** redução prevista no § 4º, do artigo 33; **b)** fração de 1/6 com relação à confissão; **c)** regime inicial mais brando (fls. 255/278).

Contrarrazões da Acusação (fls. 286/289), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado ao Ministério Público em 31.3.2025 (fls. 302).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 308/311).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 246/247).

II – Fundamentação

O apelo comporta parcial acolhimento, respeitando o entendimento do culto e dedicado Magistrado, doutor Udo Wolff Dick Appolo Do Amaral.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelos autos de prisão em flagrante de fls. 1 e 2, boletim de ocorrência de fls. 9/15, auto de exibição e apreensão de fls. 16/17, exame químico toxicológico de fls. 59/62, 63/65, laudos do veículo de fls. 66/78 e 206/223, laudo das munições de fls. 124/126, laudo da arma de fogo de fls. 155/159 e prova produzida em Juízo, crack, cocaína, maconha, arma de fogo e munições foram apreendidas.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, optou pelo silêncio, respaldado em norma de ordem constitucional (fls. 6).

Em Juízo, confessou o delito. Estava desempregado há quatro meses. Trabalhava como pintor. Conheceu um rapaz que lhe ofereceu para cuidar de uma chácara. Receberia R\$ 1.000,00. Após quatro dias, um rapaz foi ao imóvel com a Fiorino branca e deixou as drogas. Sabia que drogas seriam guardadas por algum tempo, mas não desde o começo. O cômodo estava trancado. A arma estava no local e também foi levada.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do

Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A confissão, ainda que parcial, pode ser admitida.

Marcos Antônio, policial civil, depôs que receberam uma informação e comunicaram a delegacia para apuração. Em cumprimento à ordem de serviço, permaneceram na frente do local indicado. Aguardaram a entrada ou saída de alguém. **Após certo tempo, uma senhora abriu o portão.** Explicaram do que se tratava. Ela franqueou a entrada. **Marcos saiu da residência correndo pelos fundos, onde há uma área de mata. Foram ao encalço do apelante. Conseguiram detê-lo. Ao ser indagado, ele admitiu que havia droga na casa.** Um compartimento estava trancado. O recorrente indicou onde havia dispensado a chave. **Após recuperarem a chave, encontraram uma grande quantidade de entorpecentes naquele compartimento da casa.** Disse que a família não tinha ciência. Também apreenderam uma Fiorino. A denúncia indicava que o veículo era utilizado no delito. Foi descoberto que o chassi do veículo estava remarcado.

Sandro Luiz, policial civil, depôs que receberam informação a respeito de que uma chácara, na região de Itapevi, armazenava drogas.

Informaram o departamento. Obtiveram autorização para o deslocamento. Aguardaram na rua. Havia várias chácaras, uma do lado da outra. Aguardaram até que alguém saísse do local. No período da tarde, a esposa do apelante abriu o portão. Adiante, realizaram sua abordagem. Explicaram que eram policiais civis do Denarc e haviam recebido informações de tráfico de drogas no imóvel. Ela disse desconhecer a informação e afirmou que não havia drogas na casa. **Ela autorizou a entrada. Enquanto conversavam com ela, escutaram alguém sair correndo no fundos, onde há um terreno baldio.** Foram ao encalço do recorrente. **Ao ser indagado, disse que não sabia de nada. Depois ele acabou confessando.** O cômodo estava trancado. O apelante havia dispensado a chave. Após conseguirem abrir, localizaram os entorpecentes. Também localizaram petrechos como balança e peneira. **Não o conhecia previamente.** A informação inicial era de que ele distribuía a droga com a Fiorino. Não possui informação a respeito da participação do apelante em organização criminosa. Realizaram monitoramento apenas no dia dos fatos.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há razões para rechaçar seus depoimentos. Pelo contrário, é fundamental ressaltar a ausência de indícios de qualquer intenção deliberada de prejudicar o recorrente. Tampouco há evidências de falsidade em suas declarações. Seu propósito é expor os resultados de seu trabalho, visando coibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição

Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Civil tenham desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

Depreende-se do conjunto probatório que havia uma denúncia anônima de que o apelante armazenava e tinha em depósito drogas destinadas ao narcotráfico, além de utilizar um veículo para disseminar os entorpecentes.

Após breve campana, os policiais civis visualizaram a esposa do apelante no portão e a indagaram sobre a diligência. Ela negou a existência de drogas no local e autorizou o ingresso no imóvel. Ao notar a presença da equipe policial, o apelante tentou fugir pelos fundos, mas foi detido.

O cômodo em que os entorpecentes estavam armazenados encontrava-se trancado, tendo o apelante indicado que havia dispensado a chave. Ao adentrarem no local, os policiais civis encontraram quantidade expressiva de substâncias entorpecentes variadas.

O **artigo 33 da Lei nº 11.343/06** tipifica diversas condutas e, como tipo penal misto alternativo, não exige que o agente seja flagrado

comercializando substâncias entorpecentes. A realização de uma ou mais dessas ações é suficiente para caracterizar o delito.

No caso, o recorrente armazenava e tinha em depósito o total de **7.700 porções de cocaína** (massa líquida 4.247,50 gramas), **54 tijolos e centenas de porções de maconha** (massa líquida 50.524 gramas) e **2.350 porções de crack** (massa líquida 407,7 gramas), conforme laudos de fls. 18/23, 59/62 e 63/65 e auto de exibição e apreensão de fls. 16/17. Além disso, **petrechos para fracionamento e distribuição de entorpecentes** foram localizados, como três balanças de precisão, dois cadernos de anotações, um prato, uma peneira, quatro potes plásticos, uma faca, um macete e diversas embalagens "eppendorfs" com resquícios de cocaína (fls. 23).

A quantidade e variedade de **crack, cocaína e maconha**, em porções fracionadas e em porções brutas, não deixam dúvida da destinação mercantil.

Para a configuração do narcotráfico não se exige a visualização de qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despicienda a “traditio” para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. ***Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050*** - 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Guilherme G. Strenger - J. em 29.1.2020).

Sendo assim, o **tráfico de drogas ficou bem caracterizado**, tanto que sequer houve irresignação quanto ao mérito.

De igual modo, ficou caracterizado o delito previsto no **artigo 14 do Estatuto do Desarmamento**, uma vez que o apelante **tinha em depósito, mantinha sob sua guarda e ocultava uma arma de fogo de uso permitido**

(carabina, calibre 22), além de **29 cartuchos calibre 22 e 6 cartuchos de calibre 38**, sendo que todos os artefatos eram eficazmente utilizáveis, destaca-se:

*"Quando dos ensaios experimentais de disparo com os cartuchos de munição, **todos funcionaram a contento**, constatando-se assim a eficácia dos mesmos quanto à potencialidade lesiva. Assim estes cartuchos foram utilizados nos exames, deixando de acompanhar o presente laudo." (laudo das munições, fls. 125).*

*"5) No estado em que se encontrava, podia ter sido utilizada na realização de disparos? **Sim, conforme ensaios experimentais aqui realizados.**" (laudo da arma de fogo, fls. 158).*

Guiseppe Chiovenda: "Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta (perito médico-legal, perito avaliador, perito agrimensor, perito arquiteto etc.). Aliás, pode-se escolher para perito ainda uma pessoa inculta, desde que versada na questão técnica discutida em Juízo (...). Quanto mais técnica é a questão submetida ao juiz, tanto maior é a utilidade da perícia" (*Instituições de direito processual civil*. V. III. Tradução da 2ª ed. por Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 143).

E o crime em tela é de perigo **abstrato**, não se exigindo qualquer resultado naturalístico para a sua consumação. Tanto isso é verdade que o legislador pune com sanção a posse da arma e da munição.

A circunstância de estar com o instrumento vulnerante já causa perigo à sociedade, em situação tão aflitiva, que se rende a qualquer material que lhe é apontado em crimes como o do roubo.

O Superior Tribunal de Justiça de há muito vem decidindo dessa forma, com razão, pois o delito é de "crime abstrato", bastando a posse ou porte da arma de fogo, funcional, aliás, para caracterizar a conduta ilícita:

"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/03. ARMA DESMUNICIADA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Consoante entendimento firmado no julgamento do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03 **é de perigo abstrato, sendo irrelevante o fato de a arma estar desmuniada ou, até mesmo, desmontada ou estragada, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial.** 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento." (STJ - *AgRg no AREsp 765.902/MS* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 7.3.2017).

"PENAL - Agravo regimental - Agravo - Porte ilegal de armamento ou munição - Crime abstrato - Comprovação da potencialidade ofensiva - Desnecessário. **1. Para a tipificação do crime de porte ilegal de armamento ou de munição não é necessário que se comprove a**

potencialidade ofensiva dos artefatos, basta o porte da arma de fogo ou da munição sem autorização ou em desacordo com as determinações legais ou regulamentares. De fato, a referida conduta constitui crime de perigo abstrato. 2. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ - *AgRg-AREsp nº 279.043 - Proc.2013/0008104-0 - SP* – T6 – Sexta Turma. - Rel. Min. Og Fernandes – J. 19.03.2013).

Portanto, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório.

A dosimetria sofre reparo.

Na **primeira fase**, em atenção ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, a pena-base do tráfico de drogas deve ser mantida em 2/5 acima do mínimo legal devido a expressiva quantidade e variedade de substâncias apreendidas (7.700 porções de cocaína, 54 tijolos e centenas de porções de maconha e 2.350 porções de crack), tem-se sete (7) anos de reclusão e setecentos (700) dias-multa.

A pena-base do delito do Estatuto do Desarmamento pode ser acrescida de 1/4 devido a maior culpabilidade, considerando a quantidade e variedade dos artefatos apreendidos (uma arma de fogo de calibre 22, além de munições dos calibres 22 e 38), tem-se dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e doze (12) dias-multa.

Pode-se ter discricionariedade na fixação da pena-base mais elevada, desde que fundamentada e proporcional à conduta lesiva, com dados concretos para tanto, não há critério matemático. No Excelso

Superior Tribunal de Justiça: *AgInt no HC 541963/MG* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 18.2.2020 - DJe em 28.2.2020; *AgRg no AREsp 1449050/DF* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 23.4.2019 - DJe em 10.5.2019 e *HC 490375/SP* - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Jorge Mussi - J. em 11.4.2019 - DJe em 6.5.2019), apenas para ilustrar a assertiva.

Na **segunda fase**, a fração quanto à confissão espontânea pode ser fixada em 1/6, conforme entendimento consolidado nos pretórios, perfazendo cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa ao tráfico de drogas; e dois (2) anos e um (1) mês de reclusão e dez (10) dias-multa ao delito do Estatuto do Desarmamento.

“2. Na segunda fase dosimétrica, a pena foi reduzida em 1/8, pois reconhecida a atenuante de confissão espontânea, todavia, não houve justificativa para a utilização de fração inferior a 1/6, contrariando a jurisprudência deste STJ, no sentido de que "deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, 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 devidamente fundamentado" (AgRg no HC 370.184/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 22/5/2017).” (STJ - *AgRg no HC n. 885.148/SP* - relator Ministro Joel Ilan Paciornik – T5 - Quinta Turma – J. 1.7.2024 - DJe de 3.7.2024).

“3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, 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 devidamente fundamentado" (AgRg no HC 370.184/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 22/05/2017). [...] Entretanto, a redução levada a efeito pelo reconhecimento da citada atenuante foi realizada em patamar inferior a 1/6 (um sexto), sem que, para tanto, tenha sido declinada fundamentação concreta e específica (AgRg no AREsp n. 1.833.969/TO, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 28/5/2021). 4. Agravo regimental improvido." (STJ - *AgRg no REsp n. 2.096.772/RS* - relator Ministro Sebastião Reis Júnior – T6 - Sexta Turma – J. 11.12.2023 - DJe de 14.12.2023).

Na terceira fase, a causa de diminuição de pena prevista no **artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006** não se aplica. A redução é cabível desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Embora seja primário e sem antecedentes (fls. 203/204) e não haja informações sobre seu envolvimento com organizações criminosas, é certo que as circunstâncias do delito indicam que se trata de agente dedicado às atividades criminosas, notadamente pelas denúncias prévias aos fatos, com informações de que disseminava os entorpecentes com o veículo apreendido, sem olvidar do aparato apreendido para fracionamento das substâncias, com milhares de embalagens, balanças, caderno de anotações, peneiras, potes e faca (fls. 16/17).

"3. A Corte de origem afastou corretamente o benefício da causa de diminuição de pena com base em elementos concretos e idôneos, como a elevada quantidade e variedade de drogas e os depoimentos que indicam a dedicação a atividades criminosas (art. 33, § 4º, Lei 11.343/2006)." (STJ - *AgRg no HC n. 804.739/MG* - relatora Ministra Daniela

Teixeira – T5 - Quinta Turma - J. 12.11.2024 - DJe de 19.11.2024). Destacou-se.

"4. A aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 depende do preenchimento cumulativo dos requisitos, incluindo a não dedicação a atividades criminosas. No caso, a exclusão do redutor foi fundamentada na confissão do réu sobre sua participação em estrutura criminosa organizada e na expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, o que evidencia a dedicação ao tráfico de drogas." (STJ - **HC n. 864.906/SP** - Relatora Ministra Daniela Teixeira – T5 - Quinta Turma - J. em 12.11.2024 - DJe de 19.11.2024).

O **concurso material** entre os crimes foi reconhecido e as penas somadas, pois mediante mais de uma ação o apelante praticou dois delitos autônomos, não havendo provas de que a arma e munições foram utilizadas para assegurar o delito de tráfico de drogas. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça recentemente fixou a seguinte tese ao julgar o Tema 1259: "*A majorante do art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006 aplica-se quando há nexó finalístico entre o uso da arma e o tráfico de drogas, sendo a arma usada para garantir o sucesso da atividade criminosa, hipótese em que o crime de porte ou posse ilegal de arma é absorvido pelo tráfico. Do contrário, o delito previsto no Estatuto do Desarmamento é considerado crime autônomo, em concurso material com o tráfico de drogas.*" (STJ - **REsp 1994424/RS e REsp 2000953/RS** -Terceira Seção - Relator Reynaldo Soares da Fonseca - P. 15.4.2025)

Sendo assim, as penas totalizam sete (7) anos e onze (11) meses de reclusão e quinhentos e noventa e três (593) dias-multa.

A pena é final, pois nada mais a modifica.

O valor unitário do dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o inicial fechado.

Para fixar o regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

O crime é equiparado a hediondo (o Legislador, no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (CF) promulgada em 05.10.1988, afirmou que a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outras infrações penais, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelo delito respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem. Recorde-se que a norma está inserta no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Ou seja, é direito de todos que exista lei que não preveja a fiança para o traficante, tampouco, possa-lhe conceder graça ou anistia. Não existe qualquer distinção no que tange ao agente do delito: ele pode ser adulto, adolescente ou criança. Quando a lei, a Carta Magna não deixa de ser uma “lei”, hierarquicamente superior a outras, não distingue não pode o intérprete distinguir, em princípio (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 246-247). Desejou-se tratar com maior rigor o tráfico de drogas, pelas danosas consequências que causa à família e à sociedade, tais como: vício de um jovem e destruição de sua vida, pela necessidade de sempre suprir a ausência de droga; levar a quem dela necessita a subtrair bens, clandestinamente, com

grave ameaça ou violência, mesmo que seja algum familiar o vitimado, para venda e posterior aquisição do entorpecente; observar pessoas com sentimento de insegurança e impunidade quando vêem um traficante conhecido, mesmo de pequena atividade, agindo, sem ser reprimido. A preocupação com a realização do crime reflete-se no confisco dos bens usados ou produtos de sua concretização (art. 243 e parágrafo único, da Lei Teto). De outro lado, tem-se a necessidade da **individualização da pena**, aqui empregada em sentido lato, levando-se as condições objetivas e subjetivas, precipuamente, de quem está sendo julgado (**art. 5º, inciso XLVI, da CF**). Nelson Hungria escreveu a respeito da pena: “a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social” (*Comentários ao código penal* (Dec.-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I. Tomo I. Arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio: Forense, 1958, p. 101). O **tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo**. Anteriormente, quando se previa a fixação do *regime integral fechado*, pela redação do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, prevalecia o entendimento de que o dispositivo era constitucional, não ofenderia o princípio normatizado da individualização da pena (***Habeas Corpus* nº 69657/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – Rel. Min. Francisco Rezek, Julg. 18.12.1992, indicando vinte e dois (22) Acórdãos daquela Corte seguindo a mesma orientação). O art. 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/1997, que regulamentou a tortura, não revogou o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, permitindo a opção pelo *regime inicial fechado*, em outras palavras, aceitando a progressão de regime (***Habeas Corpus* nº 82966/SP** – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Nelson Jobim, Julg. 20.05.2003). Em outro momento, incidentalmente, foi declarado inconstitucional o dispositivo da lei, art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990 (***Habeas Corpus* nº 82959/SP** – São Paulo, Tribunal Pleno do Supremo

Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. 23.02.2006), entretanto, o próprio legislador ordinário o modificou, consignando que o regime seria “inicial” fechado (Lei nº 11.464/2007), e, quanto a isso, por ora, não se tem notícia de alguma declaração de não constitucionalidade, ao contrário, por haver aquela previsão não haveria óbice na escolha do regime mais rigoroso (*Habeas Corpus* nº 91360/SP – São Paulo, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 13.05.2008).

Embora primário e sem antecedentes, o regime fechado para o início da execução é o mais adequado. Não há violação de dispositivo legal, art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

No caso, há **periculosidade** na conduta, pois uma quantidade muito acima do comum foi apreendida, mais de 50kg de maconha e milhares de porções de cocaína e crack, substâncias das mais nefastas à saúde pública. Sem olvidar da apreensão de arma de fogo e munições de calibres 22 e 38, a evidenciar a maior reprovabilidade dos delitos.

Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça: ***"A quantidade de droga apreendida revela a gravidade concreta do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado na hipótese dos autos"***. (HC nº 315.829/MG – T6 – Sexta Turma - Rel. Ministro Ericson Marinho – J. em 26.5.2015 – Dje em 5.6.2015).

Pode o juiz determinar o cumprimento da pena em regime fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do art. 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Rel. Min. Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Dessa forma, retribui-se pela conduta realizada, previne-se infrações penais e reintegra-se na sociedade o recorrente.

A redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, permite a escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas. Porém, deixa-se no regime eleito, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Acrescente-se que se houver execução, provisória ou definitiva, esse juízo será feito necessariamente.

Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desses tipos de infrações penais, que têm seu índices aumentado na cidade de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para uma prognose mais eficaz.

Não há possibilidade de se substituir a pena corporal por restritiva de direitos ou conceder-se a suspensão condicional da pena, pelo "quantum" da pena e pela falta de requisitos do arts. 44, inciso III e 77, inciso II, ambos do Código Penal.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo provimento parcial do recurso para aplicar a fração de 1/6 na atenuante da confissão espontânea, estabelecendo a pena final em sete (7) anos e onze (11) meses de reclusão e quinhentos e noventa e três (593) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso preso (fls. 253). A prisão deve persistir, pois, agora, existe condenação por respeitável sentença, em regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal, tendo em vista a não modificação das circunstâncias que a ensejaram. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta.

Não é demais lembrar que “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (Súmula nº 9 do ESTJ). RJTJERGS 148/15 e RT 686/391. No mesmo sentido, RT 728/476, JSTJ 19/217 e 42/86-7.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.