

Registro: 2025.0000435537

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501135-51.2024.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que são apelantes JANDSON RAMO DOS REIS e BERALDO APARECIDO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso da Defesa, para reduzir as penas do réu Beraldo Aparecido da Silva, que serão fixadas em três (03) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão, mantido o regime prisional inicial fechado, e o pagamento de trezentos e oitenta e oito (388) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, "caput", combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da lei nº 11.343/06, combinado como o artigo 29, § 1º, do Código Penal e para reduzir as penas de Jandson Ramos dos Reis, que serão fixadas em um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de cento e noventa e quatro (194) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06), por infração ao artigo 33, § 4º, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da lei nº 11.343/2006, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, cabendo ao juízo de execuções criminais especificar o local da prestação de serviços, e pagamento de dez (10) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal e determinando-se a expedição, com urgência, de alvará de soltura clausulado em nome do réu Jandson Ramos dos Reis, comunicando-se o juízo de conhecimento e o das execuções criminais agraciado com as guias de recolhimento provisórias de folhas 223/225 e 226/228 V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI E AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501135-51.2024.8.26.0286

Apelante: JANDSON RAMO DOS REIS e outro

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Itu

Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Andrea Ribeiro Borges

Voto nº 11688

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

Beraldo Aparecido da Silva e Jandson Ramos dos Reis foram condenados por tráfico de drogas, com penas de reclusão e dias-multa, por infração ao artigo 33, “caput”, combinado com o artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. A defesa recorreu, pleiteando a redução das penas, aplicação de atenuantes e redutores, e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de redução das penas aos mínimos legais; (ii) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; (iii) a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; (iv) o afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da mesma lei; e (v) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. Razões de Decidir

3. A pena de Beraldo foi reduzida devido à compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, além do reconhecimento da participação de menor importância.

4. Para Jandson, foi aplicado o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, considerando sua primariedade e a ausência de dedicação a atividades criminosas, resultando na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso parcialmente provido.

Tese de julgamento:

1. A compensação entre agravantes e atenuantes pode justificar a redução da pena.

2. A aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas é cabível quando a quantidade de droga não é relevante para presumir dedicação a atividades criminosas.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, “caput”, art. 40, inciso III, art. 33, § 4º; Código Penal, art. 29, § 1º, art. 44, § 2º, art. 49.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC 162.568/SP, Relª. Minª. Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 25.06.13; STJ, HC 184492/SP, Min. Jorge Mussi, DJe 16/08/2012; STJ, HC 208928/SP, Min. Og Fernandes, DJe 05/09/2011.

Através da respeitável sentença de folhas 161/173, **BERALDO APARECIDO DA SILVA**, qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de cinco (05) anos, cinco (05) meses e dez (10) dias de reclusão, fixado o regime inicial fechado, e ao pagamento de quinhentos e quarenta e quatro (544) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, “caput”, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da lei nº 11.343/06, combinado com o artigo 29, § 1º, do Código Penal e **JANDSON RAMOS DOS REIS**, qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão, fixado o regime inicial semiaberto, e ao pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, “caput”, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da lei nº 11.343/06. Negado aos réus o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada, a Defesa dos réus recorre (folha 178) e requer, em suas razões, a redução das penas básicas dos réus aos mínimos legais; o reconhecimento e aplicação da atenuante da confissão espontânea do acusado Jandson; o reconhecimento e aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, no índice de dois terços (2/3), em razão da primariedade do réu Jandson; o afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da lei nº 11.343/06, para ambos os réus; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime prisional inicial aberto para ambos os réus (folhas 179/186).

Oferecidas as contrarrazões (folhas 217/222); a ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo não provimento do recurso da Defesa (folhas 246/253).

É o relatório.

Consta da denúncia (folhas 68/70) que: *"no dia 09 de julho de 2024, por volta de 13h29, na rodovia Waldomiro Corrêa de Camargo, altura do quilômetro 23 – no Centro Esportivo e de Lazer “Titi”, nesta cidade e Comarca de Itu/SP, JANDSON RAMOS DOS REIS e BERALDO APARECIDO DA SILVA, qualificados às fls. 22/23, agindo em concurso e previamente ajustados, traziam consigo e vendiam, para fins de tráfico, (I) 144 (cento e quarenta e quatro) porções de cocaína, na forma pulverizada, pesando aproximadamente 205,1g (duzentos e cinco gramas e um decigrama) e (II) 195 (cento e noventa e cinco) porções de cocaína, na forma de “crack”, pesando aproximadamente 162,4g (cento e sessenta e dois gramas e quatro decigramas), conforme auto de exibição e apreensão de fls. 16, auto de constatação de fls. 15 e laudos periciais a serem oportunamente juntados, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

Segundo se apurou, no dia dos fatos, os guardas Luiz Pascoal Giansante e Josué da Silva Euzébio cumpriam ordem de serviço no Centro Esportivo e de Lazer “Titi”, quando se depararam com BERALDO APARECIDO DA SILVA na pista de skate. Ao avistar a guarnição, o indiciado se evadiu do local e passou a gritar "Moizou! Moizou!" para JANDSON RAMOS DOS REIS, com o fito de avisá-lo sobre a presença dos agentes municipais. JANDSON, por sua vez, estava em uma cocheira próxima, ponto conhecido como onde se realiza a venda de drogas.

Os guardas, então, foram no encalço de BERALDO e o abordaram. Nada de ilícito foi encontrado com ele. Logo após, os agentes municipais perseguiram JANDSON. Durante a fuga, ele dispensou uma pochete contendo 144 (cento e quarenta e quatro) porções de cocaína, na forma pulverizada, pesando aproximadamente 205,1g (duzentos e cinco gramas e um decigrama) e 195 (cento e noventa e cinco) porções de cocaína, na forma de “crack”, pesando aproximadamente 162,4g (cento e sessenta e dois gramas e quatro decigramas), R\$ 148,00 (cento e quarenta e oito reais) e um aparelho de telefone celular.

Durante a abordagem, JANDSON admitiu que estava no local vendendo drogas, e que havia consigo cerca de R\$ 1.000,00 em entorpecentes diversos.

Evidencia-se o tráfico ilícito de drogas, diante da quantidade e disposição das drogas apreendidas, além da informal admissão dos fatos pelo indiciado."

A materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (folhas 01/08 – 17/31 e 62/63), boletim de ocorrência (folhas 09/12), auto de constatação (folha 15), auto de exibição e apreensão (folha 16), laudos do exame químico-toxicológico definitivos (folhas 129/131 e 132/134), laudo pericial do local-croqui (folhas 153/155) e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é certa tanto que sequer foi questionada pela defesa e restou bem demonstrada pelas folhas 163/166 da sentença: *“Na fase inquisitiva, a testemunha Luiz, guarda civil municipal, afirmou: “que cumpriam ordem de serviço voltada para o patrulhamento da área de lazer TITI, enquanto patrulhavam o local visando coibir o comércio ilícito de entorpecentes se depararam com o indiciado posteriormente identificado por Beraldo, que estava na pista de skate, o qual ao avistar a guarnição se evadiu do local e gritou para o indiciado Janderson, “moiou! moiou!”. Que Janderson estava há poucos metros da pista de skate, local onde existe uma cocheira, ponto estratégico para a venda de drogas, uma vez que, auxiliado por Beraldo tinham por objetivo dificultar a ação da polícia. Os guardas perseguiram Beraldo e o abordaram, em revista pessoal nada de ilícito foi encontrado, Janderson tentou se evadir dos GCMs e na fuga dispensou uma pochete, que após ser recuperada se constatou conter 144 porções de cocaína, 195 pinos de crack e 148 reais em dinheiro, além de um aparelho de telefone celular, ao final da abordagem Janderson admitiu que estava no local vendendo drogas, e que havia consigo cerca de R\$ 1.000,00 em entorpecentes diversos. Diante dos fatos conduziram os indivíduos a este Plantão Policial para o registro da ocorrência.”* (sic)

Ao ser ouvido em juízo, Luiz, guarda civil municipal, testemunha arrolada em comum, ratificou integralmente o depoimento prestado na fase extrajudicial. Confirmou que um dos réus ao avistar a equipe gritou: “moiô, moiô, corre”, sendo que ele pulou de cima da pista de skate, caiu e bateu na cerca de arame. Disse que o outro rapaz estava dentro da cocheira e, quando visualizou a

equipe se aproximando, também saiu correndo e jogou a pochete. Afirmou que após uns 50 metros os acusados foram detidos, retornaram e localizaram a pochete, dentro da qual havia drogas. Esclareceu que o grito dado por um dos réus foi direcionado ao rapaz que estava na cocheira, mas como no dia chovia muito o rapaz da cocheira não ouviu o aviso e somente quando a equipe se aproximou é que ele saiu em fuga. Informou que o rapaz que aparece na imagem com o fundo azul (Jandson) era o que estava com a pochete, sendo que o outro (Beraldo) é o que verbalizou, informando a presença da equipe no local, sendo que este admitiu que trabalha para o tráfico devido a crime antigo, sendo obrigado a trabalhar como olheiro a troco de drogas. Afirmou que nenhum dos réus aparentava estar sob efeito do uso de drogas.

No mesmo sentido o depoimento da testemunha Josué, guarda civil municipal, que na fase extrajudicial confirmou os fatos narrados pelo seu colega de equipe, ao afirmar: “que cumpriam ordem de serviço voltada para o patrulhamento da área de lazer TITI, enquanto patrulhavam o local visando coibir o comércio ilícito de entorpecentes se depararam com o indiciado posteriormente identificado por Beraldo, que estava na pista de skate, o qual ao avistar a guarnição se evadiu do local e gritou para o indiciado Janderson, “moiou! moiou!”. Que Janderson estava há poucos metros da pista de skate, local onde existe uma cocheira, ponto estratégico para a venda de drogas, uma vez que, auxiliado por Beraldo tinham por objetivo dificultar a ação da polícia. Os guardas perseguiram Beraldo e o abordaram, em revista pessoal nada de ilícito foi encontrado, Janderson tentou se evadir dos GCMs e na fuga dispensou uma pochete, que após ser recuperada se constatou conter 144 porções de cocaína, 195 pinos de crack e 148 reais em dinheiro, além de um aparelho de telefone celular, ao final da abordagem Janderson admitiu que estava no local vendendo drogas, e que havia consigo cerca de R\$ 1.000,00 em entorpecentes diversos. Diante dos fatos conduziram os indivíduos a este Plantão Policial para o registro da ocorrência.” (sic)

Em juízo, a testemunha arrolada em comum, Josué, guarda civil municipal, reproduziu os relatos apresentados na fase extrajudicial. Disse que no dia estava chovendo bastante, tudo estava bem molhado, sendo que o que estava de

“olheiro” pulou da pista de skate e o depoente não sabe se ele caiu e se machucou, mas ele já saiu correndo. Afirmou que o outro mais jovem, que era o traficante, estava um pouco mais à frente e também saiu correndo em direção ao pasto. Disse que os réus pularam cercas, escorregando e a equipe seguiu no acompanhamento, logrando êxito em abordá-los a uns 50 metros, onde havia uma cocheira. Relatou que voltaram, procuraram a droga, acharam a pochete, onde havia drogas, mas não acharam outras drogas pelo local. Informou que o indivíduo mais novo inicialmente falou que não era tráfico, mas depois acabou admitindo que havia R\$ 1.000,00 (mil reais) em drogas, sendo que a partir de então deu para entender que era dele mesmo a droga. Afirmou que o outro falou que somente olhava a troco de receber entorpecente, dizendo também que estava sendo ameaçado por alguém pelo fato de ter cometido um crime anterior, sendo obrigado a fazer esse serviço. Disse que o local é conhecido pelo tráfico de drogas, sendo que por tal motivo com frequência é realizado o patrulhamento preventivo, tratando-se de um local que faz parte do equipamento municipal. Informou que não conhecia os réus de outras abordagens. Esclareceu que quando correram atrás dos réus, a pochete estava com o rapaz mais novo, que dispensou no meio do caminho durante a fuga e continuou correndo. Confirmou que a pochete estava na posse do réu que na imagem aparece com o fundo da tela azul, tratando-se do acusado Jandeson.

Interrogado durante a fase policial, o réu Beraldo disse que: “estava atuando como “olheiro” do tráfico, vigiando o local para “Menor” como é conhecido Jandson. Que faz o “serviço” para sustentar o próprio vício, sendo que recebe uma porção de crack por dia que ajuda no tráfico. Que a droga encontrada no local é de propriedade de Jandson. Que não atua na venda de entorpecente, ficando apenas com o cargo de vigiar para avisar a chegada das forças policiais no local.” (sic)

Por ocasião de seu interrogatório em juízo, o réu Beraldo alegou que tem varizes no fígado e estava fazendo exercício por recomendação médica, sendo que os policiais já entraram atitando, sendo que correu por causa disso. Não pegaram nada com o interrogando e não teria como gritar “moiô” a 100 metros de distância. Disse que foi agredido e usa prótese, não tendo oferecido resistência.

Entende que não pode ser julgado pelo passado, sendo que estava em condicional. Ameaçaram sua mãe para dar testemunho na delegacia do que não aconteceu. Disse que não havia nada com o interrogando e não conhece esse rapaz, esclarecendo que o conhece apenas de vista. É usuário, tem problema na PII, que é crime não aceito por outras facções e não podem nem saber que tem esse BO, correndo risco de morte. Alegou que traficante tem que ter droga na mão, somente correu porque estavam atirando, muitas pessoas correram. Narrou que no dia do fato estava chovendo e se machucou porque bateram no interrogando, estando com a boca e a costela estourada. Perdeu sua prótese porque Paschoal atirou na prótese dentária do interrogando, dizendo isso na custódia. Está preso há 3 meses sem saber o motivo. Ofereceu ajuda aos policiais para entregar os “chefes” e mesmo assim agrediram o interrogando, sendo que disseram que era doente e bateram ainda mais para ver se morria, sendo o que o guarda falou, estando em três na data do fato. Não tem dívida nenhuma com ninguém. Nem pode se misturar nessas pessoas do “PCC”, pois tem passagem pelo artigo 213 e se souberem matam o interrogando.

Quando interrogado perante a Autoridade Policial, o réu Jandson declarou que: “deseja se manter calado e se manifestar apenas em juízo” (sic)

Ao ser interrogado em juízo, o réu Jandson afirmou que estava precisando, tinha aluguel para pagar, a mulher ia ter outra criança que vai nascer mês que vem, é usuário de “crack”, precisava pagar os caras, sendo que é mecânico e no dia ofereceram essa proposta e caiu nessa aí. Confessou que era o interrogando mesmo que estava vendendo. Informou que conhece Beraldo de vista, ele gritou: “moiô moiô”, mas o interrogado estava lá para baixo, a uns 150 metros da pista de skate. Afirmou que, no entanto, avistou os policiais e saiu correndo, ficou com medo, pois eles estavam dando um monte de tiros. Disse que o corréu não estava ali pra alertar o interrogando. Disse que viu o corréu descendo e ele gritou ao ver aos policiais, sendo que no dia ele havia comprado droga com o interrogando. Declarou que não vai mentir, o corréu ficou em cima da pista de skate de “olheiro”. Disse que não tem porque mentir e o “BO” era do interrogando mesmo. Informou que em 2018 teve uma passagem na Infância porque foi pego com 3 porções de maconha ficando 22 dias na Fundação Casa, em Sorocaba, apenas essa vez.”.

Foram apreendidos 24,02 gramas de “cocaína”, dispostos em cento e quarenta e quatro (144) *eppendorfs* e 37,74 gramas de “crack”, dispostos em cento e noventa e cinco (195) *eppendorfs* (auto de constatação de folha 15, auto de exibição e apreensão de folha 16 e laudos do exame químico toxicológico definitivos de folhas 129/131 e 132/134).

Ressalta-se que, realmente, ficou evidenciada a causa especial de aumento de pena, pelo fato de o delito ter sido praticado em área de lazer, estando o acusado Beraldo atuando como olheiro na pista de skate e o réu Jandson atuando na venda nas proximidades daquela pista, comprovado nos autos pelo laudo pericial e croqui de folhas 153/155 e pela prova oral colhida. Enfim, inequívoca a incidência do artigo 40, inciso III, da “Lei Antitóxica”, pois a traficância era perpetrada em área do Centro Esportivo e Lazer “Titi” referido e destinado aos frequentadores daquela área esportiva, daí o recrudesimento das penas.

Diante deste quadro, a condenação deve ser mantida.

Passo à análise das penas.

Para o réu Beraldo Aparecido da Silva:

Na primeira fase do artigo 68 do Código Penal, considerando o critério do artigo 59 do Código Penal, a Juíza Sentenciante fixou as penas básicas acima dos mínimos legais, no importe de seis (06) anos de reclusão e pagamento de seiscentos (600) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em razão do mau antecedente (certidão de folhas 34/37 – processo número 0003734-57.2012.8.26.0286 – Itu – estupro – trânsito em julgado para Defesa ocorrido em 25/07/2013 e 0000189-26.2012.8.26.0238 – Ibiúna – roubo – trânsito em julgado para Defesa ocorrido em 30/08/2016 – em pesquisa aos autos de execução 7001964-29.2012.8.26.0602 e 7004484-55.2016.8.26.0073, **o réu se encontra em cumprimento de pena**) e da quantidade e diversidade de drogas. Ocorre que a certidão de folhas 34/37, retrata condenações consideradas reincidências, pois estão dentro do prazo quinquenal e a quantidade das drogas (**peso líquido total de 61,76 gramas**) não é exagerada a ponto de uma exasperação nesta

fase e a natureza danosa já está inserida no tipo penal do narcotráfico. Assim, fixam-se as penas básicas nos mínimos legais, no importe de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, o MM. Juiz sentenciante reconheceu a agravante da reincidência (certidão de folhas 31/34) e como o réu confessou, na fase policial (folha 06), que atuava como olheiro de tráfico, entendo aplicável a circunstância atenuante da confissão espontânea, que deve ser compensada com a agravante da reincidência, de forma que as penas são mantidas assim como fixadas na primeira fase da dosimetria, ou seja, cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Já na terceira e última fase da dosimetria penal, a Juíza sentenciante reconheceu a majorante do artigo 40, inciso III, da lei nº 11.343/2006 como justificado linhas atrás, aplicou um aumento na fração de um sexto (1/6), ou seja, a pena ficou em cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. **Ainda nesta fase**, a Juíza sentenciante, reconheceu a participação de menor importância e reduziu as penas na fração de um terço (1/3), nos termos do artigo 29, § 1º, do Código Penal, de forma que as penas atingiram três (03) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de trezentos e oitenta e oito (388) dias-multa, no valor unitário mínimo legal e, **por fim**, entendeu, por bem afastar o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da lei nº 11.343/2006, em razão da reincidência (folhas 34/37). Segundo posicionamento pacífico do STJ: a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas exige o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. STJ. 5ª Turma. HC 355.593/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/8/2016.

Assim, as sanções do acusado Beraldo Aparecido da Silva são finalizadas em três (03) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de trezentos e oitenta e oito (388) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Ante a pena fixada e a reincidência do réu Beraldo, o regime inicial de prisão deve ser o **fechado**, nos termos do artigo 33, § 2º, "b", do Código Penal, restando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44, incisos I e II, do Código Penal).

Para o réu Jandson:

Na **primeira fase** do artigo 68 do Código Penal, considerando o critério do artigo 59 do Código Penal, a Juíza sentenciante fixou as penas acima dos mínimos legais, na fração de um sexto (1/6), em razão da quantidade e diversidade das drogas. Ocorre que a quantidade das drogas (**pelo líquido total de 61,76 gramas**), é pequena e a natureza danosa já está inserida no tipo penal do narcotráfico. Assim, fixam-se as penas básicas nos mínimos legais, no importe de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na **segunda fase**, ausentes agravantes a serem consideradas e presente a atenuante da confissão espontânea (folha 166); entretanto, como a pena-base foi fixada no piso mínimo e por ter incidência o teor da Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, resta mantida a pena de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Já na **terceira e última fase da dosimetria penal**, a Juíza sentenciante reconheceu a majorante do artigo 40, inciso III, da lei nº 11.343/2006 como justificado linhas atrás, (centro esportivo) e aplicou um aumento na fração de um sexto (1/6), ou seja, a pena ficou em cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. **Ainda nesta fase**, o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas não foi aplicado pela Juíza Sentenciante, sob a justificativa de folha 171 de que: *“Não há causa de diminuição de pena, sendo que no caso em análise não cabe o reconhecimento do redutor previsto no §4º, do artigo 33, da lei de drogas, ante a elevada quantidade de drogas em termos de porções individuais, sendo todas elas de natureza particularmente nociva, que não seriam confiadas a pessoa, que não estivesse vinculada, ainda que indiretamente, à criminalidade organizada.”*.

Entretanto, como justificado na primeira fase da dosimetria, a quantidade da droga (**peso líquido total de 61,76 gramas**) é pequena e a natureza nociva já está inserida no tipo penal do narcotráfico, além do réu ser primário (certidão de folha 32) e não há informação nos autos que demonstre que integre organização criminosa ou que se dedique a atividades criminosas. Com relação aos atos infracionais descritos na certidão de folha 33, são antigos (mais de quatro anos) e foram extintos, além de não possuírem relação com o tráfico de drogas.

Assim, é cabível aplicar o redutor.

De acordo com a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é possível utilizar a quantidade de drogas para impedir a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que essa mesma circunstância preponderante (artigo 42 da lei 11.343/2006) deve ser utilizada, se o caso, na primeira fase de aplicação da pena. Além disso, a quantidade de drogas apreendidas, por si só, não permite presumir a dedicação a atividades criminosas.

Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção desta Corte Superior que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.(...)” (STJ: AgRg no HC 904495/MS, julgado em 27/05/2024);

“(…)4. Ainda, acerca do tema, a Terceira Seção desta Corte,

no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator o Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).(…)” (STJ: AgRg no HC 859826/RS, julgado em 20/05/2024).

Aplicado o redutor do artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006, no seu índice máximo de dois terços (2/3), as penas do acusado serão fixadas em um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão e pagamento de cento e noventa e quatro (194) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Ante as penas fixadas e as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu Jandson, primário, cabível fixar o regime **aberto**. A gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo, entendimento que está em consonância com as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

A fixação de regime fechado ou semiaberto, no caso concreto, fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, beirando a injustiça o fato de um réu primário, condenado à pena de um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão, ser submetido a um regime mais gravoso de cumprimento da reprimenda, salientando-se a regra disposta no artigo 33, § 2º, do Código Penal. Observo que a quantidade e natureza da droga, no caso dos autos, não são relevantes o suficiente

para impedir a fixação do regime prisional mais brando.

Consigno que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que a Resolução nº 5 do Senado, publicada em 16 de fevereiro de 2012, com efeito *erga omnes*, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", inserida no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, consagrando o princípio constitucional da individualização da pena.

Desse modo, cabe ao Julgador verificar a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 e seguintes do Código Penal.

Tendo em vista as condições pessoais do acusado Jandson, que é primário e que foi beneficiado com o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo, e consoante entendimento esposado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no paradigmático *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, de fato é viável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, a pena privativa de liberdade será substituída por **uma pena restritiva de direitos e multa**, consoante o disposto no artigo 44, § 2º, do Código Penal, com a prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena substituída, e o pagamento de dez (10) dias-multa **nos termos do artigo 49 do Código Penal**, cabendo ao juízo de execuções criminais especificar o local da prestação de serviços.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso da Defesa**, para reduzir as penas do réu **Beraldo Aparecido da Silva**, que serão fixadas em **três (03) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão**, mantido o regime prisional inicial fechado, e o pagamento de **trezentos e oitenta e oito (388) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, "caput", combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da lei nº 11.343/06, combinado como o artigo 29, § 1º, do Código Penal e para reduzir as penas de **Jandson Ramos dos Reis**, que serão fixadas em **um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão**, no regime inicial **aberto**, além do pagamento de **cento e noventa e quatro (194) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal **(nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06)**, por infração ao

artigo 33, § 4º, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da lei nº 11.343/2006, sendo a pena privativa de liberdade substituída por **uma pena restritiva de direitos e multa**, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, cabendo ao juízo de execuções criminais especificar o local da prestação de serviços, e pagamento de dez (10) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, **observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal e determinando-se a expedição, com urgência, de alvará de soltura clausulado em nome do réu Jandson Ramos dos Reis, comunicando-se o juízo de conhecimento e o das execuções criminais agraciado com as guias de recolhimento provisórias de folhas 223/225 e 226/228.**

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator