



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000428044**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500553-70.2020.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante LUAN LUCAS GODOY DE SOUZA, é apelado 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: **Analisando a determinação do C. STJ, afastaram o aumento fixado na pena base de LUAN LUCAS GODOY DE SOUZA, mantida, entretanto, em 05 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, por infração ao art. 33, caput, da Lei 11.343/06, e, analisando recurso nos moldes dos art. 33 e 59, ambos do Código Penal, mantiveram o regime inicial fechado para o cumprimento das penas. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 2 de junho de 2021.

**EDISON BRANDÃO**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500553-70.2020.8.26.0616  
Origem: 2ª Vara Criminal/Mogi das Cruzes  
Magistrado: Davi de Castro Pereira Rio  
Apelante: **LUAN LUCAS GODOY DE SOUZA**  
Apelado: Ministério Público

Voto nº 41591

APELAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – Acórdão do STJ que concedeu habeas corpus a fim de que esta C. Câmara proceda à nova dosimetria da pena, com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas da dosimetria – Pena base redimensionada para o mínimo legal – Mantida a não aplicação do redutor em razão da quantidade e variedade dos entorpecentes encontrados - Regime inicial fechado mantido diante da gravidade dos fatos.

Cuidou-se de recurso de apelação interposto por **LUAN LUCAS GODOY DE SOUZA** contra a r. sentença de fls. 243/252 que o condenou por incursão ao art. 33, caput da Lei 11.343/06, a pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa.

Em sessão de julgamento virtual realizada em 22 de março último, por unanimidade, esta Colenda Câmara de Direito Criminal **NEGOU PROVIMENTO** ao apelo defensivo, mantendo a r. sentença de primeiro grau (fls. 319/326).

A defesa do réu impetrou Habeas Corpus perante o C. Superior Tribunal de Justiça, sendo concedida a ordem "a fim de determinar que a Corte de origem proceda à nova dosimetria da pena, com a utilização da quantidade de

*drogas apreendidas em somente uma das etapas da dosimetria."*  
(fls. 334/340).

Relatei.

A Corte Superior entendeu que "o Tribunal a quo utilizou o mesmo fundamento (qualidade e quantidade de drogas apreendidas) para justificar tanto a exasperação da pena-base quanto para afastar a aplicação da minorante do § 4º do art. 33, tendo como caracterizada a ofensa ao princípio do *ne bis in idem*" motivo pelo qual se determinou o redimensionamento da pena.

Pois bem.

O Magistrado de primeiro grau fixou a pena base acima do mínimo legal pela natureza do crack, uma das drogas que estavam em poder do réu, retornando a pena ao mínimo legal diante da confissão e, por fim, deixou de aplicar o redutor considerando o envolvimento do apelante com o tráfico de drogas, já que foi encontrado em ponto de venda na posse de grande e variada quantidade de entorpecentes.

A Defesa recorreu, tendo o V. Acórdão mantido tal decisão, nos termos que constam às fls. 319/326.

Com efeito, no presente caso a natureza do crack, droga de alto poder lesivo foi considerada na primeira fase e a quantidade de drogas e variedade - 294 invólucros contendo 209,92g de cocaína, 01 porção contendo 635,15g de maconha e 30 invólucros contendo 3,18g de cocaína na forma de crack -, apenas foi utilizada como forma de corroborar a demonstração da dedicação do réu à atividade criminosa.

Além disso, duas variedades das drogas apreendidas são de elevado potencial lesivo.

Tudo isso indica a dedicação do réu à atividade criminosa e, nesse caso, seria questionável a ocorrência de bis in idem:

*"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 316 KG DE MACONHA. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS E NATUREZA. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Não há falar em bis in idem, pois a quantidade de drogas foi utilizada para elevar a pena-base, enquanto o afastamento da redutora da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, deu-se em razão da comprovação, nos autos, de que o agravante se dedica a atividades criminosas. 2. Inviável o abrandamento do regime, pois idônea a fundamentação de negativa pela comprovação à atividade criminosa e pela quantidade de substância entorpecente apreendida. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 450.968/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018).*

De qualquer forma, em atendimento a determinação do C. STJ, passa-se ao redimensionamento do presente caso.

Fixo a pena base do apelante no mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão, mais 500 dias-multa.

Na segunda fase, mesmo com a atenuante da confissão, a reprimenda permanece inalterada, já que impossível a redução aquém do mínimo legal.

Por fim, deixo de aplicar a redução de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, conforme fundamentou o magistrado de primeiro grau: *"pois foi detido em circunstâncias que evidenciam o seu anterior envolvimento com tráfico de drogas, isto é, em local conhecido pela alta incidência de tal delito, na posse de grande e variada quantidade de entorpecentes."* (fls. 248).

A nova Lei de Drogas recrudesceu o tratamento aplicado aos traficantes, agravando a dosagem penal, passando a variar de 05 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Da mesma feita passou a criar uma causa de redução, diminuindo o rigor da norma, a fim de beneficiar o chamado "pequeno traficante" ou traficante eventual, desde que atendessem a determinados requisitos.

Com efeito, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na superveniente legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organizações criminosas.

Ocorre que, no caso dos autos, o réu foi surpreendida trazendo consigo grande quantidade de drogas - **294 invólucros contendo 209,92g de cocaína, 01 porção contendo 635,15g de maconha e 30 invólucros contendo 3,18g de cocaína na forma de crack** -, sendo evidente que não pode ser tido como pequeno traficante e vir a ser beneficiado com mesma redução de pena daquele que vende, ocasionalmente, algumas poucas porções de drogas, em uma esquina, eis que, tal redução, dar-se-ia em afronta ao princípio da individualização das penas.

Além do mais, não comprovou emprego lícito, o que comprova sua habitualidade neste tipo de delito.

Assim, à luz das peculiaridades do caso em tela, em que pese a primariedade, é inegável que as

circunstâncias concretas do delito praticado impedem a aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Frise-se que mencionado parágrafo emprega o termo "poderão", o que seguramente indica não ser obrigatória a redução.

Nesse sentido:

*"A diminuição permitida pelo § 4º do art. 33, por outro lado, não pode ser concedida. A lei dispõe que as penas poderão ser reduzidas, o que faculta ao juiz sua concessão, após a análise do caso concreto, respeitado o princípio da individualização da pena. Na hipótese, a quantidade de droga apreendida, aliada aos informes policiais de que o apelante já se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao fato de o apelante ter sido preso em companhia de usuários de drogas, demonstram a conduta social e a personalidade do agente voltada para o crime. Tais circunstâncias impedem a concessão do redutor, já que o apelante não pode ser considerado pequeno traficante" (TJSP, Ap.990.08.078177-4, 9ª Câmara, Rel. Galvão Bueno, j. 29/01/2009).*

A pena então permanecerá em 05 anos de reclusão, mais 500 dias-multa.

Analisando os autos a partir dos dados concretos do presente caso e à luz dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, conforme determinação do C. Superior Tribunal de Justiça, mantenho o **regime inicial fechado** para o cumprimento da sanção, observando a quantidade de penas fixadas, e as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ora, tendo em vista a gravidade dos fatos, a quantidade de drogas, a variedade e a natureza das

substâncias entorpecentes apreendidas, além das circunstâncias, em que o réu foi preso na posse de dinheiro proveniente da traficância, do que indica que o acusado já havia atingido inúmeros usuários com a vil mercancia, e confessou que traficava, tudo isso indica que, ainda que o acusado seja primário, regime inicial menos severo será insuficiente para a repressão e prevenção do delito em tela.

Demais disso, é certo 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 artigo 59, inciso III, do Código Penal. Entretanto, no presente caso, o magistrado de primeiro grau não agiu com acerto, sendo óbvio que o regime inicial semiaberto fixado não é suficiente para a reprovação e prevenção do delito em tela.

Cumpra observar que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado permitirá ao réu uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta.

Assim, em que pese a primariedade, a gravidade dos fatos exige maior repressão por parte do Estado, sendo insuficiente para atender a finalidade repressiva e preventiva da pena, a fixação de regime inicial menos severo.

Nessa toada, julgado do C. Superior

Tribunal de Justiça, no sentido que a quantidade de drogas, a variedade são fundamentos idôneos para a fixação de regime inicial mais severo:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 1. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e nocividade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por conta da dedicação do paciente à atividade criminosa, que foi evidenciada pelas circunstâncias do delito. 2. O redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastado, no caso, em razão das circunstâncias da apreensão (disposição em tablete e barra, materiais apreendidos - eppendorfs utilizados para embalar drogas para posterior venda -, a partir de denúncia anônima, em ponto conhecido de venda ilegal), além da quantidade e diversidade da droga encontrada em poder do ora agravante (57,10 g de cocaína, 264,51 g de crack e 183,21 g de maconha). A tese recursal de que não haveria respaldo probatório para a conclusão adotada no sentido de que o agravante teria envolvimento com organização criminosa, para ser acolhida, demandaria ampla dilação em fatos e provas, o que não se harmoniza com o rito do habeas corpus, de cognição sumária. 3. Regime fechado mantido e devidamente fundamentado ao se considerar a expressiva quantidade, diversidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas. 4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 387.889/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 28/08/2018).*

Assim, em face da análise das peculiaridades do caso e da conduta, o regime prisional inicial deve ser o fechado, para que a penalidade tenha contornos de suficiência em face do caso concreto e não apenas do texto legal.

Posto isto, analisando a determinação do C. STJ, afasto o aumento fixado na pena base de **LUAN LUCAS GODOY DE SOUZA**, mantida, entretanto, em 05 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e, analisando recurso nos moldes dos art. 33 e 59, ambos do Código Penal, mantenho o regime inicial fechado para o cumprimento das penas.

**EDISON BRANDÃO**  
Relator