



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação n. 0003842-50.2014.8.24.0067, de São Miguel do Oeste
Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins

1. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. CRIME ENVOLVENDO ADOLESCENTE. ARTIGO 33, *CAPUT*, C/C ARTIGO 40, III, VI, DA LEI 11.343/2006. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ARTIGO 12 DA LEI 10.826/03. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DAS PARTES.

2. RECURSO DA DEFESA:

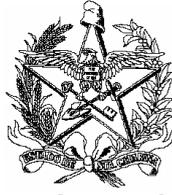
2.1. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. DENÚNCIAS ANÔNIMAS RELACIONANDO O NOME DO ACUSADO AO TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO A MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM SUA RESIDÊNCIA QUE RESULTOU NA APREENSÃO DE 1 (UM) TORRÃO DE 32 (TRINTA E DOIS) GRAMAS DE MACONHA, BEM COMO DE UM LAPTOP QUE, APÓS PERICIADO, CONFIRMOU A SUSPEITA DE QUE ESTAVA VENDENDO DROGAS ATRAVÉS DO FACEBOOK. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

2.2. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO COMPARTILHADO, PREVISTO NO ARTIGO 33, § 3º, DA LEI N. 11.343/06. PRETENSÃO DESCABIDA. PRESSUPOSTOS NÃO DEMONSTRADOS.

2.3. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE ENTORPECENTES PARA USO PESSOAL. ARTIGO 28, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. TRAFICÂNCIA COMPROVADA.

2.4. ATENUANTE DA MENORIDADE EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO. RECONHECIMENTO NA SENTENÇA. MITIGAÇÃO NÃO REALIZADA POR FORÇA DOS TERMOS DA SÚMULA 231 DO STJ. NÃO CONHECIMENTO, NO PONTO.

2.5. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. ARTIGO 40,



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

VI, DA LEI 11.343/2006 CIRCUNSTÂNCIA DE AUMENTO DE PENA CONFIRMADA PELO ADOLESCENTE. INOCORRÊNCIA, TODAVIA, DE FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE MANIFESTA. AFASTAMENTO IMPERIOSO. PROVIMENTO DO RECURSO NESTE PONTO.

2.6. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ARTIGO 40, III, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DELITO COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. CIRCUNSTÂNCIA DEMONSTRADA. AUMENTO HÍGIDO. MITIGAÇÃO DE OFÍCIO, NO ENTANTO, DO ACRÉSCIMO DE PENA DETERMINADO, POR EVIDENTE DESPROPORCIONALIDADE COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME.

2.7. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO NA MODALIDADE "FORNECER E ENTREGAR PARA CONSUMO" E "TER EM DEPÓSITO E GUARDAR" PRATICADOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. POSSIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. DELITO ÚNICO. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE.

3. MATÉRIAS COMUNS:

3.1. DOSIMETRIA:

3.1.1. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA EXCLUSÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE TÓXICOS. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ACOLHIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE PERMITE CONCLUIR QUE O RÉU SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXCLUSÃO DO REDUTOR.

3.1.2. RECURSO DA DEFESA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS NO PATAMAR MÁXIMO. PREJUDICIALIDADE ANTE O ACOLHIMENTO DO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PONTO. NÃO CONHECIMENTO.

3.2. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DO SEMIABERTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 33, § 2º "A" DO CÓDIGO PENAL.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

3.3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE EM RAZÃO DO *QUANTUM* DE PENA APLICADO.

4. CRIME DE ARMAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO. MEDIDA ADOTADA PELO TOGADO SINGULAR. NÃO CONHECIMENTO.

5. DETRAÇÃO. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) REFERENTE AO CRIME DE TRÁFICO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.

PROVIMENTO DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DA DEFESA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0003842-50.2014.8.24.0067, da comarca de São Miguel do Oeste Vara Criminal em que são Apte/Apdo o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apdo/Apte Danilo Roque Henn Junior.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso do Ministério Público para excluir a causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conhecendo-se em parte e dando-se parcial provimento ao recurso da defesa para excluir a continuidade delitiva, bem como a causa de aumento de pena do artigo 40, VI, da Lei de Drogas, reduzindo-se, de ofício, o acréscimo relativo à majorante do artigo 40, III, da referida lei para 1/6 (um sexto), restando definitivas as penas em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 1 (um) ano de detenção, e pagamento de 593 (quinhentos e noventa e três) dias multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, III, da Lei 11.343/06, e artigo 12 da Lei 10.826/03, aplicando-se o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. Comunique-se ao Conselho Nacional de Justiça para os fins de inclusão do



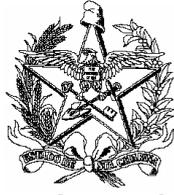
**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

nome do acusado no Cadastro Nacional de Condenados por ato de Improbidade Administrativa e por ato que implique Inelegibilidade (CNCIAI), nos termos do artigo 1º, inciso I, alínea "e", da Lei Complementar n. 64/90 e art. 3º da Resolução n. 44/07 do CNJ. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 21 de julho de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Newton Varella Júnior e Rodrigo Collaço. Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Norival Acácio Engel. Compareceu à sessão como representante do Ministério Público o Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 30 de agosto de 2016.

**Desembargador Jorge Schaefer Martins
PRESIDENTE E RELATOR**



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O Ministério Público, por seu representante em exercício na comarca de São Miguel do Oeste, ofereceu denúncia contra Danilo Roque Henn Junior pelo cometimento, em tese, dos delitos descritos nos artigos 33, c/c 40, III, e, 33, c/c 40, III, VI, todos da Lei 11.342/2006 e artigo 12 da Lei 10.826/2003, na forma do artigo 69 do Código Penal, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória:

No dia 19 de outubro de 2014, por volta das 16 horas, no interior do Hospital Regional de São Miguel do Oeste/SC, o denunciado DANILO ROQUE HENN JUNIOR forneceu e entregou para consumo do então paciente Diego Benedetti drogas, conhecida por "maconha", sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

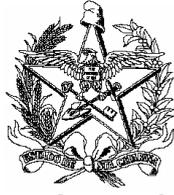
No dia 21 de outubro de 2014, por volta das 18 horas, na residência localizada na Rua Darci Tiepo, s/n, bairro São Sebastião, São Miguel do Oeste/SC, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão expedido nos autos n. 00003746-35.2014.8.24.0067, constatou-se que o denunciado DANILO ROQUE HENN JUNIOR tinha em depósito e guardava, no interior de sua morada, acondicionado na geladeira, 1 (um) torrão da droga conhecida como "maconha", totalizando 32 gramas da droga, destinado à comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de R\$ 863,00 (oitocentos e sessenta e três reais) em espécie.

O comércio de drogas praticado pelo denunciado DANILO ROQUE HENN JUNIOR envolve adolescentes, na medida em que vendeu e entregou drogas ao consumo de adolescentes, assim como comercializou as substâncias entorpecentes nas imediações da Escola do bairro São Sebastião, neste município.

Importante salientar que as drogas apreendidas são de ação psicotrópica, capazes de causar dependência física e psíquica, estando relacionada na Portaria n. 344, de 12/5/98, do Ministério da Saúde, como proibidas em todo território nacional.

No mesmo dia, horário e local, ainda em cumprimento ao mandado de busca e apreensão, a autoridade constatou que o denunciado DANILO ROQUE HENN JUNIOR possuía, sob sua guarda, no interior de um quarto da residência, 1 (uma) pistola, calibre 6.35, sem marca aparente, com numeração 26272, além de 14 (quatorze) cartuchos intactos, calibre 6.35 e 01 (um) cartucho deflagrado do mesmo calibres, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Quando do ingresso da autoridade policial na morada, o denunciado



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

tentou se desfazer da arma, jogando-a pela janela da residência. Todavia a ação foi presenciada pelos policiais que lograram localizar a arma de fogo (fls. 176-179).

Homologado o flagrante, a prisão foi convertida em preventiva (fls. 30-31).

Notificado, o réu apresentou defesa prévia (fls. 205-208).

Recebida a denúncia em 5.12.2014 (fls. 214-215), foi designada audiência de instrução e julgamento.

Durante a instrução foram ouvidas 12 (doze) testemunhas e o réu foi interrogado.

O laudo pericial foi juntado às fls. 291-295.

Apresentadas as alegações finais pelas partes, o Dr. Juiz de Direito proferiu sentença nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido condenatório inserido na denúncia para:

A) condenar o réu Danilo Roque Henn Junior, dando-o como incurso nas sanções do art. 33, caput, c/c 40, inciso III, e art. 33, caput, c/c 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 71 do Código Penal, a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor de 1/15 do salário mínimo vigente a data do fato (21/10/2014);

B) condenar o réu Danilo Roque Henn Junior, dando-o como incurso nas sanções do art. 12 da Lei nº 10.826/2003, a pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/15 do salário mínimo vigente a data do fato (21/10/2014).

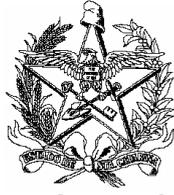
Considerando que o réu contratou defensora, condeno-o, ainda, no pagamento das custas processuais.

O pagamento da multa deverá se dar na forma do art. 50 do Código Penal.

De imediato, expeça-se processo de execução provisório.

Decreto o perdimento do notebook (marca Itaucer, Mod. Serial: InfoWay note A7520) e celular (marca LG, cor branca, contendo dois chips) apreendidos nos autos, uma vez que utilizados como meio para a prática delitiva, em favor da União, a serem revertidos para o FUNAD nos termos do art. 63 da Lei 11.343/06.

Decreto o perdimento da arma e munições apreendidas em favor do



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Comando do Exército para destruição. Oficie-se, de imediato.

Determino a incineração dos estupefacientes apreendidos; oficie-se, de imediato.

Quanto aos valores apreendidos, considerando-se que houve a comprovação da sua origem lícita, determino a sua restituição, deduzidas previamente as custas processuais e multa processual.

Após o trânsito em julgado da condenação, (a) lance-se o nome do apenado no rol dos culpados (CF, art. 5º, LVII), (b) comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral para os fins do artigo 15, III, da Constituição Federal, bem como a Corregedoria Geral da Justiça; (c) atualize-se o PEC; (d) encaminhem-se o celular e notebook ao Funad; (e) expeça-se alvará para pagamento das despesas processuais e multa (nessa ordem) e que sobejar restitua-se ao acusado (fls. 312-334).

Realizada a intimação da sentença, as partes interpuseram recurso de apelação.

A representante do Ministério Público requereu o afastamento da causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas da pena do réu.

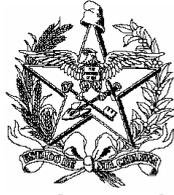
Subsidiariamente, em caso de manutenção da benesse, postulou a mitigação do aumento para o patamar de 1/6 (um sexto).

O réu, por sua vez, pleiteou a absolvição do crime de tráfico com base na aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Alternativamente, requereu a desclassificação para o artigo 33, § 3º, ou para o artigo 28 da Lei de Drogas.

Caso mantida a condenação pelo tráfico, postulou o reconhecimento da atenuante da menoridade, a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, o afastamento das causas de aumento de pena do artigo 40, III e VI, da referida lei, bem como da continuidade delitiva, a fixação do regime aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pleiteou, ainda, a restituição dos bens e valores apreendidos.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

No que diz respeito ao crime de armas, postulou o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a este Tribunal.

Instada, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Norival Acácio Engel, opinou pelo desprovimento do recurso interposto pela defesa e pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

VOTO

Inicialmente, verifica-se que a materialidade do delito encontra-se demonstrada por meio do auto de prisão em flagrante (fl. 01), do termo de apreensão (fl. 15), da fotografia presente à fl. 16, do laudo de constatação (fl. 18), do boletim de ocorrência (fls. 19-21), do laudo pericial (fls. 294-295), bem como pelas provas orais produzidas.

No tocante à autoria, aproveita-se a percuciente análise da prova feita pelo Dr. Juiz de Direito Márcio Luiz Cristofoli, transcrevendo-se o seguinte excerto da sentença de primeiro grau:

[...]

2.1.1 Fato I - Da entrega da droga no Hospital Regional de São Miguel do Oeste.

A materialidade do delito está estampada no inquérito policial instaurado, notadamente pelo boletim de ocorrências de fls. 120-121, imagens à fl. 107/108, imagem à fl. 122, dados da quebra de sigilo às fls. 123/124, lista de visitantes de fl. 127, termo de apreensão e termo de depósito de fl. 136, laudo de constatação de droga de fls. 146/148, laudo pericial n. 9206.15.00118 às fls. 294/295, bem como pelos depoimentos colhidos durante todo o trâmite processual.

Não há dúvidas acerca da autoria do delito que também está devidamente comprovada nos autos.

As diligências investigativas iniciaram-se quando a Polícia Civil representou pela busca e apreensão de drogas e arma de fogo na residência do acusado, em razão de inúmeras denúncias em desfavor do acusado.

Procedidas as buscas (21/10/2014), além de droga, foi apreendido um notebook, no qual, após determinada a quebra de dados telemáticos, verificou-se que na rede social Facebook havia conversas acerca de compra e venda de drogas, inclusive em uma delas Diego Benedetti e Danilo Roque Henn Júnior tratavam sobre uma entrega de maconha no Hospital Terezinha Gaio Basso ocorrida dois dias antes (19/10/2014) e apreendida em poder de um paciente, no caso Diego.

Acerca dos fatos o policial militar Joel Matielo que atendeu a ocorrência relatou, em suma (fl. 152):

"que em conversa com o paciente sobre a origem da substância, ele



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

inicialmente disse que teria encontrado no chão do hospital; que continuaram a realização dos procedimentos e novamente foi questionado Diego sobre a origem da droga, sendo que ele disse que quem havia trazido para ele até o hospital tinha sido DANILO, seu amigo".

Em igual sentido foi seu depoimento, em juízo, quando disse que Diego Benedetti afirmou informalmente aos policiais militares que foi o acusado quem levou a droga até a unidade hospitalar; no entanto, não queria formalizar os relatos por medo de retaliação, especialmente porque tinha conhecimento de que Danilo tinha em seu poder arma de fogo.

O Policial Civil Paulo Cristiano Dutra, em seu depoimento judicial, asseverou que o acusado efetivava as vendas de entorpecentes pelo facebook, conforme se verificou com a quebra de dados, sendo que em uma das conversas, o consumidor se tratava do paciente Diego Benedetti internado no Hospital Regional Terezinha Gaio Basso e surpreendido com uma trouxinha de maconha, a qual foi entregue pelo acusado.

O comparecimento do acusado no hospital no dia 19 de outubro de 2014 é incontroverso, o que é comprovado por intermédio das imagens de segurança à fl. 122, da listagem de visitantes à fl. 127, e ainda pela confirmação do acusado em seu interrogatório judicial.

Corroborar a tese acusatória, a conversa entre o acusado e Diego Benedetti logo após a visita (fl. 108):

Danilo Júnio Henn: daew lokão

Diego Benedetti:daewww

Diego Benedetti: ta bolado já

Diego Benedetti:kkkkkkk

Diego Benedetti: só falta chega na calada

Diego Benedetti: kkkkkk

Diego Benedetti: dai vo dormi que nem um anjo

Danilo Júnio Henn: pode cre

Danilo Júnio Henn: já sabe c eu tive no hospital ta na obriga de arruma uma fino.

Veja-se que ambos falam sobre o ocorrido, sendo que Diego ficou na obrigação de devolver o favor empreendido pelo amigo, então acusado.

As declarações das demais testemunhas inquiridas nos autos confirmam que o acusado é contumaz na venda ilegal de entorpecentes, as quais serão analisadas com afinco no próximo item.

Pelo exposto, não há dúvidas de que o conduta do acusado implicou na consumação do tipo penal previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, vez que entregou um torrão de maconha para consumo à Diego Benedetti no interior do Hospital Terezinha Gaio Basso.

2.1.2 Do fato II- Cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência do acusado no dia 21 de outubro de 2014:

A materialidade do delito está estampada no inquérito policial instaurado,



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

notadamente pelo auto de prisão em flagrante n. 119.14.00003, pelo termo de apreensão de fl. 15, laudo provisório de constatação de droga à fl. 18, laudo pericial de quebra de sigilo de dados telemáticos de fls. 102-118, laudo definitivo de constatação de droga à fl. 220-222, bem como pelos depoimentos colhidos durante todo o trâmite processual.

A autoria delitiva, por sua vez, é certa.

Inicialmente, colaciono os depoimentos prestados pelos policiais civis que foram os responsáveis pelo cumprimento do mandado de busca e apreensão:

O Policial Civil Paulo Cristiano Dutra asseverou que encontraram no interior da residência no momento da abordagem droga, a qual é conhecida popularmente por maconha:

Que durante investigação de tráfico de drogas deram cumprimento ao mandado de busca e apreensão na residência de **DANILO ROQUE HENN JÚNIOR**; [...]; Que em prosseguimento às buscas, foi encontrado na geladeira da casa certa quantidade de maconha e na carteira dele havia R\$ 863,00 (oitocentos e sessenta e três reais); [...]; Que já havia recebido denúncias de que **DANILO** estava traficando drogas neste município de São Miguel do Oeste, especialmente maconha e "crack"; Que o local onde reside **DANILO** dificulta a realização de campanhas para identificação da traficância, sendo informado, nas denúncias recebidas, que a maior quantidade de drogas **DANILO** esconde no mato próximo da casa ou na casa de vizinhos.

Semelhante foram suas declarações em juízo acerca do comércio ilícito de entorpecentes na residência do acusado, em síntese: as investigações decorreram de diversas denúncias que no local estavam comercializando drogas; quando do cumprimento da busca e apreensão na residência de Danilo encontraram arma, droga (maconha) e munições. No momento da prisão, verificou-se que o facebook se encontrava on-line, constatando-se a existência de conversas acerca de compra e venda de drogas, razão pela qual foi representado ao judiciário a quebra de sigilo de dados telemáticos. Afirmou ainda que o acusado indicou a localização da droga e disse que era pra uso. Adicionou a informação de que o acusado efetivava as vendas de entorpecentes pelo facebook, conforme se verificou com a quebra de dados, sendo que em uma das conversas, o consumidor se tratava do paciente Diego Benedetti internado no Hospital Regional Terezinha Gaio Basso e surpreendido com uma trouxinha de maconha, a qual foi entregue pelo acusado.

Seu colega Aljucir Zanatta esclareceu durante as investigações preliminares (fl. 5-6):

Que na data de hoje foi dado cumprimento ao mandado de busca e apreensão na residência de **DANILO ROQUE HENN JÚNIOR**, a fim de angariar provas da materialidade do delito de tráfico de drogas; Que durante a investigação os denunciantes relatavam que **DANILO** vendia maconha e "crack" e também possuía arma de fogo; Que o local onde reside **DANILO** dificulta a realização de campanhas para identificação da traficância, sendo informado, nas



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

denúncias recebidas que a maior quantidade de drogas **DANILO** esconde no mato próximo da casa ou na casa de vizinhos; [...]; Que em prosseguimento às buscas, foi encontrado na geladeira da casa certa quantidade de maconha e na carteira dele havia R\$863,00 (oitocentos e sessenta e três reais); [...].

Durante a instrução criminal, manteve integralmente a versão anterior. Acrescentou que a partir da quebra de dados telemáticos verificaram que a venda de drogas se realizava principalmente via facebook; foram identificadas conversas até mesmo com Diego Benedetti – consumidor a quem o acusado entregou o entorpecente apreendido no Hospital Terezinha Gaio Basso de São Miguel do Oeste (fato I).

Registra-se que as declarações dos policiais que participaram da operação foram coerentes, convergentes e uníssonas acerca da empreitada criminosa de narcotraficância, não existindo nos autos qualquer elemento para derrubá-las, porquanto harmônicas com as demais provas amealhadas nos autos.

É sedimentado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido: "o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal". (HC 236.105/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014)

Não bastassem os depoimentos dos policiais civis responsáveis pela operacionalização das diligências, foram carreadas aos autos imagens da rede de facebook, as quais corroboram com a dinâmica dos fatos relatadas.

Extraí-se da fl. 104 conversa entre o acusado e Thiago Fernando:

Thiago Fernando: me arruma 20 amanhã kk

Thiago Fernando: arruma*

Daniilo Roque Henn: cole ai

Thiago Fernando: Pde amanha d trd

Thiago Fernando: tem um 20 kk

Daniilo Roque Henn: O rafa

Thiago Fernando: vixx kk

Daniilo Roque Henn: Arrumei o carango_kkkkkk

Em outra oportunidade, novamente Thiago chama Danilo para agilizar mais uma certa quantidade de droga no valor de 20 reais, veja-se (fl. 107):

Thiago Fernando: queria vê com vc se arruma uma 20

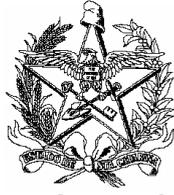
Thiago Fernando: d fumo

Daniilo Roque Henn: sói amanhã

Thiago Fernando: n tem akela d onten

O consumidor de drogas Thiago Fernando ouvido como testemunha dos fatos assegurou à Autoridade Policial (fl. 153):

Que o depoente é usuário de maconha e faz uso da droga há aproximadamente dois anos; Que perguntado de quem comprava a substância



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

para fazer uso, disse que comprou algumas vezes de "Danilo", morador do bairro São Sebastião, casa na saída para Guaraciaba/SC; Que mostrada a fotografia de DANILO ROQUE HENN JÚNIOR, o depoente reconhece como sendo a pessoa que lhe vendia a droga para consumo; Que algumas vezes foi até a casa de DANILO para compras e outras vezes comprava de DANILO enquanto ele estava próximo a escola do bairro São Sebastião; Que geralmente comprava uma quantia de droga equivalente a R\$10,00 (dez reais) ou R\$ 20,00 (vinte reais); Que pela rede social Facebook, já pediu para DANILO droga; Que confirma ter perguntado para DANILO "para ele arrumar uma de 20"; Que se referia a ele arrumar uma porção de maconha no valor de R\$20,00 (vinte reais).

Posteriormente, diante do Magistrado, a testemunha ratificou as afirmações reveladas nas investigações preliminares, especialmente que é consumidor de droga maconha -, sendo que adquiria o entorpecente geralmente com o acusado em sua residência, próximo à Escola do bairro São Sebastião (quando o encontrou) e também pela rede social confirmando que a conversa extraída do Facebook se tratava de uma encomenda de maconha.

Extraí-se também das fls. 114/115 conversa suspeita entre o acusado e o consumidor M. B., o qual prestou esclarecimentos ao Delegado de Polícia Albert C. Silveira que presidiu as investigações (fls. 155-156):

Que é usuário eventual de maconha; confirma que vezes em que usou maconha, adquiriu referida droga de DANILO ROQUE HENN JÚNIOR e de um amigo de DANILO, o qual conhece por RAFA FERNANDES; das vezes em que adquiriu maconha de DANILO, pagava porções de R\$10,00, R\$ 20,00 e R\$30,00, não sabendo quantas gramas lhe foram fornecidas nestas porções de R\$30,00; confirma que, nas conversas com DANILO via facebook (monitoradas pelos agentes desta especializada), estava combinando com DANILO, para adquirir drogas na residência de DANILO; conheceu RAFA por intermédio de DANILO, sendo que RAFA sempre estava com DANILO; RAFA residia duas casa, ao lado da casa de DANILO, mostradas as fotografias das residências onde ocorreu o cumprimento de Mandados de Busca e Apreensão quando da prisão de Danilo, confirma serem as casas onde residem DANILO e RAFA; comprou maconha tanto na casa de DANILO, quanto na residência de RAFA; acredita que a droga vendida por RAFA pertencia a DANILO, visto que era orientado por DANILO para comprar de RAFA quando DANILO não estava em casa; confirma que, nas conversas com DANILO por Facebook, disse a DANILO que não encontrou o mesmo para adquirir maconha e então comprou de RAFA, sendo que DANILO disse ao depoente que "é a mesma coisa", o que leva o depoente a crer que a droga vendida por RAFA era de DANILO; ouviu dizer que DANILO também vendia "Crack", porém não pode confirmar a veracidade desta informação; teme represálias por ter dito a verdade neste ato.

Em juízo, reafirmou as declarações da fase policial. Disse que era usuário de droga, somente maconha, a qual era adquirida de Danilo em sua residência, sendo que em algumas vezes acertou a negociação pelo Facebook. Pagava



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

R\$20,00 ou R\$30,00 pela porção. Não sabe dizer se outras pessoas compravam drogas com ele. Também já adquiriu a droga com Rafa, que morava próxima a residência de Danilo.

Sidimar Koehler declarou-se inimigo do acusado, razão pela qual foi descompromissado de falar a verdade, todavia disse que somente uma vez teve ciência, através da namorada de seu filho, de que o acusado pediu para entregar droga a ele, uma vez que seu filho era usuário.

De outro lado, Dálton Mathias Ararde afirmou que o acusado algumas vezes lhe forneceu droga (bucha) para fumar à noite ou até mesmo fumavam juntos.

Por seu turno, o acusado afirmou à Autoridade Policial à fl. 8: "[...] Que possuía certa quantidade de maconha na geladeira de sua casa; Que questionado de quem comprou a droga, disse que: "comprei de uma moça, acho que é uma garota de programa"[...].

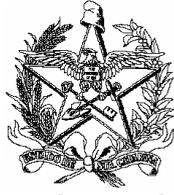
Por derradeiro, garantido o contraditório e a ampla defesa, o acusado renunciou ao direito constitucional de manter-se silente e relatou em juízo:

[...]; pois é que nem estou sendo acusado do tráfico de drogas né que eu vi ali; tinha essa droga, realmente eu tinha droga né, mas era um pedaço de maconha desse tamanho, eu tinha na geladeira da minha casa, tinha comprado pra mim usar assim, eu procuro assim quando eu tenho a oportunidade de comprar, acho gente que tem pra vender; (senhor comprou de quem?) eu comprei de uma moça, da mesma moça que eu comprei a arma, o nome dela assim eu não sei, mas acredito que essa garota seja garota de programa né; ela se apresentou pra mim como Bebel, mas o nome dela eu não sei, deve ser nome fantasia; (aonde o senhor comprou?) naquele muro do lado do fórum ali, na verdade eu questionei ela, eu passei ali e ela tava fumando, aí eu parei o meu carro ali e ela entrou dentro do carro e pediu "qué um programa", ela tava vestida bem vulgar, de maneira bem vulgar né, aí eu falei que não, que queria fumar junto com ela; ela apagou quando entrou dentro do carro e ela acendeu de novo, e a gente começou a conversar né, eu pedi pra ela "sê não tem uma parada pra me vender aí?", ela me mostrou essa arma, e falou "essa aqui é a parada que eu tenho pra te vender", eu até me assustei assim né, aí ela tirou o carregador e me deu pra mim ver essa arma, eu olhei a arma e falei" não mas eu não tenho porque comprar uma arma, eu queria na verdade comprar maconha né, daí ela pegou uma caixinha assim essa de munição e tinha um pedaço de maconha dentro, ela falou "eu tenho essa aqui também, eu só fumo eu não tenho pra comercializar, eu não teria a intenção de vender a droga, ela falou que era usuária também né, realmente era que ela tava fumando, aí eu pedi pra ela "mas não tem como tu me vender?" daí tu pega o dinheiro e vai lá e compra do cara que tu comprou ou me leva até quem você comprou, daí ela falou "como que vou te levar até lá onde eu comprei né, não é bem assim pra chegar lá", daí eu falei bem assim, "não mas pode confiar em mim né, pode me levar até lá", daí ela falou "não não não tenho como te levar até lá, e isso aqui



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

também não é pra vender", daí eu pedi pra ela se ela não me arrumava um pra mim fumar pelo menos, daí ela falou "não o que quero vender, preciso de dinheiro é a arma né", aí ela me fez, cobrou quinhentos e cinquenta reais e ela me dava a arma e a maconha junto né, a maconha dentro da caixinha que tinha, caixinha que foi apreendida comigo que tinha as munição dentro, aí eu comprei mas já comprei maconha outras vezes né, em outras situações de outras pessoa como eu uso, mas não era pra comercializar aquela droga, era pra mim fumar, porque é difícil achar pra comprar assim que nem eu achei aquele pedaço ali, era uma maconha boa assim né, não tinha a intenção de vender nem um pedacinho; (lá no bairro São Sebastião o senhor não costumava vender perto do colégio?) não; (o pessoal não ligava para o senhor, não acionava via facebbok para o senhor vender?) não, nunca; (tem certeza? No seu facebook não tem nenhum convite para venda de droga?) falando de drogas eu tenho certeza; (e lá pro Diego o senhor levou a droga?) não, eu fui visitar o Diego no hospital porque ele é meu amigo de infância, mas não levei droga pra ele né; (porque ele teria dito que foi o senhor que levou a droga pra ele?) mas eu não sei, eu fui visitar o Diego lá; (por que ele queria o mal do senhor?) eu não sei, na verdade acho que ele me queria bem, eu sou amigo dele de infância né, nunca tive nenhuma desavença nada com ele e fui visitar ele lá, o pai dele ainda falou que eu fui um dos poucos amigos dele que fui visitar ele lá no hospital; (ele também é usuário?) o Diego é; (também comercializava ou não?) eu não sei se ele comercializava, mas eu fui visitar ele lá e ele falou a respeito de maconha, falou "vamo fumar uma Danilo, eu tava te esperando pra nós fumar uma", eu falei "como é que você vai fumar uma aqui no hospital Diego", daí diz ele "não, eu tenho um baseado, vamo fuma, vamo fuma; (o senhor tem certeza que não vendeu nada pra ninguém?) não vendi, tenho certeza; daí ele me pediu, me questionou a respeito "vamo fuma cara, eu tava te esperando pra ti fumar", ele falou outras gurias que iriam visitar ele, vou ver se elas querem fumar com ele, uma meninas que iam visitar ele também, aí eu falei "já viu cara, como você vai fumar aí dentro né, se quiser fumar se fuma escondido", aí ele pegou um paninho que ele tinha enrolado assim, aí eu falei pra ele "guarda isso aí né", o irmão dele tava no hospital quando eu tava lá também, o irmão dele deu uma olhada assim, o irmão dele mexeu no notebook; (por que será que as testemunhas ouvidas essa semana falaram que compraram droga do senhor?) eu não sei doutor, eu nunca vendi droga, eu usava droga, fumava, mas vende comercializa, nunca vendi né; (você disse que vender não vendia, mas às vezes lá na sua casa você dava droga pra eles usa?) dá droga eu nunca dei, a gente já fumou juntos algumas vezes, alguns guris amigos meus, que nem no caso eu ir na casa deles faze alguma coisa, uma festinha, alguma coisa assim a gente chego, às vezes, não eu leva, o guri que ia na casa dele botá pra nós fuma, nos fumava junto né, na minha casa aconteceu algumas vezes, que nem, tem uns amigo meu, meu primo que é usuário né, ele ía lá de vez em quando lá, eu enrolava um pra mim fuma, tava



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

fumando, ele era usuário também né, chegava e falava "ow bota uns aí pra nós fuma", aquele dia botei um e tal, aí eu não negava, tava lá em casa, tava bebendo alguma coisa e fumava; já fiz uso de maconha com uns colega meus lá em casa, mas a gente fumava dentro de casa, em algumas situações eu tinha um baseado ali e botava, às vezes eles traziam o baseado pra nós fuma né, tenho bastante colega que são usuário também; (aquela arma que foi apreendida era tua mesmo?) sim, um revolvinho, comprei, era minha, eu escutei, não vi esse policial que entrou dentro de casa, eu vi ele depois que eu tinha jogado a arma pela janela, eu escutei assim, eu tava indo tomar banho, tava com a toalha no ombro, de pés descalços, aí escutei um barulho de freiadão de camionete né, aí eu vi a polícia chegando assim, eu olhei vi uma viatura da polícia né, daí eu pensei "vou jogar essa arma fora na verdade porque imagina a polícia entrando na casa do cara, o cara com a arma na mão ali, eu tá arriscando de tomar um tiro ou eles iam pensar de repente que eu queria atirar neles, aí eu tirei o carregador da pistola e joguei ela pela janela; ela tava na estante, na prateleira do guarda roupa, mas meu guarda roupa não tem portas, ele é aberto, aí eu peguei ela, tava enrolada numa calça, peguei, tirei o carregador e joguei, não joguei pela janela, coloquei as mão pra fora da janela assim e soltei; (fazia tempo que você tinha essa arma?) não, não fazia tempo, eu adquiri junto com a droga essa arma, fazia mais ou menos uma semana; não, não tinha mostrado pra ninguém, não tinha falado pra ninguém; antes dessa, não tinha outra arma".

[...] (fls. 315-323).

Como visto, os agentes estatais disseram que vinham recebendo denúncias de tráfico de drogas relacionadas ao acusado já fazia algum tempo.

Diante do fato, após darem cumprimento a mandado de busca e apreensão, encontraram, na residência do réu, 1 (um) torrão de maconha com peso bruto total de 32 (trinta e dois) gramas.

Os policiais relataram ainda que, durante a diligência, perceberam que o Facebook de Danilo estava aberto e que haviam conversas relacionadas ao tráfico de drogas.

Diante do fato, solicitaram à autoridade judiciária a quebra do sigilo dos dados telemáticos da máquina, o que veio a confirmar que o réu, de fato, estava vendendo entorpecentes através da referida rede social, conforme se percebe pelas imagens presentes às fls. 104-107.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O acusado, por sua vez, negou a destinação comercial do entorpecente apreendido, bem como que tivesse vendido drogas pelo Facebook, ou que tenha entregue maconha para Diego enquanto ele estava no hospital.

Por outro lado, corroborando as investigações realizadas pelos agentes estatais, os usuários Dalton, Matheus e Thiago confirmaram, em ambas as fases, que já adquiriram drogas do acusado.

Da mesma forma, não há dúvidas que o acusado entregou a consumo 1 (uma) bucha de maconha para Diego Benedetti, quando este estava internado no Hospital Terezinha Gaio Basso.

Nesse sentido, os policiais civis Joel Matiello e Paulo Dutra disseram que ouviram inicialmente de Diego que ele teria encontrado a droga no chão do hospital, mas que, após alguns instantes, ele teria confirmado que o acusado lhe forneceu o entorpecente.

A propósito, os milicianos relataram que Diego contou que temia represálias caso viesse a depor contando o que sabia, pois era de seu conhecimento que Danilo possuía uma arma de fogo.

Cabe ressaltar que o depoimento dos policiais na fase judicial é perfeitamente uníssono com os prestados na fase inquisitiva, o que comprova a veracidade de suas afirmações.

Sobre o tema, já decidiu esta Corte:

TRÁFICO. POSSE E VENDA DE CRACK. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS FIRMES E COERENTES DOS POLICIAIS QUE FLAGRARAM O CRIME. USUÁRIO QUE INDICOU O RÉU COMO O TRAFICANTE QUE ACABARA DE LHE VENDER DROGAS. RETRATAÇÃO DO DEPOIMENTO EM JUÍZO QUE SE MOSTRA POUCO CRÍVEL. ALEGAÇÕES ISOLADAS DENTRO DO CONTEXTO FÁTICO APRESENTADO NOS AUTOS. TAXISTA QUE EFETUOU O TRANSPORTE DO USUÁRIO E CONFIRMOU OS FATOS NARRADOS PELOS POLICIAIS. PROVAS QUE SE MOSTRAM SUFICIENTES PARA SUSTENTAR O ÉDITO CONDENATÓRIO. IN DUBIO PRO REO AFASTADO.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

FALTA DE PROVAS REFUTADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO INVIÁVEL. RÉU COM MAUS ANTECEDENTES E PEGO NA POSSE DE ENTORPECENTE EM NOTÓRIO PONTO DE TRÁFICO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE INDICA O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. "As declarações dos agentes estatais, a princípio, são isentas de suspeita e só não possuem valor quando estes agem de má-fé, o que não é o caso. Desta forma, em inexistindo circunstâncias que afastem a eficácia probatória do depoimento dos policiais e considerando que suas declarações foram ratificadas em juízo, mister é o reconhecimento do seu valor probante" (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.028425-6, de Tubarão. Rel. Des. Salete Silva Sommariva). RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.077124-4, de Joinville, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 1º-12-2011).

Portanto, não há motivo para duvidar da palavra dos policiais que, até prova em contrário, são isentas de suspeitas, devendo ser reconhecido seu valor probante.

Assim, extrai-se dos depoimentos que o acervo probatório é robusto e contribui para a condenação do réu pelo delito de tráfico de drogas, pelo que não há falar na aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Com relação ao pleito defensivo de desclassificação para o delito previsto no artigo 33, § 3º, da Lei n. 11.343/06, esse também não pode ser acolhido.

É verdade que, sensível à desproporção entre as penas cominadas ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e a menor lesividade de outras condutas, incluiu-se na atual Lei Antitóxica preceito penal incriminador que destacou o ato de oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, à pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem (art. 33, § 3º).

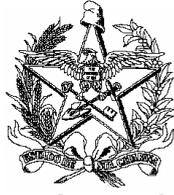
Dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 33. Omissis

[...]

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

(setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Como se vê, a figura do uso compartilhado, criada pela Lei n. 11.343/06, traz como requisitos: (a) forma eventual; (b) sem objetivo de lucro; (c) que seja oferecida a pessoa amiga ou, ao menos, conhecida; e (d) para consumo em conjunto.

Comentando o dispositivo em apreço, esclarece Luiz Flávio Gomes *et al*:

[...] Na vigência da lei anterior muito se discutia a respeito de como enquadrar a conduta daquele que, gratuitamente, cedia droga a terceiro, para juntos a consumirem. Para uma primeira corrente, a conduta se ajustava no art. 12 (tráfico, atual art. 33), não distinguindo o tipo a finalidade visada com a cessão. Para outros, inexistente o objetivo de lucro (mercancia) à hipótese, por questão de equidade, melhor se amoldava ao art. 16 (porte para uso, atual art. 28). Hoje a tormentosa questão parece resolvida, prevendo a nova Lei tipo específico, equiparado ao tráfico (art. 33, § 3º), porém de menor potencial ofensivo. (Lei de Drogas comentada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 195).

Issac Sabbá Guimarães, melhor explicitando os pressupostos que caracterizam o tráfico eventual, leciona:

A configuração do delito depende, em primeiro lugar, de que a oferta da droga seja fato eventual. Ou seja: a habitualidade poderá, a nosso ver, configurar modalidade de tráfico descrita no caput do art. 33. Em segundo lugar, o oferecimento não poderá visar lucro. Por outras palavras: quem oferece poderá até cobrar do usuário o preço efetivamente pago pela droga, mas nunca um preço maior que implique o reconhecimento de vantagem financeira. Em terceiro lugar, o oferecimento da droga (substância ou produto etc.) terá o fim de seu compartilhamento: o agente oferece substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica a pessoa que com ele fará seu uso. (Nova lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 109, com grifos no original).

No caso dos autos, porém, o elenco probatório, conforme visto alhures, é no sentido de que Danilo estava praticando a narcotraficância, inexistindo, dessa forma, o preenchimento simultâneo dos requisitos estabelecidos no citado artigo.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O compartilhamento poderia ocorrer se a entrega de drogas fosse entre eles, para consumo em conjunto, mas não foi essa a conduta observada, visto que Danilo forneceu 1 (uma) bucha de maconha para Diego quando ele estava internado no Hospital Terezinha Gaio Basso, o qual utilizou o entorpecente desacompanhado do réu.

Não fosse o suficiente, a prática do tráfico estaria configurada na modalidade de guardar e ter em depósito, em razão de os policiais terem encontrado, na casa do réu, 1 (um) torrão de maconha com peso bruto de 32 (trinta e dois) gramas.

Quanto ao pleito de desclassificação para o tipo penal do artigo 28 da Lei de Tóxicos, sabe-se que para configurar o delito de tráfico e diferenciá-lo daquele relacionado ao consumo do material estupefaciente - descrito no artigo 28 da norma citada -, não basta simplesmente considerar a quantidade do entorpecente que foi apreendido com o agente, mas deve-se, sobretudo, analisar as peculiaridades do caso concreto a fim de identificar se a conduta criminosa foi movida pelo dolo específico de traficar a droga.

Sobre essa linha tênue de diferenciação entre tráfico e consumo, extrai-se da doutrina:

A quantidade de droga necessária para configurar o crime de tráfico é questão que tem suscitado divergência na doutrina. Mas, predomina o entendimento de que o importante não é o volume da droga e sim a sua destinação. É notório que o tráfico se organiza de tal forma que as grandes quantidades de droga ficam estocadas e controladas por organizações criminosas que permanecem invisíveis e, em boa parte, imunes à ação repressiva dos órgãos policiais e judiciários. Essas quadrilhas de malfeitores da saúde coletiva utilizam, na ponta do processo de comercialização clandestina e criminosa, os traficantes do varejo, responsáveis pelo trabalho miúdo de vender pequenas quantidades de droga. Estes são os chamados "aviãozinhos", "passadores" ou simplesmente pequenos vendedores do produto ou substância entorpecente.

A hermenêutica firmada pelos tribunais, inclusive da Corte Suprema,



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

entende que a pequena quantidade de droga apreendida não elimina a tipicidade da conduta criminosa aqui estudada: "Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade de tóxico em poder o réu".

Dessa forma, a pequena quantidade pode perfeitamente tipificar o delito de tráfico, se ficar demonstrado que a droga destina-se ao comércio criminoso. Como o tipo penal opera com o conceito de dolo simples, despidido de qualquer elemento subjetivo, deve-se entender que a vontade delituosa é, em regra, dirigida ao tráfico - mesmo nos casos de pequena quantidade. Em consequência, o dolo de tráfico somente poderá ser afastado se ficar demonstrado que a droga tem outra destinação específica, como, por exemplo, o porte para consumo pessoal (LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Controle Penal das Drogas: estudo dos crimes descritos na lei n. 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010. p. 100-101).

A própria legislação especial, ao entender que essa dificuldade de diferenciação surgiria naturalmente dentro da prática cotidiana de repressão ao crime, no § 2º do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 indicou ao juiz o caminho para interpretar a infração penal, se inerente a consumo ou tráfico de drogas, nos seguintes termos:

Art. 28 - Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

[...]

§ 2º - Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

No caso específico, como visto, a condição de traficante do réu restou amplamente demonstrada, razão pela qual não há falar em desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas.

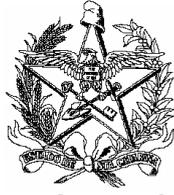
Por outro lado, a dosimetria merece reparos, senão vejamos.

Nesse particular, assim decidiu o magistrado de primeiro grau:

2.5 Dosimetria:

2.5.1 Fato I - Da entrega da droga no Hospital Regional de São Miguel do Oeste.

Certa a responsabilidade criminal do acusado, passo à dosimetria da



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

pena, de acordo com o sistema trifásico adotado no art. 68 do Código Penal.

[...]

Em análise das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal tenho que: a culpabilidade do réu é normal à espécie; o réu não registra maus antecedentes, entendidas as sentenças penais transitadas em julgado que não servem para o cômputo da reincidência; não há elementos a aferir a conduta social e a personalidade do agente; os motivos, as circunstâncias e as consequências são normais para o tipo; e o comportamento da vítima em nada contribui para que o crime fosse praticado.

Assim, por conta das circunstância judiciais, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Não vislumbro a presença de agravantes na presente fase; reconheço a presença da atenuante da menoridade, prevista no art. 65, inciso I, do Código Penal, no entanto, deixo de aplica-la pois a pena-base restou fixada no patamar mínimo: 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na derradeira fase, presente a causa especial de aumento de pena disposta no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, haja vista que o acusado entregou droga para consumo no interior do Hospital Terezinha Gaio Basso.

Nesse particular, a par do entendimento sedimentado na jurisprudência de que se parte do mínimo, entendo que, nesse caso, a exasperação deve ser no máximo.

Isso porque, embora a lei mencione a venda de droga nas proximidades de hospital, no caso dos autos, a parte denunciada traficou dentro do nosocômio. E mais grave, forneceu droga para quem estava internado e em estado gravíssimo de saúde, tanto que veio a óbito dias depois.

Se a venda de droga nas proximidades recomenda aumento no mínimo legal, não consigo visualizar situação mais grave que a dos autos, para justificar o aumento máximo.

Assim, exaspero a pena em 2/3 (dois terços).

Diferente do entendimento do Ministério Público, entendo que incide em favor da parte denunciada a causa especial de diminuição da pena estabelecida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, vez que não ficou comprovado nos autos que ele de dedicasse exclusivamente ao tráfico de drogas, isto é, não utilizava o crime como meio de vida; há prova de que exercia atividade lícita (até mesmo tinha carteira assinada), não ostenta maus antecedentes e é primário. Reduzo, pois, a pena igualmente em 2/3 (dois terços).

Nessa toada, a par de entendimentos jurisprudenciais em sentido diverso, opto por compensar as causas de aumento e diminuição, ambas em 2/3 (dois terços), para, então, manter a pena 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa.

Está presente, por fim, a causa geral de aumento da pena, prevista no art. 71 do Código Penal, pelo que elevo a pena base em 1/6 (um sexto), ou seja, 10 (dez) meses e 83 (oitenta e três) dias-multa.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Deixo de aplicar a dosimetria da pena ao crime de tráfico de drogas ocorrido na residência do acusado (21/10/2014 - Fato II), porque a causa especial de aumento de pena (art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06) seria fixada no percentual mínimo; ou seja, o segundo fato teria pena fixado em montante inferior ao primeiro fato. Pela regra do art. 71 do Código Penal, considera-se o fato mais grave para base do cálculo da continuidade.

Estabeleço, portanto, a pena, em definitivo, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

[...] (328-330).

Inicialmente, deve-se dizer que não deve ser conhecido o pedido feito pela defesa de aplicação da atenuante da menoridade, uma vez que tal condição foi reconhecida pelo magistrado de primeiro grau, que somente não redundou em diminuição da reprimenda em razão dos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Referente ao envolvimento de adolescente (artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006), não há dúvidas que o então adolescente M. B. D., à época dos fatos com 17 (dezesete) anos (fl. 155), teria adquirido drogas do acusado.

Nesse sentido, M. confirmou, em ambas as fases, que já comprou entorpecentes do réu.

Sobre o assunto, destaca-se o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Envolvimento de criança ou adolescente: nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 2º, da Lei 8.069/90), considera-se [...] adolescente, a pessoa entre doze e dezoito anos. A capacidade de resistência de crianças e adolescente, em virtude de seu amadurecimento incompleto, é menor, razão pela qual podem ser envolvidos por traficantes, não somente para consumir drogas como também para distribuí-las. [...] Note-se a previsão feita pela redação do tipo derivado: [...] visar (ter o menor como meta para o uso de drogas). Por isso, o menor pode ser participante ou vítima do tráfico ilícito de entorpecentes. (Lei Penais e Processuais Penais Comentadas, p. 347/348) (grifei).

E ainda:

[...] 7.3. "visar" e "envolver" incapaz

O texto atual contém duas possibilidades: a de a prática envolver incapaz



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

e a de visar incapaz.

Ocorre a forma de visar se a substância for ministrada, vendida, fornecida ou prescrita a criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação. (FILHO, Vicente Greco. Tóxicos. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 236).

Nessa conformidade, basta que o traficante vise atingir adolescente em qualquer ato relacionado ao comércio de drogas, seja na qualidade de usuário ou mesmo envolvido com a narcotraficância em si. A razão desta proteção normativa é justamente o fato de que o adolescente não possui discernimento completo, justamente por se tratar de pessoa em desenvolvimento com elevada facilidade para manutenção do vício.

Portanto, a circunstância de ter o acusado vendido entorpecentes na companhia do então adolescente M. B. D., caracterizaria a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006.

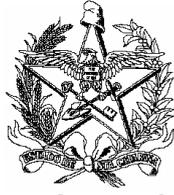
Mas há um porém. Essa situação não foi flagrada pelos agentes policiais. Não houve a apreensão da droga que teria sido comercializada em tal condição. Cuida-se, portanto, de atividades pretéritas, em relação às quais não há materialidade, o que impede a manutenção do gravame.

Sua exclusão, portanto, é imperativa.

Ainda na terceira fase, a defesa requereu o afastamento da causa de aumento de pena do artigo 40, III, da Lei de Drogas, o que não pode ser atendido.

Isso porque também restou comprovado, através dos depoimentos policiais, que o réu entregou a consumo 1 (uma) bucha de maconha ao usuário Diego Benedetti, quando este estava internado nas dependências do estabelecimento hospitalar denominado Hospital Terezinha Gaio Basso, configurando, portanto, o aumento.

Nesse sentido:



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO NAS IMEDIAÇÕES E NO INTERIOR DE RECINTO DE DIVERSÃO (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, III, AMBOS DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO CONTESTADAS. ALMEJADO AFASTAMENTO DA MAJORANTE DESCRITA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DEVIDAMENTE CONFIGURADA. RÉU QUE PRATICAVA O TRÁFICO NO INTERIOR E NAS IMEDIAÇÕES DE RECINTO DE DIVERSÃO NOTURNA (BOATE/DANCETERIA). TESE NÃO ACOLHIDA. [...] (Apelação Criminal n. 2014.071632-6 de Blumenau, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 23.6.2015).

Ainda nesse tópico, mostra-se obrigatório o reconhecimento de que a exasperação em 2/3 por força da majorante, mostra-se exacerbada. Houve a entrega de pequena quantidade de maconha para o consumo da vítima em estabelecimento hospitalar, mas se trata de droga de menor danosidade e, como dito, em quantificação mínima.

Sendo assim, de ofício, reduz-se o acréscimo ao mínimo previsto na legislação, isto é, 1/6 (um sexto).

Por outro lado, melhor sorte socorre à defesa no que diz respeito ao afastamento da continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal.

Na verdade, trata-se de tipo misto alternativo e de conduta permanente, de modo que a prática de qualquer dos verbos previstos no tipo penal, ainda que em conjunto, acarreta em apenas uma infração ao preceito primário, respondendo o agente por um único crime - com exceção dos casos em que, em decorrência do decurso do tempo e de outros fatores, esteja configurado o rompimento da unidade de conduta.

Porém, no caso concreto, não é possível essa conclusão, pois o material entorpecente que o apelante entregou a consumo nas dependências de estabelecimento hospitalar, está diretamente relacionado com aquele que ele guardava em sua residência, caracterizando a unidade da conduta, por conta da aplicação do princípio da alternatividade.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Além disso, nota-se que as condutas descritas na exordial acusatória possuem um intervalo de apenas 2 (dois) dias entre si.

Ademais, como já dito, a conduta do acusado de guardar e ter em depósito já seria o suficiente para a configuração do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

A propósito, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Lembremos, ainda, que o tipo é misto alternativo, ou seja, o agente pode praticar uma ou mais condutas, respondendo por um só delito (ex.: se importar, tiver em depósito e depois vender determinada droga = um crime de tráfico ilícito de entorpecentes previsto no art. 33). Eventualmente, pode-se acolher o concurso de crimes, se entre uma determinada conduta e outra transcorrer período excessivamente extenso [...] (Leis penais e processuais penais comentadas. 7. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 312).

E os precedentes desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. [...] DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. SUPERAÇÃO DO PERÍODO DISPOSTO NO ART. 64, I, DO CP. MANUTENÇÃO DO AUMENTO DE PENA POR CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTE DO STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. CONDUTAS PRATICADAS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. DELITO ÚNICO. TIPO MISTO ALTERNATIVO. CONCURSO DE CRIMES AFASTADO [...] (Apelação Criminal n. 2013.076067-0 de Rio do Sul, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, j. 13.3.2014).

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. [...] AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CONDUTAS DE "TRANSPORTAR" E "VENDER E/OU ENTREGAR AO CONSUMO" PRATICADAS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. TIPO PENAL MISTO ALTERNATIVO. RECONHECIMENTO DE DELITO ÚNICO. PRINCÍPIO DA ALTERNATIVIDADE. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA. [...] RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (Apelação Criminal 2014.080532-4, de Rio do Sul, Segunda Câmara Criminal, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 19.5.2015).

Assim, afasta-se o concurso de crimes reconhecido na sentença.

Com relação ao recurso do Ministério Público, como visto e



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

comprovado, o réu é primário, não possui maus antecedentes, havendo, pois, necessidade de demonstração de que fosse dedicado às atividades criminosas ou que integrasse organização criminosa.

Com efeito, sobre o ônus da prova para a exclusão da causa especial de diminuição de pena, destaca-se a lição de Vicente Greco Filho:

O primeiro refere-se às condições negativas da parte final do parágrafo, ou seja, que o agente 'não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'. Toda prova negativa é difícil, de modo que militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, no caso, é do Ministério Público, no sentido de demonstrar a reincidência, os maus antecedentes e a participação em atividades ou organização criminosas. Não importa que a prova seja difícil para o Ministério Público. Mais difícil seria para o réu, que, por sua vez, tem o direito de não ser condenado a não ser que haja prova, ou receber, sem prova, uma pena maior quando a lei permite uma pena mais branda. Na prática, então, a pena na verdade não será, por exemplo, no caput, de cinco a quinze anos, mas de um sexto a dois terços menor, a não ser que se traga aos autos prova da reincidência, dos maus antecedentes ou de que o agente se dedique a atividade criminosa ou integre organização criminosa.

O segundo problema, que deixa certa perplexidade, é o de que os conceitos de "dedicar-se a atividades criminosas" e de "integrar organização criminosa" são, em princípio, absolutos, quer dizer, alguém ou se dedica ou não se dedica, ou alguém ou integra ou não integra organização criminosa. Não parece razoável pensar em alguém que se dedique parcialmente às atividades criminosas ou integre parcialmente organização criminosa (Tóxicos: prevenção-repressão. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177).

Outrossim, da doutrina de Renato Marcão:

Inegável que aquele que se inicia no crime está por merecer reprimenda menos grave, o que era impossível antes da vigência do novo § 4º. É preciso que o Ministério Público esteja atento no sentido de buscar provar, em cada caso concreto, a presença de ao menos uma das situações indesejadas que estão indicadas expressamente, de maneira a afastar a incidência do § 4º, pois, em caso de dúvida, esta se resolverá em benefício do réu (Tóxicos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163).

Nesse sentido, recentemente decidiu este Relator:

TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. DOSIMETRIA. EXCLUSÃO, DE OFÍCIO, DAS CONSEQUÊNCIAS



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

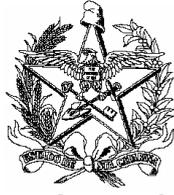
COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IMPEDIMENTO DE APLICAÇÃO DE ACRÉSCIMO EM RAZÃO DE RECENTE JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA QUE DEVE SER UTILIZADA COMO FATOR DE AUMENTO APENAS UMA VEZ NA DOSIMETRIA, SOB PENA DE CONFIGURAÇÃO DO BIS IN IDEM. UTILIZAÇÃO NA TERCEIRA FASE. ADEQUAÇÃO DAS PENAS. PLEITO DE MAJORAÇÃO DAS PENAS DOS RÉUS COM BASE NO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CULPABILIDADE. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DEMONSTRADAS. REQUERIMENTO DE EXCLUSÃO REDUTOR DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. MANUTENÇÃO DOS REGIMES FIXADOS EM PRIMEIRO GRAU, ANTE A QUANTIDADE DE PENA, A PRIMARIEDADE E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, COM EXCEÇÃO DOS ANTECEDENTES DA RÉ CLAUDIA. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. RESTRITIVAS DE DIREITOS. TRANSMUDAÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA RECOMENDÁVEL. ARTIGO 44, III, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.003161-3, de Araranguá, rel. Deste Relator, j. 18-09-2014).

Conquanto seja firme o posicionamento de que o ônus da prova relativo aos requisitos da minorante cabe à acusação, trata-se de norma jurídica a serviço da discricionariedade do Magistrado, uma vez que a amplitude do termo legal "não se dedique às atividades criminosas" permite extensa aplicação da norma.

A questão é complexa e, evidentemente, deve ser analisada segundo as peculiaridades de cada caso concreto, razão pela qual a aplicação da norma deve pautar-se pelo zelo, sobretudo, para não se cair em presunções que venham a prejudicar o réu.

O doutrinador e magistrado Guilherme de Souza Nucci critica em sua obra a terminologia utilizada na lei, apontando a problemática cerca de sua interpretação:

Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 330) (grifei).

Dessa forma, importante retomar o escopo teleológico da norma em comento, inserida no texto antidrogas como forma de melhor individualizar a pena às diferentes espécies de traficantes, permitindo ao Juiz a análise dos aspectos objetivos e subjetivos do delito e da delinquente ao justapor uma reprimenda compatível com o bem jurídico efetivamente lesado pela conduta avaliada.

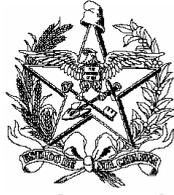
Os traficantes de menor potencial ofensivo, independentemente da ação nuclear do tipo que praticaram, devem ser abarcados pela previsão legal do § 4º do artigo 33 da lei de drogas.

No caso concreto, com a devida vênia às conclusões da sentença de primeiro grau, assiste razão ao Ministério Público *a quo*, quando postula o afastamento da mercê legal, pois nos autos há provas suficientes de que o réu dedicava-se às atividades criminosas.

A confirmação de usuários de aquisições havidas em momentos anteriores, como os diálogos havidos no Facebook, dando conta de tratativas acerca da entrega de tóxicos, mostram que não se tratou de situação isolada. O acusado vinha, de há muito, agindo no sentido de fornecer a usuários, as drogas solicitadas.

Dessa forma, afasta-se a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, dando-se provimento ao recurso do Ministério Público no ponto.

Por consequência, não se conhece do recurso da defesa quanto ao pleito de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da lei de drogas no patamar de 2/3 (dois terços), primeiro por ter sido adotada a medida na sentença, mas de



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

forma mais importante e efetiva, por ter a mercê legal sido cassada.

No que concerne ao crime de armas, a absolvição é inviável, em vista da comprovação da apreensão do artefato, confissão do acusado, assim como depoimentos unívocos dos policiais.

No que concerne à pretensão de reconhecimento das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, novamente, o pedido não deve ser conhecido, pois a medida já foi adotada pelo magistrado singular.

Assim, diante do afastamento da causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, necessário apontar as alterações quantitativas nas penas aplicadas:

Respeitando-se a análise dos vetores do art. 59 e dos arts. 61,62 e 65, as penas ficam em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, aos quais se acresce, na terceira fase da dosimetria, a fração de 1/6 (um sexto), atingindo 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Ao total mencionado, acresce-se as penas de 1 (um) ano de detenção, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, em razão do crime de armas.

Por força do somatório decorrente do concurso material, atinge-se 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 1 (um) ano de detenção, e pagamento de 593 (quinhentos e noventa e três) dias multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, III, da Lei 11.343/06, e artigo 12 da Lei 10.826/03, aplicando-se o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, em razão da quantificação das penas privativas de liberdade.

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos tendo em vista que aquela é superior a 4 (quatro) anos.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Inviável, também, a restituição dos bens apreendidos, pois, como bem mencionado pela autoridade *a quo*, foram utilizados como meio para a prática delitiva.

Quanto aos valores apreendidos, de dizer que já foram restituídos ao acusado, pois comprovada a sua origem lícita, pelo que o pedido não deve ser conhecido.

Por fim, com relação à detração, em cumprimento ao disposto no § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 12.736/2012, registre-se que o apelante foi preso preventivamente neste processo em 21.10.2014 (fl. 01) e assim permaneceu até a data deste julgamento. Dessa forma, tendo em vista que lhe foi irrogada a pena de 5 (cinco) anos e 10 (meses) de reclusão para o crime de tráfico e 1 (um) ano de detenção para o crime previsto na lei de armas, nota-se que ainda não cumpriu 2/5 (dois quintos) referente ao primeiro delito, pelo que não preencheu o requisito objetivo para a progressão de regime prisional.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso do Ministério Público para excluir a causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, e, conhece-se em parte e dá-se parcial provimento ao recurso da defesa para excluir a continuidade delitiva, bem como a causa de aumento de pena do artigo 40, VI, da Lei de Drogas, reduzindo-se, de ofício, o acréscimo relativo à majorante do artigo 40, III, da referida lei para 1/6 (um sexto), restando definitiva as penas em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 1 (um) ano de detenção), e pagamento de 593 (quinhentos e noventa e três) dias multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, III, da Lei 11.343/06, e artigo 12 da Lei 10.826/03, aplicando-se o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.