



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
11ª Câmara – Seção Criminal

Registro: 2025.0000288184

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1500331-06.2022.8.26.0593, da Comarca de Marília, em que é apelante GUSTAVO HENRIQUE PEREIRA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em atendimento à determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) nº 1532179/SP, fica refeita a dosimetria da pena do réu que, com o reconhecimento da incidência da causa de diminuição prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na sua proporção mínima, passa a totalizar quatro anos e dois meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, mais quatrocentos e dezesseis dias-multa, no menor valor unitário. Após o trânsito em julgado deverá ser expedido o competente mandado de prisão, observadas as regras relativas à modalidade carcerária intermediária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente), ALEXANDRE ALMEIDA E RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 26 de março de 2025

XAVIER DE SOUZA
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 65463

APELAÇÃO Nº 1500331-06.2022.8.26.0593

APELANTE: GUSTAVO HENRIQUE PEREIRA DA SILVA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

COMARCA: MARÍLIA

AÇÃO PENAL Nº 1500331-06.2022.8.26.0593

JUÍZO DE ORIGEM: 2ª VARA CRIMINAL

SENTENÇA: JUIZ PAULO GUSTAVO FERRARI

ÓRGÃO JULGADOR: 11ª CÂMARA CRIMINAL - MAM

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA ESTABELECEER O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO, E DETERMINAR A RESTITUIÇÃO DO APARELHO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO. POSTERIOR CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS PELO STF PARA DETERMINAR QUE A PENA DO RÉU SEJA REDIMENSIONADA, OBSERVANDO-SE A ORIENTAÇÃO SEGUNDO A QUAL A QUANTIDADE E A DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES NÃO IMPEDEM A APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO PELO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. SANÇÃO NOVAMENTE DOSADA, COM APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, NA PROPORÇÃO MÍNIMA (1/6).

I. Caso em Exame

1. Apelação interposta pelo réu contra sentença que o condenou a cinco anos de reclusão, em regime inicial fechado, e quinhentos dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Recurso defensivo parcialmente provido, apenas para estabelecer o regime inicial semiaberto, e determinar a restituição do aparelho de telefone celular apreendido. Posterior determinação proveniente do STF para que a pena do réu seja redimensionada, aferindo-se o cabimento do redutor previsto pelo artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sem considerar a quantidade e a variedade de drogas como fatores impeditivos. Reprimenda recalculada, com a aplicação da causa de diminuição.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em recalculer a pena do réu de acordo com a orientação do STF de que a quantidade e a variedade de drogas não são fatores impeditivos da aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

III. Razões de Decidir

3. A dosimetria da pena foi refeita, aplicando-se a causa de diminuição do artigo 33,

§ 4º, da Lei de Drogas, na fração mínima de 1/6, conforme orientação do STF.

IV. Dispositivo e Tese

4. Em atendimento à determinação do STF, a Turma Julgadora refez a dosimetria da pena do réu que, com o reconhecimento da incidência da causa de diminuição prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na sua proporção mínima, passa a totalizar quatro anos e dois meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, mais quatrocentos e dezesseis dias-multa, no menor valor unitário, com determinação para que, após o trânsito em julgado, seja expedido o respectivo mandado de prisão.

Tese de julgamento:

1. O STF reconheceu que a quantidade e a variedade de drogas não são fatores impeditivos da aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.
2. Embora não impeçam a aplicação do redutor, a quantidade e a variedade de drogas justificam a sua modulação, inclusive, com aplicação da fração redutora mínima.
3. A apreensão, em poder do réu, de significativa quantidade e variedade de drogas (cocaína, crack e maconha), para fins de tráfico, constitui indicativo seguro da gravidade concreta da conduta e da periculosidade de quem a pratica, justificando maior rigor punitivo na fixação do regime prisional inicial.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e § 4º.

Código Penal, art. 44.

Código de Processo Penal, art. 387, § 2º.

Jurisprudência Citada:

STF, ARE nº 1532179/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 13.01.2025.

STJ, AgRg no REsp 2059274/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08.08.2023.

STJ, AgRg no REsp 2135495/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 02.09.2024.

Cuida-se de apelação interposta por
GUSTAVO HENRIQUE PEREIRA DA SILVA contra a sentença

de fls. 4493/4498, que, na 2ª Vara Criminal da Comarca de Marília, julgou procedente ação penal, condenando-a a cumprir a pena de cinco anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, negado o direito de recorrer em liberdade, e a pagar quinhentos dias-multa, de valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, em função de fato ocorrido no dia 13 de agosto de 2022, por volta das 21h30, na Rua Mario Bataiola, nº 501, bloco M1, Nova Marília, na cidade de Marília, quando trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, 241 (duzentos e quarenta e uma) porções de cocaína, com peso líquido de 72,3 g. (setenta e dois gramas e trinta centigramas), 26 (vinte e seis) porções de *crack*, com peso líquido de 4,08 g. (quatro gramas e oito centigramas), e 418 (quatrocentos e dezoito) porções de maconha, com peso líquido de 1.478,03g (mil quatrocentos e setenta e oito gramas e três centigramas), substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O apelante sustenta, preliminarmente, que a busca pessoal que redundou na apreensão das substâncias entorpecentes foi realizada sem nenhuma justificativa plausível, apenas em função de suspeitas infundadas, que não se prestavam a autorizar a prática do ato. Por conta disso, requer o reconhecimento da ilegalidade da busca pessoal e de todos os atos posteriores, inclusive, da apreensão das drogas. No que se refere ao mérito, argumenta

que a prova acusatória é insuficiente para embasar a sua condenação pelo crime de tráfico, destacando que a apreensão dos estupefacientes se deu de maneira ilícita, razão pela qual deve ser desconsiderada, e que os relatos dos policiais estão isolados nos autos, não merecendo credibilidade. Em função disso, postula absolvição. Subsidiariamente, pede a redução da pena que lhe foi aplicada, pela incidência da causa de redução do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a substituição da reprimenda carcerária por restritivas de direitos, a fixação de regime prisional inicial mais brando, inclusive por conta da detração, e a restituição do aparelho de telefone celular apreendido nos autos (fls. 5432/4563).

O recurso do réu foi regularmente processado, certificando-se o trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público (fl. 4514). Neste Tribunal, foi colhida a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, pelo não provimento (4614/4622).

Em julgamento realizado no dia 10 de maio de 2023, esta 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, rejeitou a matéria preliminar, e deu provimento parcial ao recurso do réu, para: 1) estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto inicial da pena privativa de liberdade; 2) determinar que, na origem, seja providenciada a restituição do aparelho de telefone celular apreendido nos autos. Com determinação para

que após o trânsito em julgado seja expedido o competente mandado de prisão (fls. 4635/4646).

Ao julgar o ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) nº 1532179/SP, o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática proferida pelo Relator, Ministro EDSON FACHIN, em 13 de janeiro de 2025, concedeu uma ordem de *habeas corpus*, de ofício, para determinar que esta Corte Estadual refaça a dosimetria da pena, em atenção à impossibilidade de valer-se apenas da quantidade e variedade de drogas para justificar a inaplicabilidade do redutor de que trata o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, procedendo aos ajustes decorrentes, observada a vedação da *reformatio in pejus*.

Por conta disso, retornaram os autos a este Tribunal, com conclusão a este Relator.

É o relatório.

Em atenção ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) nº 1532179/SP, por força do qual a quantidade e a variedade de drogas não são circunstâncias aptas a justificar a inaplicabilidade do redutor de que trata o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, passa-se a refazer a dosimetria da pena do réu.

A pena-base foi estabelecida no

mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria, não incidiram circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na etapa final do cálculo, não há causas de aumento a serem consideradas. Deve ser reconhecida, porém, por força daquilo que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, consoante acima anotado, a causa de diminuição prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Considerando-se, porém, a quantidade e variedade de drogas apreendidas com o réu – duzentos e quarenta e uma porções de cocaína, com peso líquido de setenta e dois gramas e trinta centigramas; vinte e seis porções de *crack*, com peso líquido de quatro gramas e oito centigramas, e quatrocentos e dezoito porções de maconha, com peso líquido de um quilo, quatrocentos e setenta e oito gramas e três centigramas –, a redução deve ser a mínima prevista em lei (1/6), anotando-se que a redução em seu menor patamar, em casos como o dos autos, encontra apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e também em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUTORA APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6.

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Para que o agente possa ser beneficiado, é preciso preencher cumulativamente os requisitos.

2. O Tribunal a quo aplicou a redutora na fração de 1/6 com esteio em elementos concretos do caso, a apreensão de 700 porções cocaína (574g), não destoando, portanto, da orientação jurisprudencial desta Corte Superior.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 2059274/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2023, DJe 14/08/2023).

E ainda:

“A simples presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não gera direito à aplicação da fração máxima da minorante, que pode ser modulada dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos, desde que haja fundamentação idônea. Nessa modulação, é possível a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido avaliadas em outra etapa da dosimetria, para que não haja bis in idem”

(STJ, AgRg no RHC 150379/SC, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 30/09/2021).

No mesmo sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. PATAMAR DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. 1. A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes. 2. As circunstâncias concretas colhidas e sopesadas pelo magistrado sentenciante, autoridade judicial mais próxima dos fatos e das provas, apontam para a primariedade e para os bons antecedentes da agravada, e não indicam dedicação a atividade criminosa ou integração à organização criminosa. 3. Modulação do redutor na fração mínima de 1/6, considerada a quantidade de droga apreendida. Proporcionalidade e adequação. Precedentes. 4. Agravo regimental conhecido e não provido.”

(STF, RHC 138117 AgR/MS, Relatora Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, publicado em 06/04/2021).

Nesse último julgado do Excelso Pretório, a Ministra relatora consignou em seu voto que “(...) a expressiva quantidade de droga apreendida não restou indiferente no resultado dosimétrico. Embora insuficiente para a recusa da minorante, orientou, a quantidade de droga, a fixação do redutor na fração mínima de 1/6, na linha, também, da jurisprudência desta Suprema Corte: '[a] quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa

de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa'. (HC 152.001 AgR, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes) (...)"

Destarte, adotados esses parâmetros, a pena do acusado passa a totalizar quatro anos e dois meses de reclusão, mais quatrocentos e dezesseis dias-multa, no menor valor unitário, montante para o qual fica reduzida (pena-base no mínimo legal reduzida e, 1/6 pela causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006).

Essa nova sanção carcerária, superior ao limite estabelecido pelo artigo 44 do Código Penal, inviabiliza a substituição por penas restritivas de direitos, não sendo também aplicável qualquer outro benefício.

Apesar da primariedade do réu, da ausência de antecedentes desabonadores, e do tempo de prisão provisória (cerca de sete meses, desde o flagrante, em 14.08.2022, até a libertação em 15.03.2023 – fls. 1 e 4610/4612), a teor do disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o regime prisional inicial deve ser o semiaberto. É preciso considerar, nesse particular, a grande reprovabilidade da conduta criminosa perpetrada, que tanto intranquiliza a sociedade, exigindo resposta enérgica, com a qual não é suficiente, compatível e adequada solução mais branda, sendo sempre pertinente lembrar que os mercadores

de entorpecentes criam um poder paralelo que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjugam comunidades inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens, decorrendo de suas condutas gravíssimas consequências para a sociedade. No caso, ademais, como já foi apontado acima, essa maior reprovabilidade é extraída de elementos concretos, com destaque para a expressiva quantidade e variedade de drogas que o apelante traficava quando foi detido (duzentos e quarenta e uma porções de cocaína, com peso líquido de setenta e dois gramas e trinta centigramas; vinte e seis porções de *crack*, com peso líquido de quatro gramas e oito centigramas, e quatrocentos e dezoito porções de maconha, com peso líquido de um quilo, quatrocentos e setenta e oito gramas e três centigramas). E consoante vem sendo afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, *“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade, qualidade e diversidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas como fundamento para determinar a fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos”* (STJ, AgRg no REsp 2135495/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2024, DJe 04/09/2024).

Diante do exposto, **em**

atendimento à determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) nº 1532179/SP, fica refeita a dosimetria da pena do réu que, com o reconhecimento da incidência da causa de diminuição prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na sua proporção mínima, passa a totalizar quatro anos e dois meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, mais quatrocentos e dezesseis dias-multa, no menor valor unitário. Após o trânsito em julgado deverá ser expedido o competente mandado de prisão, observadas as regras relativas à modalidade carcerária intermediária.

XAVIER DE SOUZA

Relator