



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000300967

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501750-55.2024.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é apelante WELINGTON DE BASTIANI PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento à apelação tão somente para afastar, na primeira fase da dosimetria, a circunstância judicial do art. 42 da Lei nº 11.343/06, com a consequente redução da pena definitiva para 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo; mantida, no mais, a r. sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 28 de março de 2025.

RENATO GENZANI FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO COM REVISÃO nº 1501750-55.2024.8.26.0637

VOTO nº 30763

COMARCA: Tupã

JUÍZO DE ORIGEM: Vara Criminal

APELANTE: Wellington de Bastiani Pereira

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

1. O apelante foi processado por tráfico de entorpecentes, e condenado à pena de 05 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 555 dias-multa, no valor unitário mínimo, por ter em depósito 3.725 gramas de maconha e 0,07 gramas de substância psicotrópica MDBM-4EN-PINACA, sem autorização legal.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se a pena-base aplicada foi desproporcional e se o réu faz jus à forma privilegiada do crime, conforme o art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

III. Razões de Decidir

3. A pena-base foi ajustada para 1/6 acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes. Afastou-se a circunstância judicial prevista no art. 42 da Lei nº 11.343/06 com o fim de se evitar bis in idem, haja vista a quantidade de drogas apreendidas ter sido utilizada na terceira fase para afastar o reconhecimento da forma privilegiada do crime, prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

4. A forma privilegiada do crime não foi aplicada, pois o réu não preenche os requisitos legais, dado seu envolvimento com o crime organizado.

IV. Dispositivo e Tese

5. Dá-se parcial provimento à apelação para ajustar a pena definitiva para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, mantendo o regime semiaberto. Tese de julgamento: 1. A pena-base deve considerar apenas os maus antecedentes na primeira fase. 2. A forma privilegiada do tráfico não se aplica a réus com envolvimento em atividades criminosas organizadas.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e §4º; art. 42.

Código Penal, art. 33, §2º, 'b'.

Código de Processo Penal, arts. 312 e 313.

Jurisprudência Citada:

STJ, Habeas Corpus nº 735.118/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julg. 12/04/2022.
TJSP, Apelação Criminal 1500909-59.2021.8.26.0542, Rel. Alexandre Almeida, julg. 06/05/2022.
STJ, AgRg no AREsp 206.581/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julg. 04/10/2016.

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **Wellington de Bastiani Pereira** em face da r. sentença de fls. 198/216, proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Tupã/SP, que julgou procedente a pretensão punitiva, condenando o apelante à pena de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, por incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

O apelante pugna (fls. 235/240) pela reforma da r. sentença, sustentando, em apertada síntese, que: o aumento da pena-base aplicado, na primeira fase, é desproporcional na medida em que a nocividade e a qualidade das drogas já foram consideradas na configuração do tipo penal; na terceira fase, é o caso de se reconhecer a forma privilegiada do crime, nos termos do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, pois inexistente prova segura de sua dedicação habitual às atividades criminosas, além de não ser a quantidade de drogas apreendida a mais elevada; com a aplicação do redutor no patamar máximo de 2/3, deve ser a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

Requer seja conhecido e provido o presente recurso para fixar a pena-base no mínimo legal; aplicar o redutor previsto no artigo 33 § 4º da Lei nº 11.340/06 em seu grau máximo legal de 2/3, com fixação do regime aberto e substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos. Por fim, requer a concessão da justiça gratuita diante da hipossuficiência econômica do réu.

Regularmente processado e respondido (fls. 246/248), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo **não provimento do recurso** (fls. 259/271).

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso de apelação.

No mérito, **o recurso comporta parcial provimento**, na conformidade da fundamentação a seguir exposta.

Restou reconhecido em sentença que, no dia 23 de setembro de 2024, por volta das 08:30h, na Rua Um, nº 15, Morada Do Sol, na cidade de Tupã, o apelante tinha em depósito, com a finalidade de entregar a consumo de terceiros, 8 (oito) tijolos de tetrahydrocannabinol “maconha”, massa líquida 3.725 gramas, bem como emendorf contendo substância MDBM-4EN-PINACA constante na lista F2 (Lista das substâncias Psicotrópicas de uso proscrito no Brasil) da portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores, massa líquida 0,07 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 15 e laudo pericial de fls. 53/55 e laudo definitivo de fls. 102/106).

Segundo se apurou, o réu promovia o tráfico de entorpecentes.

No dia dos fatos, em cumprimento a mandado de busca, expedido nos autos de processo nº. 1501709-88.2024.8.26.0637, policiais civis da DISE foram ao imóvel do réu, e durante as buscas foi localizado em depósito, com a finalidade de entregar a consumo de terceiros, sobre a mesa da cozinha, as drogas supramencionadas.

Encerrada a instrução, foram devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do crime imputado. **Tanto assim que o apelante se insurge somente contra a pena e o regime de cumprimento fixados.**

Passa-se, então, à análise da dosagem da pena.

Na primeira fase a pena-base foi fixada em **1/3** acima do mínimo legal em virtude dos maus antecedentes do réu e da nocividade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei nº 11.343/06), totalizando 06 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 667 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Nesse ponto, a sentença comporta reforma.

Em que pese o acertado reconhecimento da circunstância prevista no art. 42 da Lei de Drogas como desfavorável ao réu, para que não ocorra *bis in idem*, tal circunstância deve ser reservada somente para a etapa final da dosimetria, na

medida em que o MM. Juízo *a quo* fundamentou o não reconhecimento da figura privilegiada do crime na grande quantidade e nocividade das drogas apreendidas.

Com isso, a pena-base deve ser fixada tão somente em 1/6 acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes do réu, totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase, agiu bem o MM. Juízo a quo ao reconhecer a atenuante de confissão espontânea do réu, devendo, portanto, a pena retornar ao mínimo legal, conforme disposição da Súmula 231 do C. STJ.

Assim, fixa-se a pena provisória em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição da pena, fixa-se a pena definitiva em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

O pedido de incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da lei de tóxicos não comporta guarida.

Para efeito de aplicação da referida minorante, o condenado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a pena ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Assim dispõe o citado dispositivo legal:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Conforme se depreende das provas dos autos, o réu foi preso em flagrante enquanto tinha em depósito 3,725kg, de modo que as circunstâncias concretas do crime, como quantidade de drogas apreendidas e *modus operandi*, revelam o envolvimento dele com o crime organizado, pois, do contrário, não seria confiada a ele a tarefa de guardar tal vultuosa quantidade de drogas.

Referida minorante, que tem por finalidade beneficiar o pequeno

traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, não pode ser aplicada ao réu, pelas razões acima expostas. Nesse contexto, conferir ao réu o mesmo benefício que se costuma conceder a outros agentes condenados por tráfico de pequenas porções de drogas caracterizaria flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, INCISO V, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICÁVEL. DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. ATUAÇÃO COMO BATEDOR EM TRANSPORTE INTERESTADUAL DE DROGA. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RÉU PRIMÁRIO. PENA RECLUSIVA QUE NÃO ULTRAPASSA 8 ANOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - A incidência da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. - Na hipótese, a Corte local firmou o juízo de fato de que o agravante se dedicava à atividade criminosa. Esse entendimento não está fundado apenas na quantidade do material entorpecente apreendido - 1,948 kg de maconha, divididos em 2.853 pacotes (fl. 48) - não havendo que se falar em bis in idem. Os julgadores da origem consideraram também, para formar a sua convicção, o modus operandi delitivo. O agravante atuou como batedor de caminhão que realizava transporte interestadual de drogas. A reforma do quadro fático-probatório delimitado pelas instâncias ordinárias não tem lugar na via estreita, de cognição sumária, do writ. - Mantido o quantum da pena definitiva imposto - 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão - e considerando-se que, a despeito de ser o agravante primário, foi reconhecida circunstância judicial desfavorável (elevada quantidade de drogas), que, inclusive, levou à exasperação da pena-base, está autorizada a manutenção do regime prisional inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal. Documento: 152569021 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 06/05/2022 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça - Não há falar em bis in idem na utilização simultânea da quantidade do entorpecente, em uma das etapas da dosimetria da pena, e, ainda, no momento de estabelecer o regime inicial de cumprimento da reprimenda. - Agravo regimental desprovido. (STJ, Habeas Corpus nº 735.118/SP; Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca; julg. 12/04/2022, *grifamos*)

No mesmo sentido, já decidiu esta C. Câmara Criminal em caso análogo:

[...] Tráfico de entorpecentes – Apreensão de grande quantidade de entorpecente e petrechos relacionados ao tráfico – Plena indicação de que o acusado se dedica a atividades ilícitas – Redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – Inaplicabilidade; Tráfico de entorpecentes – Crime que apresenta gravidade concreta, abala a ordem pública e exige tratamento rigoroso – Regime inicial fechado – Cabimento – Recurso do Ministério Público parcialmente provido, com o improvimento daquele apresentado pela Defesa. (TJSP; Apelação Criminal 1500909-59.2021.8.26.0542; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osasco - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/05/2022; Data de Registro: 06/05/2022 - *grifamos*).

O *quantum* da pena, superior a 04 anos, e as condições pessoais do réu, justificam a manutenção do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, 'b', do Código Penal.

O *quantum* da pena impede a concessão dos benefícios de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e suspensão condicional da pena.

Por fim, quanto ao pedido para a concessão da gratuidade da justiça, de se consignar que a aferição da possibilidade – ou não – de o recorrente arcar com os valores deve ser feita pelo Juízo das Execuções, conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, "nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais" (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014).

2. Sendo as custas processuais meros consectários da sucumbência, a condenação, de ofício, ao seu pagamento não implica o agravamento da pena, de modo que não se observa, no acórdão estadual, contrariedade ao princípio que veda a reformatio in pejus.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016)

Mantém-se a prisão preventiva do apelante, nos termos dos artigos 312 e 313 do CPP, pois subsistem os motivos determinantes apontados nos autos.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO à apelação tão somente para afastar, na primeira fase da dosimetria, a circunstância judicial do art. 42 da Lei nº 11.343/06, com a consequente redução da pena definitiva para 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo;** mantida, no mais, a r. sentença.

RENATO GENZANI FILHO

Relator