



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000350821

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502335-19.2024.8.26.0537, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante KEVIN BORGES DA SILVA BATISTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para reduzir as penas do apelante Kevin Borges da Silva Batista a quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão e quatrocentos e oitenta e cinco dias-multa, no piso mínimo, e fixar o regime prisional inicial semiaberto, mantida, no mais, a sentença, comunicando-se ao juízo da execução, para os devidos fins. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente sem voto), FLAVIO FENOGLIO E ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1502335-19.2024.8.26.0537.
Comarca de São Bernardo do Campo.
Apelante: Kevin Borges da Silva Batista.
Apelado: Ministério Público.

Voto nº 50.059.

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO. I. **Caso em Exame** 1. Kevin Borges da Silva Batista foi condenado a cinco anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado, e quinhentos e oitenta e três dias-multa, por transportar 146.800 gramas de maconha para fins de tráfico. Apelou buscando a mitigação das penas e do regime de prisão, além do direito de recorrer em liberdade. II. **Questão em Discussão** 2. (i) Se a quantidade de droga apreendida justifica a negativa do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. (ii) Se há elementos que demonstrem a dedicação do réu à atividade criminosa para afastar o benefício do tráfico privilegiado. III. **Razões de Decidir** 3. A aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas exige que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. 4. A quantidade de droga apreendida não é suficiente, por si só, para afastar o redutor, sendo necessário outros elementos concretos que indiquem a dedicação do réu à atividade criminosa. IV. **Dispositivo e Tese** 5. Parcial provimento ao recurso para reduzir as penas a quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão e quatrocentos e oitenta e cinco dias-multa, fixando o regime inicial semiaberto. *Tese de julgamento:* 1. A quantidade de droga não afasta o redutor do tráfico privilegiado sem prova de dedicação ao crime. 2. A primariedade e ausência de antecedentes criminais justificam a fixação do regime semiaberto. **Legislação Citada:** Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º; art. 42. **Jurisprudência Citada:** RHC nº 170551, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 18.10.2019, DJe 30.10.2019; AgRg no HC nº 557946, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 03.03.2020, DJe 09.03.2020; AgRg no HC nº 849.305/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 19.9.2023, DJe de 26.9.2023; AgRg no AgRg no HC nº 771645, 5ª Turma, Rel. Min. Daniela Teixeira, julgado em 23.10.2024, DJe 30.10.2024; AgRg no AREsp nº 2630291, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22.10.2024, DJe de 29.10.2024; ARE nº 666.334, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06.05.2014, DJe de 06.05.2014; AgRg no HC nº 605774, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 06.10.2020, DJe de 19.10.2020.

1. Inconformado com a decisão da MMª
Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que o condenou como incurso no artigo 33, “*caput*”, da Lei nº 11.343/2006, a cinco anos e dez meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso mínimo, porque no dia 1º de novembro de 2024,

transportava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, cento e noventa e cinco "*tijolos*" com 146.800 gramas de massa líquida de maconha, substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, o réu Kevin Borges da Silva Batista apelou em busca da mitigação das penas e do regime de prisão, inclusive pela detração penal, bem como da concessão do direito de recorrer em liberdade.

Regularmente processado o recurso, pelo desprovimento opinou a douta Procuradoria de Justiça.

É a síntese do necessário.

2. Inicialmente cabe registrar que não há como conceder ao réu o direito de recorrer em liberdade, pois se a custódia dele já se justificava durante a instrução do processo, em face da temibilidade e risco que representa para a ordem social, com maior razão deve ser mantida se foi reconhecida sua culpabilidade, ainda que não de forma definitiva, e lhe foi imposto regime prisional que impede a liberação imediata. Demais disso, julgado agora o apelo, perde relevância a pretensão, pois ela está prejudicada.

No mais, a condenação do réu foi mesmo correta, pois ao cabo da instrução ficaram provadas autoria e materialidade dos fatos, assim como o dolo com que ele agiu, notadamente em face da sua reiterada confissão, corroborada pelas firmes declarações dos policiais militares inquiridos (fls. 6, 7, 8, 161/162 e registro digital), tudo a conduzir à certeza de que ele transportava mesmo, para fins de tráfico, o entorpecente

apreendido e que a perícia constatou ser maconha, como descrito na denúncia (fls. 15/17, 18, 131/133).

Aliás, tanto foi justa a condenação que o réu contra ela não se insurgiu propriamente, pois em seu recurso pretende apenas o reconhecimento do tráfico privilegiado e a mitigação das penas e do regime de prisão.

No exame do inconformismo, observa-se que a pena-base foi adequadamente fixada em dois quintos acima do menor patamar legal para a espécie, ou seja, em sete anos de reclusão e setecentos dias-multa, no piso mínimo, tendo em vista a expressiva quantidade de entorpecente apreendida –*mais de cento e quarenta e seis quilos de maconha*–, o que encontra amparo no artigo 42 da Lei Antitóxicos. Nesse sentido, o Pretório Excelso já decidiu que “(...) 4. O STF tem entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga apreendida justificam a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal (HC 126.055, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 122.299, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 118.389, Rel. Min. Teori Zavascki). 5. Agravo regimental desprovido.” (RHC nº 170551, 1ª Turma, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 18.10.2019, DJe 30.10.2019) e na mesma trilha é a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC nº 557946, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 03.03.2020, DJe 09.03.2020).

Na etapa seguinte do cálculo, por força da atenuante da confissão do réu, reconhecida na sentença, as sanções retroagiram a cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso mínimo.

Por outro lado, em que pese estivesse o réu a transportar significativa quantidade de maconha, a prova

produzida na instrução nada revelou quanto ao envolvimento dele com organização criminosa ou que ele se dedicasse com habitualidade à prática de crimes, motivo pelo qual era de rigor a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, até mesmo porque, de concreto, só se comprovou ser o réu primário, sem antecedentes criminais e, até onde se apurou no processo, teria promovido o transporte de tóxico somente na ocasião referida na denúncia, de tal modo que atendia aos requisitos legais para obter o referido benefício.

Sobre a questão da atuação das chamadas “mulas do tráfico”, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: *“Esta Corte vem se manifestando no sentido de que o “mero transporte eventual ou esporádico de droga - ainda que em grandes quantidades-, sem outros elementos que evidenciem o envolvimento do agente com organização criminosa, não é suficiente para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006” (AgRg no AREsp n. 2.321.950/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023.)* 4. No caso dos autos, o Tribunal local utilizou-se do fato de o paciente ter realizado transporte interestadual de elevada quantidade de entorpecente - 6,25 kg (seis quilos e vinte e cinco gramas) de cocaína – para negar a aplicação do benefício ao réu. Entretanto, da leitura dos autos, não se verifica a presença de outros elementos que permitam concluir com clareza a dedicação ao tráfico de forma habitual, revelando-se inidônea, em consequência, a motivação utilizada para a negativa do privilégio.” (AgRg no HC nº 849.305/MS, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 19.9.2023, DJe de 26.9.2023) e *“DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE COOPTADO PARA FAZER TRANSPORTE INTERESTADUAL. SEM HISTÓRICO DE TRAFICÂNCIA, CONFIGURADO COMO “MULA”. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI*

11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO COMPROVADA: RÉU PRIMÁRIO COM OCUPAÇÃO LÍCITA (CAMINHONEIRO). AGRAVO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME 1. *Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que acolheu o agravo regimental interposto pela defesa, aplicando a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao agravado, condenado por tráfico de drogas em razão do transporte interestadual de maconha.* II. *QUESTÃO EM DISCUSSÃO* 2. *Há duas questões em discussão: (i) se a quantidade de droga apreendida justifica, por si só, a negativa da aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006; e (ii) se há elementos que demonstrem a dedicação do agravado à atividade criminosa de forma a afastar a benesse do tráfico privilegiado.* III. *RAZÕES DE DECIDIR* 3. *A aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas exige, além da primariedade e dos bons antecedentes, que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.* 4. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a mera quantidade de droga apreendida não é suficiente, por si só, para afastar o redutor. É necessário que existam outros elementos concretos que indiquem a dedicação do réu à atividade criminosa.* 5. *No caso, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação do tráfico privilegiado com base apenas na quantidade de entorpecente (maconha), sem outros elementos que comprovassem a participação do agravado em organização criminosa ou a dedicação habitual ao tráfico.* 6. *A decisão que aplicou o redutor na fração de 1/6 deve ser mantida, tendo em vista que o agravado é primário, possui bons antecedentes e não há provas concretas de sua vinculação estável ao crime organizado.* IV. **AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (AgRg no AgRg no HC nº 771645, 5ª Turma, Relatora Ministra Daniela Teixeira, julgado em 23.10.2024, DJe 30.10.2024)** e também: “a Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, realizado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021, decidiu que a aplicação do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser afastada somente com fundamento na natureza, na diversidade e na quantidade da droga

apreendida, sendo necessário que esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.” (AgRg no AREsp nº 2630291, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22.10.2024, DJe de 29.10.2024).

Sendo assim, cabe aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois o montante de tóxico apreendido já foi valorada na fase inicial da dosimetria e, por isso, não poderia ser novamente considerada nesta fase dos cálculos para impedir o benefício em questão, sob pena de se incorrer em indevido “*bis in idem*”.

Nesse sentido, o entendimento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, que ao reconhecer haver repercussão geral sobre a matéria, assim se pronunciou: “*Cumprе destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem.*” (ARE nº 666.334, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06.05.2014, DJe de 06.05.2014).

Diante disso e considerada o montante de maconha com a qual o réu foi flagrado a transportar, mais de cento e quarente quilos de maconha, -*que possibilitaria a sua disseminação a um imenso número de usuários-*, cabe aplicar o redutor de um

sexto, o que confere ao caso justa e proporcional solução. Nesse sentido, já assentou a egrégia Corte Cidadã: “(...) *na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice (...).*” (**AgRg no HC nº 605774, 5ª Turma, Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 06.10.2020, DJe de 19.10.2020**). Assim, as penas do réu ficam estabelecidas no total definitivo de quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão e quatrocentos e oitenta e cinco dias-multa, no piso mínimo.

O regime prisional inicial pode ser o semiaberto, considerada a primariedade do réu e a quantidade de sanção carcerária imposta. Esta última, por sua vez, impede a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Portanto, para os fins especificados é que se impõe o parcial provimento do recurso.

3. Destarte, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir as penas do apelante Kevin Borges da Silva Batista a quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão e quatrocentos e oitenta e cinco dias-multa, no piso mínimo, e fixar o regime prisional inicial semiaberto, mantida, no mais, a sentença, comunicando-se ao juízo da execução, para os devidos fins.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
- Relator -