



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000378839

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1527425-83.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANILO SILVA PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1527425-83.2024.8.26.0228
Comarca de São Paulo – 21ª Vara Criminal Central
Apelante: Danilo Silva Pereira
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Voto nº 29404

APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – NÃO ACOLHIMENTO – Não se tratando o réu de pequeno e eventual traficante, mas de pessoa envolvida na atividade criminosa do tráfico, inviável a redução da pena com base no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Recurso não provido.

Vistos.

Danilo Silva Pereira interpôs recurso de Apelação da r. sentença datada de 17.01.2025, proferida pela MMª Juíza de Direito da 21ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que o condenou à pena de 05 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (fls. 134/139).

Em suas razões, a Defesa requereu a aplicação do disposto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a fixação de regime inicial aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fls. 154/159).

Por sua vez, o Ministério Público, nas contrarrazões, reiterou as alegações finais e requereu o não provimento

do recurso (fls. 165/167).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou, também, pelo não provimento do apelo (fls. 180/188).

É o relatório.

O ora apelante foi denunciado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 19.11.2024, por volta das 15h00, na Rua 21 de Abril, altura do nº 553, Brás, na Comarca da Capital trazia consigo, para entrega ao consumo de terceiros, 90 “*eppendorfs*” contendo 30,9g de cocaína, 11 papélotes contendo 5,01g de cocaína, 67 porções contendo 10g de “crack”, 23 porções contendo 209,83g de maconha, 07 porções contendo 8,7g de “haxixe”, e 11 porções contendo 2,1 g na forma “K9”, substâncias que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (fls. 58/59).

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença que o condenou, nos termos da inicial.

Em que pesem as razões apresentadas, o recurso interposto não pode ser provido, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele foi avaliado com propriedade pela MMª Juíza de Direito sentenciante.

Inicialmente, anoto que, muito embora não tenha havido irresignação quanto à condenação do ora apelante, a materialidade e a autoria do delito ficaram bem demonstradas.

Com efeito, indiscutível a materialidade do delito em face do boletim de ocorrência (fls. 06/09), das fotografias de fls. 13/15, do auto de exibição e apreensão (fls. 16), do laudo de

constatação preliminar (fls. 45/49), do laudo de exame químico toxicológico (fls. 84/87), do laudo de exame da balança de precisão (fls. 88/92), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste, tendo em vista que a confissão do réu em Juízo (fls. 140/141 – gravação audiovisual) foi corroborada pelos demais elementos de provas trazidos aos autos, tais como os depoimentos, em Juízo, das testemunhas Marcelo Cavalieri Vilar e Célio Victor Da Mota, policiais militares (fls. 140/141 – gravação audiovisual).

Assim sendo e comprovadas, de forma clara e irrefutável, a materialidade e autoria do delito, correta a solução condenatória.

Quanto à pena, a sentença também não merece reparo.

A MM^a Juíza, na primeira fase da dosimetria, atenta ao disposto no artigo 59 do Código Penal, e no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, considerando a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas, *"90 (noventa) eppendorfs contendo 30,9 g de cocaína, 11 (onze) papelotes contendo 5,01 g de cocaína, 67 (sessenta e sete) porções contendo 10 g da mesma droga, sob a forma de crack, 23 (vinte e três) porções contendo 209,83 g de tetra-hidrocanabinol (THC), popularmente conhecido como maconha, 07 (sete) porções contendo 8,7 g do mesmo entorpecente, na forma de haxixe, e 11 (onze) porções contendo 2,1 g na forma K9, denota maior reprovabilidade da conduta"* (fls. 137), fixou a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Ressalte-se, a propósito, que a imposição de pena tem por escopo não somente a prevenção especial (reeducar e recuperar o infrator), mas, também e principalmente, exercer a prevenção geral.

Nesse sentido: *“O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo”* (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, HC 76.196/GO, rel. Min. Mauricio Correa, RTJ, 176/742 ou Guilherme De Souza Nucci, Individualização da Pena, 1ª ed., RT, 2005, págs. 338-9, nota 5, grifei).

A propósito: *“O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos”* (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje. de 05-06-12, grifei).

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, as penas foram reduzidas ao piso legal, já que tal circunstância não pode diminuir a pena aquém do mínimo, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: *“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal”*.

Consigne-se que, na terceira fase, deixou-se corretamente de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado “poderá” reduzir a pena fixada ao agente,

de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. No caso dos autos, porém, apesar de o réu ser primário e não ter maus antecedentes, as circunstâncias do caso concreto demonstraram amplamente que ele se dedicava à atividade criminosa, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade e variedade de drogas (90 "ependorfs" contendo 30,9g de cocaína, 11 papelotes contendo 5,01g de cocaína, 67 porções contendo 10g de "crack", 23 porções contendo 209,83g de maconha, 07 porções contendo 8,7g de "haxixe", e 11 porções contendo 2,1 g na forma "K9"), além de expressiva quantia em dinheiro (R\$ 1.769,00 – fls. 16) e uma balança de precisão (fls. 16 e 88/92), o que afasta definitivamente a possibilidade de reconhecimento de tal benefício.

Cumprе ressaltar, neste ponto, que embora a pena-base tenha sido majorada em razão da quantidade de drogas, não há que se falar que a dupla consideração da quantidade da substância configuraria "bis in idem", pois a valoração dessa circunstância nas duas fases da dosimetria encontra fundamento legal e tem finalidades diversas. Na primeira fase da dosimetria da pena, a quantidade de entorpecentes é considerada para fim de majoração da pena-base e, na terceira fase, eventualmente, para a não aplicação, ou para a modulação, da causa especial de diminuição da pena, cujo objetivo é beneficiar o traficante pequeno e eventual. Frise-se, ainda neste ponto, que a variedade e quantidade de entorpecentes pode sim ser considerada na terceira fase, eventualmente, para a não aplicação, ou para a modulação, da causa especial de diminuição da pena, cujo objetivo é beneficiar o

traficante pequeno e eventual. No caso dos autos, conforme exposto, houve a apreensão de significativa quantidade de drogas variadas, o que evidencia que não se tratava de pequeno traficante e indica habitualidade na prática criminosa.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo, mas, notadamente, por se verificar que, *in casu*, face à evidência de não se tratar de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a quantidade e variedade de drogas apreendidas, além do envolvimento do réu em atividades criminosas, tal medida não seria socialmente recomendável.

Anote-se, a propósito, que, não obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, como já mencionado, a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos demonstra a altíssima reprovabilidade da conduta do acusado.

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, face à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com relação ao regime inicial, foi fixado o semiaberto, no que o réu foi beneficiado, pois a fixação de regime

diverso do fechado não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo, mas, notadamente, por não se tratar o réu de ínfimo e eventual traficante, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado. Todavia, a sentença, neste ponto, não pode ser objeto de modificação pela impossibilidade da “*reformatio in pejus*”.

E, com relação ao pedido de aplicação dos benefícios da assistência judiciária gratuita, com a isenção do pagamento das custas processuais, observo que a condenação ao pagamento das custas decorre de imposição legal (artigo 804 do CPP), devendo eventual pedido de isenção ser formulado na fase de execução, momento em que se pode avaliar, com melhores condições, a real situação financeira do réu.

Tanto assim que o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil determina que a parte beneficiária ficará obrigada ao pagamento das custas, caso deixe de existir a situação de insuficiência de recursos, no período de cinco anos após a condenação. Dessa forma, não há que se falar em afastamento das custas.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo interposto, mantendo integralmente a sentença, por seus próprios fundamentos.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA
Relator