



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000386319

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500339-49.2024.8.26.0613, da Comarca de Caconde, em que é apelante ANDERSON APARECIDO BARBOSA DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento parcial ao recurso, para diminuir as penas aplicadas ao ora recorrente para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantido o regime inicial fechado.V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

MARCIA MONASSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 7024

Apelação Criminal nº 1500339-49.2024.8.26.0613

Relatora: **Desembargadora Marcia Monassi**

Órgão julgador: **3ª Câmara de Direito Criminal**

Comarca: Caconde/Vara Única

Juiz: Guilherme Martins Damini

Apelante: Anderson Aparecido Barbosa de Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Caso em Exame: Anderson Aparecido Barbosa de Souza foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 800 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime de tráfico de drogas (artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006). Em 19 de julho de 2024, na cidade de Caconde, ele foi flagrado com porções de cocaína, “crack” e “maconha”, destinadas a terceiros. O réu confessou a prática do crime em juízo. **II. Questão em Discussão:** 2. A questão em discussão consiste em verificar: (i) se condenações anteriores por posse de drogas para consumo próprio podem ser usadas como maus antecedentes para aumentar a pena na primeira fase; (ii) se a natureza das drogas apreendidas justifica a exasperação da pena. **III. Razões de Decidir:** 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabelece que condenações anteriores pelo crime do artigo 28, “caput”, da Lei de Drogas não geram reincidência ou podem ser valoradas como maus antecedentes. 4. A natureza das drogas apreendidas, especialmente o “crack”, justifica a majoração da pena na primeira fase, devido ao seu alto poder viciante e potencial ofensivo à saúde pública, conforme o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. 5. Na segunda fase, de rigor a compensação parcial entre a multirreincidência do réu e a atenuante da confissão (Tema 585 do STJ). **IV. Dispositivo e Tese:** 6. Recurso parcialmente provido para reduzir as penas para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 680 dias-multa, mantido o regime inicial fechado. Tese de julgamento: 1. Condenações por posse de drogas para consumo próprio não geram reincidência ou podem ser consideradas para fins de maus antecedentes. 2. A natureza das drogas apreendidas justifica majoração da pena. **Legislação Citada:** Lei nº 11.343/2006, art. 33 e art. 42. Código Penal, art. 61, I; art. 44; art. 77. **Jurisprudência Citada:** STJ, AgRg no HC n. 811.896/SP, Rel. Min.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, j. 5/3/2024. STJ, HC n. 862.385/SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, Quinta Turma, j. 12/11/2024

Trata-se de apelação interposta por **Anderson Aparecido Barbosa de Souza** (fls. 187/201) contra r. sentença (fls. 174/182) que o condenou ao cumprimento da pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, tendo-o como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006.

A douta defesa, em razões de apelação, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, com sua compensação com a agravante da reincidência, e diminuição do *quantum* operado na segunda etapa da dosimetria das sanções penais.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 204/207, pela manutenção da r. sentença.

O ilustre Procurador de Justiça Criminal, Dr. Franco Caneva Júnior, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 221/231).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

O ora apelante foi denunciado, processado e condenado porque, no dia 19 de julho de 2024, próximo às 10h30min, na rua Travessa Porto Alegre, nº 50, bairro Cristais, na cidade de Caconde, neste Estado de São Paulo, tinha em depósito, para entrega a consumo de terceiros, 6 (seis) porções de cocaína, com massa líquida de 4,7g e massa bruta de 23,4g, 13 (treze) porções de cocaína na forma de “crack”, com massa líquida de 3,5g e massa bruta de 16,4g, e 12 (doze) porções da droga popularmente conhecida como “maconha”, com massa líquida de 21,2g e massa bruta de 35,6g, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de 20 (vinte) unidades de embalagens plásticas vazias, 2 (dois) aparelhos celulares, 1 (um) simulacro de arma de fogo e R\$ 320,00 (trezentos e vinte reais) em espécie (denúncia acostada às fls. 106/107).

Comprovou-se a materialidade delitiva pelo auto de prisão em flagrante de fls. 01 e seguintes, pelo boletim de ocorrência de fls. 12/15, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 23/24, pelas fotografias de fls. 25/29, pelo laudo de constatação provisória de fls. 30/31, pelos laudos de exames químico-toxicológicos de fls. 91/93, 94/96 e 97/99 e pela prova oral produzida em juízo.

A autoria, igualmente, é inconteste – e recai sobre o ora recorrente.

O réu confessou, em juízo, a prática criminosa e não há, nas razões de recurso interposto pela defesa, pedido de absolvição, de modo que as provas de autoria e materialidade do crime não serão novamente

analisadas, até porque já o foram, detalhadamente, na r. sentença.

Passo à análise das penas.

A pena-base foi estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa (sem que tenha sido explicitada a fração de aumento utilizada), por entender o insigne magistrado sentenciante existirem duas circunstâncias judiciais a serem valoradas negativamente ao réu nesta etapa: maus antecedentes (condenação definitiva nos autos de nº 0002046-90.8.26.0103 – fls. 157) e circunstâncias do delito (*“ao passo que o delito envolveu cocaína e crack, drogas de alto poder viciante e elevado potencial ofensivo à saúde.”*).

Ocorre que, nos autos de nº 0002046-90.2013.8.26.0103, o ora recorrente foi condenado definitivamente (trânsito em julgado em 27 de julho de 2016) pela prática do crime previsto no artigo 28, “caput”, da Lei nº 11.343/2006.

Pacificou-se na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que condenações pretéritas por este delito não geram reincidência e tampouco podem ser valoradas como maus antecedentes.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
RECEPÇÃO. PLEITO DE AFASTAMENTO DOS MAUS

ANTECEDENTES. SEIS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES POR CONTRAVENÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. LEGALIDADE. LITERALIDADE DOS ARTS. 33, §§ 2.º E 3.º, E 44, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **O entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de a condenação definitiva pelo tipo penal descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não poder ser utilizada para exasperar a pena-base quanto aos maus antecedentes é justificada em razão de inexistir, em relação à referida infração, previsão de pena privativa de liberdade.** Tal jurisprudência não se aplica na hipótese de o Réu ter sido condenado por contravenção punida com prisão, pois "[a] condenação definitiva anterior por contravenção penal, embora não sirva para fins de reincidência, autoriza a valoração negativa dos antecedentes" (RHC n. 20.951/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/2/2014, DJe de 24/2/2014). No mesmo diapasão: AgRg no HC n. 396.444/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 20/6/2018; AgRg no HC n. 612.700/PR, relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 19/10/2020; e AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no HC n. 781.330/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023. 2. No caso, o Agravante ostenta 6 (seis) condenações transitadas em julgado por contravenções penais reprimidas com a sanção de prisão simples, justificando o reconhecimento dos maus antecedentes. 3. Existindo circunstância judicial desfavorável, é correta a fixação do regime prisional inicial semiaberto e o indeferimento da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos (incidência da literalidade dos arts. 33, §§ 2.º e 3.º e 44, inciso II, ambos do Código Penal). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 811.896/SP, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 18/3/2024.) – grifei.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ZULEIDE MENDES SOARES. MAUS ANTECEDENTES. DIREITO AO

ESQUECIMENTO. NÃO RECONHECIMENTO. LAPSO TEMPORAL ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E A PRÁTICA DO NOVO DELITO INFERIOR A 10 ANOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EDER ROGERIO SILVA DA SILVEIRA. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO. REFORMULAÇÃO DA PENA-BASE SEM REFLEXO NO QUANTUM FINAL. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO RECONHECIDA EM FACE DE AMBOS OS PACIENTES. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO MANTIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA APENAS QUANTO A EDER ROGERIO SILVA DA SILVEIRA PARA REDUZIR A PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL, SEM REFLEXO NA PENA FINAL. I. CASO EM EXAME 1. Habeas corpus impetrado em favor de Eder Rogério e Zuleide, visando o afastamento da valoração negativa dos maus antecedentes e da reincidência de Eder Rogério, e a revisão da dosimetria da pena aplicada a ambos no crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), sob o argumento de uso inadequado de condenações anteriores por posse de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006) como fundamento para a exasperação da pena. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Há duas questões em discussão: (i) se é possível a utilização de condenações pelo crime de posse de drogas para consumo próprio para agravar a pena na dosimetria, seja a título de reincidência, seja a título de maus antecedentes; (ii) se, afastadas as condenações pelo art. 28 da Lei n. 11.343/2006, há impacto no cálculo final da pena. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. **É vedada a utilização de condenações pelo crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 para fundamentar a reincidência ou agravar os maus antecedentes, conforme entendimento consolidado pela jurisprudência desta Corte Superior.** 4. No caso de Eder Rogério, a exasperação da pena-base em 1/6 (um sexto), realizada pelo Tribunal de origem com base em condenações por posse de drogas, configura ilegalidade, devendo ser afastada a valoração negativa dos maus antecedentes. 5. Entretanto, não há reflexo no quantum final da pena de Eder Rogério, visto que, mesmo com a pena-base fixada no mínimo legal, a compensação parcial da atenuante da confissão espontânea com a dupla reincidência específica resultaria na manutenção do patamar anteriormente estabelecido, de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. 6.

Zuleide também não faz jus ao redutor do tráfico privilegiado, uma vez que registra maus antecedentes. 7. Mantido o regime inicial fechado para ambos os réus, em razão dos maus antecedentes de Zuleide e da reincidência de Eder Rogério. IV. Ordem parcialmente concedida. (HC n. 862.385/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 12/11/2024, DJe de 19/11/2024.) – grifei

Entendo, assim, que não subsiste a circunstância judicial desfavorável ao réu dos maus antecedentes.

Por outro lado, a exasperação das penas em razão da natureza das drogas que Anderson tinha em depósito era de rigor.

Dispõe o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 que “*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a **natureza** e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*” – destaquei.

In casu, Anderson tinha em depósito, para fins de tráfico, 6 (seis) porções de cocaína, 13 (treze) porções de “crack” e 12 (doze) porções de “maconha”.

A cocaína na forma de “crack” é droga de alto poder viciante, o que justifica a majoração pelo excessivo mal que pode causar à saúde pública, podendo levar os seus usuários até à morte, o que bem revela a maior reprovabilidade da conduta do ora apelante.

Outro não é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

Atento às peculiaridades relacionadas aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, o art. 42 anuncia parâmetros outros para o cálculo da pena-base, esclarecendo que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. III - As circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa. **Na espécie, verifica-se que o v. acórdão impugnado, respeitando os critérios acima referidos, considerou a natureza dos entorpecentes apreendidos (crack e cocaína), para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ.** Tal o contexto, sobretudo por se tratar de circunstância preponderante na fixação da reprimenda, não observo teratologia manifesta no cálculo da reprimenda a justificar a concessão da ordem” (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC n. 694.438/PR1, Ministro Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDF-¹, julgado em 9/11/2021). – grifei.

Existe, portanto, uma circunstância judicial a ser considerada na primeira fase da dosimetria das penas, de modo que a pena basilar deve ser estabelecida 1/6 (um sexto) acima do mínimo.

Trata-se de fração razoável e proporcional ao caso concreto e há muito sedimentada na jurisprudência desta C. Câmara.

A pena-base, assim, no recálculo, é de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, houve compensação parcial da atenuante

da confissão com a agravante da reincidência, por tratar-se o réu de pessoa multirreincidente (condenação transitada em julgado em 2021, pelo delito do art. 33 da Lei nº 11.343/06, cometido 2019, cuja execução da pena está em andamento – autos nº 1500123-42.2019.8.26.0103, fls. 158/159 – e condenação transitada em julgado em 2017, pelo delito do art. 33 da Lei nº 11.343/06, cometido em 2014, cuja execução da pena está em andamento – autos nº 0003665-21.2014.8.26.0103, fls. 157/158).

A respeito, o entendimento do Egrégio Superior de Justiça foi cristalizado na tese firmada no julgamento do Tema Repetitivo 585: *“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.”* – destaquei.

Em atenção aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, entendo que uma condenação definitiva deve ser compensada com a circunstância atenuante da confissão, enquanto a outra deverá ser utilizada para aumentar as penas em 1/6 (um sexto).

Na derradeira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição a serem valoradas.

Assim, as penas totalizam 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Outro não poderia ser o regime inicial de cumprimento da pena reclusiva que não o fechado, ante à quantidade de pena imposta, multirreincidência do réu e circunstância judicial negativa valorada na primeira fase do cálculo.

Ausentes os requisitos previstos em lei, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (artigo 44 do Código Penal) ou em suspensão condicional da execução da pena (artigo 77 do Código Penal).

Posto isso, **dou parcial provimento** ao recurso para diminuir as penas aplicadas ao ora recorrente para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantido o regime inicial fechado.

MARCIA MONASSI
Relatora