



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000386730

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501588-69.2024.8.26.0537, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante DANIEL MARQUES PEREIRA FILHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), MARCOS ZILLI E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

LEME GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

16ª Câmara de Direito Criminal
APELAÇÃO n. 1501588-69.2024.8.26.0537
Comarca: SÃO BERNARDO DO CAMPO
Apelante: DANIEL MARQUES PEREIRA FILHO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO
Voto: 32729

APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Dosimetria. Pena-base elevada na fração de 1/5, em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas. A quantidade de drogas (34g de maconha, 95g de “crack” e 33g de cocaína) não é exorbitante, a ponto de justificar o incremento da pena-base. Circunstância de o apelante ter sido preso em cumprimento de liberdade provisória, concedida em razão da prática de crime análogo, que revela maior reprovabilidade da conduta. Elevação reduzida para a fração de 1/6, em observância ao princípio da proporcionalidade. Na segunda-fase, em virtude do reconhecimento da confissão, a pena tornou ao mínimo legal. Pedido de aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Ações penais e inquéritos policiais em andamento não têm o condão de obstaculizar a aplicação do referido redutor. Inteligência da Súmula 444 do STJ. Inexistência de comprovação nos autos quanto ao trânsito em julgado da ação penal constante na folha de antecedentes do acusado. Apelante tecnicamente primário, surpreendido com quantidade de drogas não excessiva, sem demonstração de que se dedique a atividades ilícitas ou que pertença a organização criminosa. Possibilidade de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu grau mínimo, com fixação de regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por DANIEL MARQUES PEREIRA FILHO contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito Sandra Regina Nostre Marques, da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que, julgando procedente a pretensão deduzida na

denúncia, o condenou à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 129/138).

Em razões de recurso, a Defesa pretende a redução da pena-base, a aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com a consequente fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls. 155/159).

Contrarrazoado o recurso (fls. 172/178), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Alfonso Presti, opina pelo parcial provimento ao recurso defensivo para a fixação da pena-base no mínimo legal (fls. 193/200).

É o breve relatório.

O apelo comporta parcial provimento.

O apelante foi condenado porque, no dia 23 de julho de 2024, por volta das 08h48, na Rua da Educação, n. 100, Bairro Montanhão, na cidade de São Bernardo do Campo, trazia consigo, guardava e vendia, para fins de tráfico, 24 porções de maconha, com massa líquida de 34g, 110 porções de "crack", com massa líquida de 95g, e 142 porções de cocaína, com massa líquida de 33g, sem autorização legal e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta da inicial acusatória que policiais militares diligenciaram até o local dos fatos, movidos por denúncia dando conta da traficância e avistaram o apelante com uma sacola nas mãos, próximo de outras duas pessoas.

Realizada a abordagem policial, nada de ilícito foi encontrado com as referidas pessoas, as quais afirmaram que estavam no local para adquirir drogas do réu.

Em poder do apelante, na sacola que ele trazia consigo, foram localizadas as drogas acima descritas, além da quantia de R\$ 224,00, em dinheiro, um aparelho de telefonia celular e anotações de contabilidade do tráfico.

De início, cumpre asseverar que a materialidade e a autoria quanto ao crime de tráfico de drogas restaram demonstradas a partir do consistente conjunto probatório, de tal modo que tais pontos sequer foram objeto de impugnação no apelo defensivo. A irresignação da Defesa se restringe à diminuição da pena-base, à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e à fixação do regime inicial aberto, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, razão pela qual passo à análise da dosimetria penal e do regime imposto para o seu cumprimento.

Na primeira fase, a pena-base foi elevada na fração de 1/5, fundamentando o d. juízo *a quo* na quantidade de drogas de alto poder vulnerante, além do fato de o acusado ter

cometido o presente delito enquanto gozava de liberdade provisória pela prática de crime análogo, perfazendo 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, no patamar mínimo legal.

Nada obstante o entendimento da i. sentenciante, considero que a apreensão de (34g de maconha, 95g de "crack", bem como 33g de cocaína), apesar de significativa, não se mostra exorbitante, de modo que fica afastada tal consideração para a elevação da pena-base.

No mais, de fato, o réu cometeu o delito ora apurado enquanto gozava de liberdade provisória que lhe fora concedida em 28.02.2024 (fls. 120), o que revela a maior reprovabilidade da sua conduta.

Assim, considerada apenas uma circunstância judicial negativa, em observância ao princípio da proporcionalidade, elevo a pena na fração de 1/6, o que perfaz 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no patamar mínimo legal.

Na segunda fase, reconhecida a confissão, a pena tornou ao mínimo legal de 05 anos de reclusão e pagamento 500 dias-multa, no patamar mínimo legal.

Na terceira fase, o d. juízo *a quo* deixou de aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, ante a seguinte fundamentação: "*Observo que, embora primário, o réu já foi preso no mesmo bairro anteriormente cometendo o mesmo crime (fl.120) a indicar que está envolvido na prática de*

atividades criminosas, o que impede a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.” (fls. 137).

Ocorre que tal condenação (processo n. 1500496-56.2024.8.26.0537, data do fato: 27.02.2024, artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, sentença condenatória proferida em 24.05.2024, fls. 120) não poderia ter sido utilizada para o afastamento da aludida benesse, conforme já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 1139, firmando a seguinte tese: *“É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.”*

A propósito, vale registrar que em consulta ao E-SAJ, verifica-se que contra a referida condenação foi interposto recurso defensivo, pendente de julgamento.

Assim, respeitado o entendimento do d. juízo *a quo* e desconsiderada a aludida condenação como óbice para a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, de rigor a sua aplicação, uma vez que o apelante é tecnicamente primário e a quantidade apreendida de drogas, apesar de significativa, não se mostra exorbitante, e não há provas nos autos de que ele se dedique a atividade criminosa ou que pertença a organização voltada à prática de delitos.

Por outro lado, considero que o redutor não deve ser aplicado em seu grau máximo. Isto porque, a apreensão de (24 porções de maconha, com massa líquida de 34g, 110 porções de “crack”, com massa líquida de 95g, bem como 142

porções de cocaína, com massa líquida de 33g), demonstra uma maior gravidade da conduta do acusado. Em vista disto, diante da quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado, o redutor deve ser aplicado na fração de 1/6, totalizando 04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa, no patamar mínimo legal.

No tocante ao regime inicial fechado, merece alteração, em razão da pena ora fixada e da técnica primariedade do acusado.

Muito embora o § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90 determine o início do cumprimento da pena referente ao delito de tráfico de drogas em regime fechado, a inconstitucionalidade da referida norma já foi reconhecida em controle incidental pelo plenário do Supremo Tribunal Federal¹.

Em vista disto, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser feita com base nas normas gerais estabelecidas no Código Penal.

Com fulcro no artigo 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 deve ser o norte para determinar o regime adequado ao início do cumprimento da reprimenda, respeitados os limites estabelecidos no § 2º, do artigo 33, do mesmo diploma legal.

Todavia, entendo que a consideração de apenas uma circunstância judicial negativa não induz

¹ HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013.

necessariamente à fixação do regime inicial mais gravoso, sendo, *in casu*, a fixação do regime inicial semiaberto suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Nesse sentido, vale mencionar:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL ABERTO. ADEQUAÇÃO. 1. No caso, considerando a pena final aplicada aos agravados, que não ultrapassa 4 anos de reclusão, e a primariedade, adequada a fixação do regime aberto, não obstante a presença de circunstância judicial desfavorável. 2. O "§ 3º do art. 33 do CP, segundo o qual o regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância aos critérios do art. 59 do mesmo diploma legal, não impõe ao julgador, presente circunstância judicial desfavorável, a obrigatoriedade de estabelecer regime mais gravoso, quando aquele cominado ao quantum de pena imposta se mostre suficiente à reprovação do delito" (REsp n. 1.746.489/DF, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/4/2019, DJe 3/5/2019). 3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no AREsp: 1.476.225/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, j. 03.08.2021 03/08/2021, T6 - SEXTA TURMA, DJe 12.08.2021).

Com efeito, não pode a gravidade abstrata do crime ser suscitada para fixar o regime mais radical, conforme entendimento da Corte Suprema, também sumulado:

Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A par disso, há reiteradas decisões de nossos tribunais admitindo regime inicial menos gravoso para os condenados por tráfico:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES.** MINORANTE AFASTADA MEDIANTE FUNDAMENTO VÁLIDO. RELEVANTE QUANTIDADE DE DROGAS ALIADA AO ENVOLVIMENTO DO RÉU COM O TRÁFICO QUANDO ADOLESCENTE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. RECRUDESCIMENTO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 440/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias concluíram fundamentadamente pela inaplicabilidade da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na presente hipótese, considerando a quantidade de droga apreendida - 1875,00g de maconha e 61,98g de cocaína -, aliada ao envolvimento do condenado com o tráfico quando adolescente, o que indica sua dedicação à atividade criminosa, sendo imprópria a revisão do entendimento na via do especial, por implicar indevida incursão fático-probatória, consoante dispõe a Súmula 7/STJ.

2. **Tratando-se o réu é primário, com bons antecedentes e circunstâncias judiciais favoráveis, faz jus ao regime semiaberto para o cumprimento da pena,** conforme dispõe a Súmula 440/STJ, segundo a qual: fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

3. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial e dar-lhe parcial provimento, apenas para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena, mantida, no mais, a pena fixada no acórdão impugnado.

(AgRg no AREsp 1676702/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020)

Portanto, como já dito, não justifica a fixação de regime inicial mais gravoso, a consideração de apenas uma circunstância judicial negativa, porquanto as demais circunstâncias foram consideradas favoráveis ao réu.

Desta forma, não há impedimento legal no presente caso para a concessão de regime prisional menos gravoso, até porque a Lei de Drogas não faz nenhuma referência ao regime inicial.

Sendo assim, diante da primariedade do apelante, bem como do *quantum* de pena, superior a quatro anos de reclusão, entendo que a fixação do regime inicial semiaberto é adequada para a reprovação e prevenção do delito, nos termos do que dispõe o artigo 33, §2º e §3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal.

Por fim, cumpre ressaltar que diante da pena, ora fixada, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, conforme determina o artigo 44, do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir a pena imposta a *DANIEL MARQUES PEREIRA FILHO* para 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 416 dias-multa, no patamar mínimo legal, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

LEME GARCIA

Relator