



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000401587

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500181-14.2024.8.26.0574, da Comarca de Cerqueira César, em que é apelante FABIO LUIZ PENAQUINE, 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: **Deram parcial provimento ao apelo interposto pelo réu Fabio Luiz Penaquine, somente para reduzir sua pena pecuniária para 608 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo, no mais, a sentença de primeiro grau. 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, 25 de abril de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500181-14.2024.8.26.0574

Comarca de Cerqueira César – 1ª Vara

Apelante: Fábio Luiz Penaquine

Apelado: Ministério Público

Voto nº 28657

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE – NÃO ACOLHIMENTO - Tendo sido apreendida em poder do réu significativa quantidade de drogas, a demonstrar o alto grau de reprovabilidade da sua conduta, merecendo, por isso, tratamento mais severo, de rigor a majoração da pena-base. Recurso parcialmente provido, somente para reduzir a pena pecuniária.

Vistos.

Fábio Luiz Penaquine interpôs recurso de Apelação da r. sentença datada de 09.08.2024, prolatada pela MMª Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cerqueira César, que o condenou à pena de 06 anos, 01 mês e 03 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 610 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (fls. 295/306).

Em suas razões, a Defesa requereu a fixação da pena-base no mínimo legal e a compensação integral da circunstância

atenuante da confissão com a circunstância agravante da reincidência (fls. 355/361).

Por sua vez, o Ministério Público, nas contrarrazões, reiterou as alegações finais e requereu o não provimento do recurso (fls. 365/368).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou, também, pelo não provimento do apelo (fls. 384/391).

É o relatório.

O ora apelante e Bruna Cristina Paulos foram denunciados como incursos nos artigos 33, “caput”, e 35, “caput”, ambos da Lei nº 11.343/06, porque, em datas e locais incertos, porém até o dia 20.04.2024, por volta das 11h51, na Rua Antônio Cortes Garcia, 112, Nossa Senhora de Fátima, na cidade e Comarca de Cerqueira César, associaram-se entre si para o fim de praticar o crime de tráfico de drogas; e porque, no dia 08.04.2024, por volta das 11h35, na Rua Seis com a Rua José Dias Moralli, 22, Recanto dos Pássaros, na cidade e Comarca de Cerqueira César, após adquirir de maneira espúria, os acusados guardavam, mantinham em depósito e traziam consigo, para fins de consumo de terceiros, 01 porção de maconha, pesando 11,44g, 02 porções de maconha, pesando 49,35g, e 02 porções de maconha, pesando 392,87g, substância que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 106/108).

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença que o condenou como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, e o absolveu do delito de associação para o tráfico, com fundamento no

artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, bem como absolveu a corré Bruna de todas as imputações, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em que pesem as alegações da Defesa, o recurso não pode ser provido, exceto para reduzir a pena pecuniária, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele, no mais, foi avaliado com propriedade pela MM^a. 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. 10/14), do auto de exibição e apreensão (fls. 15/16), das fotografias (fls. 40/45), do laudo de constatação preliminar (fls. 18/21), dos laudos de exame químico toxicológico (fls. 75/77, 78/81, 82/85, 86/89 e 90/93), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste, tendo em vista que a confissão do réu em Juízo foi corroborada pelos demais elementos de provas trazidos aos autos, tais como os depoimentos das testemunhas Everton Carlos de Oliveira e Osvaldo de Oliveira Júnior, policiais militares, e da testemunha Willians Victor de Jesus da Silva (287 – gravação audiovisual).

Por outro lado, as testemunhas Giovani Aparecida Batista, Maria Aparecida Batista da Silva, Andreia Cristina Rodrigues André e Franklin José Luiz, arroladas pela Defesa da corré Bruna, em nada contribuíram para a elucidação dos fatos, pois se

limitaram a mencionar fatos relacionados à acusada (fls. 287 – gravação audiovisual).

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

Quanto às penas, a sentença merece pequeno 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 das drogas apreendidas, fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 05 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão, o que se mostrou adequado, pois foram apreendidas 01 porção de maconha, pesando 11,44g, 02 porções de maconha, pesando 49,35g, e 02 porções de maconha, pesando 392,87g, a demonstrar o alto grau de reprovabilidade da conduta do acusado, merecendo, por isso, tratamento mais severo.

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).*

Cumprе ressaltar que o legislador, ao estabelecer a pena-base de crime de tráfico, levou em consideração a gravidade da conduta em abstrato, e não especificamente a quantidade e a natureza de drogas apreendidas e as consequências da apreensão de uma maior quantidade, tanto que no artigo 42 da Lei nº 11.343/06 o próprio legislador estabelece que o magistrado deve se atentar a

quantidade e a natureza de entorpecentes para fixar a pena-base, pois, como exposto, uma maior quantia de drogas de maior efeito nocivo pode atingir um número maior de usuários e gerar consequências muito mais graves, evidenciando uma maior reprovabilidade da conduta.

Consigne-se ainda, por oportuno, que o Código Penal não estabeleceu um parâmetro rígido acerca do aumento que deve ser realizado em razão das circunstâncias judiciais previstas no seu artigo 59, sendo certo que o *quantum* de aumento deve ser analisado no caso concreto, ocasião em que se pode aferir, com maior precisão, a gravidade da circunstância desfavorável apontada, sendo certo que o mesmo entendimento deve ser adotado para o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Desta forma, *in casu*, sendo significativa a quantidade de drogas apreendidas, de rigor um aumento maior da pena-base.

Destaca-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” (STJ, 2ª Turma, HC 76.196/GO, rel. Min. Maurício Correa, RTJ, 176/742 ou Guilherme De Souza Nucci, Individualização da Pena, 1ª ed., RT, 2005, págs. 338-9, nota 5, grifei).

Já com relação à pena pecuniária, a magistrada fixou-a em 563 dias-multa, no valor unitário mínimo. Todavia, por

integrar o preceito secundário do tipo, a pena pecuniária deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, e a ela ser dispensado o mesmo raciocínio esposado quando do cálculo da reprimenda corporal, seguindo o mesmo critério matemático, razão pela qual, tendo a pena privativa de liberdade sido fixada 1/8 acima do mínimo legal, o mesmo cálculo deve ser realizado para a pena pecuniária, resultando, portanto, em 562 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase, reconhecidas a circunstância atenuante da confissão espontânea e a circunstância agravante da reincidência (fls. 192 – Processo nº 1506385-69.2020.8.26.0136), a magistrada compensou-as parcialmente, majorando as penas em fração equivalente a 1/12, resultando em 06 anos, 01 mês e 03 dias de reclusão e, agora, pagamento de 608 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Consigne-se que que, a despeito do entendimento deste Relator ser no sentido de que a circunstância agravante da reincidência pode ser compensada com a circunstância atenuante da confissão espontânea, porquanto ambas têm caráter preponderante (artigo 67 do CP), e de que, tratando-se de reincidência específica, como *in casu*, a compensação deve ser parcial, a Colenda 8ª Câmara Criminal consolidou posicionamento de que a circunstância agravante da reincidência é preponderante, não podendo sequer ser compensada com a atenuante. Assim, o pedido da Defesa de compensação integral das circunstâncias não pode ser acolhido e, ainda, considerando que a reincidência é específica, anoto que o réu foi inclusive beneficiado com o aumento de somente 1/12, pois seria adequado aumento em patamar maior. Todavia, a sentença, neste ponto,

não pode ser objeto de reforma, ante a impossibilidade da “*reformatio in pejus*”.

Consigne-se ainda que, na terceira fase, deixou-se corretamente de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por ser o réu reincidente, inclusive específico, o que torna irrelevante qualquer discussão quanto aos demais requisitos para concessão desse benefício.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não apenas em razão da quantidade de pena aplicada e da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, face à reincidência específica. Soma-se a isto que, *in casu*, ante a evidência de não se tratar de pequeno e eventual traficante, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas, somadas à quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, e à apreensão de faca a balança de precisão, 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, além de ser o réu reincidente específico, a quantidade de entorpecentes

aprendidos demonstra a altíssima reprovabilidade da sua conduta.

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

Pelas mesmas razões, não há que se cogitar da fixação de outro regime, que não o fechado, estabelecido na sentença.

Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas da reincidência e das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo interposto pelo réu Fabio Luiz Penaquine, somente para reduzir sua pena pecuniária para 608 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo, no mais, a sentença de primeiro grau.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator