



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000444857

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501137-83.2024.8.26.0621, da Comarca de Lorena, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado WELLINGTON HENRIQUE DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Ante o exposto, deram parcial provimento ao recurso Ministerial para afastar o redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas e redimensionar a pena total para cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três diárias mínimas, em regime inicial fechado, bem como, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos anteriormente imposta, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Após o trânsito em julgado, expeça-se o mandado de prisão. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) E FREITAS FILHO.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

KLAUS MAROELLI ARROYO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

**APELAÇÃO CRIMINAL nº 1501137-83.2024.8.26.0621 – VARA
CRIMINAL DA COMARCA DE LORENA
7ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL
APELANTE: JUSTIÇA PÚBLICA
APELADO: WELLINGTON HENRIQUE DOS SANTOS**

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

Wellington Henrique dos Santos foi condenado por tráfico de drogas, com pena inicial de um ano, onze meses e dez dias de reclusão em regime aberto. A Justiça Pública recorreu para majoração da pena-base, afastamento do redutor do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, fixação de regime fechado e afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a adequação da pena-base, (ii) a aplicação do redutor do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas (iii) fixação do regime fechado.

III. Razões de Decidir

3. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, considerando a quantidade e natureza das drogas apreendidas, conforme entendimento do STJ.

4. O redutor do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas foi afastado, pois o réu demonstrou dedicação a atividades criminosas, não reunindo mérito para o benefício.

5. Em virtude do binômio da reprovabilidade da conduta e suficiência das sanções impostas – Regime inicial fechado adequado à gravidade concreta do delito e às circunstâncias pessoais do agente.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso parcialmente provido para afastar o redutor do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, redimensionar a pena para cinco anos e dez meses de reclusão em regime fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tese de julgamento: 1. A quantidade e natureza das drogas justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. 2. A dedicação a atividades criminosas afasta a aplicação do redutor do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Legislação Citada:

Lei 11.343/06, art. 33, caput e §4º; Código Penal, art. 59;

Código de Processo Penal, art. 599.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC 549.340/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06.04.2021; STJ, AgRg no HC 694.765/MA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 19.10.2021.

VOTO Nº 13115

WELLINGTON HENRIQUE

DOS SANTOS foi condenada, pela r. sentença de fls. 164/166, cujo relatório adota-se, como incurso no artigo 33 “caput”, c.c. artigo 33 §4º, ambos da Lei 11.343/06, ao cumprimento de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) diárias mínimas, em regime inicial aberto.

Inconformada, recorreu a Justiça Pública para pleitear a majoração da pena-base, afastamento do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, fixação do regime fechado e, por conseguinte, o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 195/201).

Contrarrazões às fls. 206/216.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 231/238).

É o relatório.

Segundo consta, no dia 12 de outubro de 2024, por volta das 20h, na Rua Embaúba, via pública, Loteamento Residencial Campo dos Ipês, na cidade e Comarca de Lorena, WELLINGTON HENRIQUE DOS SANTOS, trazia consigo, tinha em depósito e guardava, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, para fins de entrega e fornecimento a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, 101,64 (cento e um gramas e sessenta e quatro centigramas) de cocaína, distribuídas em 122 pinos e um "tijolo" e 527,57 (quinhentos e vinte e sete gramas e cinquenta e sete centigramas) de Tetrahydrocannabinol (THC), substâncias essas que causam dependência física e psíquica.

A materialidade restou demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 12/14), auto de exibição e apreensão (fls. 12/14), laudo de constatação (fls. 20/27) e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 161/163).

A prova material bem como a prova oral colhidas foram aptas a lastrear o decreto de rigor, acerca da qual nenhuma das partes se insurgiu.

Verifica-se que a Justiça Pública apenas não se conformou com o cálculo dosimétrico no que toca à

fixação da pena-base no mínimo legal, bem como, requereu o afastamento do redutor previsto no §4º da Lei de Drogas e a fixação do regime fechado.

Desta forma, ausente qualquer tipo de matéria a ensejar a manifestação desta Corte, *ex-officio*, passa-se à análise dos pleitos ministeriais, nos termos do artigo 599 do Código de Processo Penal.

Em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, na fração da sexta parte, ou seja, cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três diárias mínimas, o que será mantido, em que pese o pleito Ministerial, pois, para fins de incremento da basilar, o fato da quantidade, diversidade e poder vulnerante do entorpecente no caso em tela, não implica em majoração maior do que àquela fixada pelo Juízo “*a quo*”.

Destaca-se que o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que “*de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado*” (STJ - HC 549.340/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe

09/04/2021).

Pena que se tornará definitiva, eis que ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como, causas de aumento ou diminuição a serem consideradas.

Isto porque, a incidência da diminuição da pena do artigo 33, parágrafo quarto da Lei de Drogas fica afastada, uma vez que tal benefício se destina ao agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Com efeito, embora primário (fls. 128/132), ficou demonstrado através do conjunto probatório que as atividades exercidas pelo apelante não eram as de traficante ocasional e solitário; pelo contrário, a ele foi confiada a venda de valiosa quantidade de entorpecentes, sem olvido de que praticava o delito juntamente com outros indivíduos, em local conhecido como ponto de venda de drogas, o que demonstra não ser novato na atividade criminosa, mas sim sua habitualidade e dedicação à narcotraficância, se utilizando dela como meio de vida, não reunindo mérito para o benefício.

Nesse rumo, cumpre consignar que o E. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que *“não há bis in idem quando, além da quantidade de drogas apreendidas, há outros elementos concretos dos autos que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra*

organização criminosa” (STJ - AgRg no HC 694.765/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021), o que efetivamente se demonstrou no caso em tela.

Quanto ao regime, reconhecida a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, é possível a fixação de regime prisional distinto do fechado para o início do cumprimento de pena imposta ao condenado por tráfico de drogas, devendo ser analisado não só o “quantum” da pena fixada, a natureza ou a quantidade da droga, além do artigo 59, como determina o artigo 33, parágrafo terceiro, ambos do Diploma Substantivo Penal.

	Colacionado	entendimento
hodierno do C. STJ:		

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

As instâncias ordinárias negaram a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em face da

quantidade da droga apreendida, além das circunstâncias apuradas na instrução processual, evidenciarem a dedicação do réu a atividades criminosas. Esse entendimento está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte e a sua reforma constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Precedentes.

O Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal – CP. In casu, a quantidade da droga apreendida – 727,1g de maconha – utilizada na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justifica a fixação do regime prisional mais gravoso. 4. Agravo

regimental desprovido. (AgRg no HC 513455 (2019/0159001-2 - 05/08/2019) Min. JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 25/06/2019).

No caso em tela, não só com as consequências do crime, a quantidade e natureza das drogas, as circunstâncias pessoais do agente que fazia do crime seu meio de vida, como a gravidade concreta das circunstâncias em que se apresentou o tráfico de entorpecentes praticado, exigem maior rigor Estatal.

Destarte, fixado o desconto da reprimenda corporal em regime fechado, posto que os demais desatendem o binômio da reprovabilidade da conduta e suficiência das sanções impostas e por ser o único apto a atingir a função preventiva da pena de inibir a prática de novas ações delituosas, em conformidade com o artigo 33, §3º do Código Penal.

Nos mesmos moldes, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça.

Apesar de reconhecida a inconstitucionalidade da vedação prevista na parte final do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei de Drogas, para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, se faz necessário preencher os requisitos do

artigo 44 do Código Penal, o que não ocorreu nos presentes autos.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso Ministerial para afastar o redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas e redimensionar a pena total para cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três diárias mínimas, em regime inicial fechado, bem como, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos anteriormente imposta, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Após o trânsito em julgado, expeça-se o mandado de prisão.

KLAUS MAROUELLI ARROYO
RELATOR