



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000005270

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501377-58.2022.8.26.0616, da Comarca de Suzano, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados JOSUÉ PEREIRA DE ARAUJO e VÍTOR HUGO LIMA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **negaram provimento ao recurso do Ministério Público e, de ofício, aplicaram a "reformatio in melius", para reconhecer a atenuante da menoridade relativa do acusado Josué Pereira de Araújo e a atenuante da confissão espontânea do réu Vitor Hugo Lima da Silva e manter suas penas em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, mantido o regime inicial aberto, e o pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mantida, também a substituição das penas privativas de liberdade só que por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo tempo da pena privativa e o pagamento de dez (10) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, conforme anteriormente justificado, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) E NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501377-58.2022.8.26.0616

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: JOSUÉ PEREIRA DE ARAÚJO e outro

Comarca: Suzano

Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Fernando Oliveira Camargo

Voto nº 10801

Tráfico de drogas – Materialidade e autoria demonstradas – Conjunto probatório satisfatório – Condenação mantida – Réus primários – Pena-base fixada no mínimo legal – Na segunda fase, reconhecida a atenuante da menoridade relativa do réu Josué Pereira de Araújo (folha 11) e a atenuante da confissão espontânea do acusado Vitor Hugo Lima da Silva, na fase policial, porém, elas não podem reduzir as penas aquém dos mínimos legais (Súmula 231 do STJ) – Redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas no índice de dois terços (2/3) mantido, em razão da primariedade dos réus – Regime prisional inicial aberto mantido - Substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e uma pena de multa em virtude de *reformatio in melius* aplicada de ofício – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO.

Através da respeitável sentença de folhas 241/245, **VITOR HUGO LIMA DA SILVA e JOSUÉ PEREIRA DE ARAÚJO**, qualificados nos autos, foram condenados, cada qual, a cumprir pena de um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, fixado o regime aberto, e ao pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, “caput”, da lei nº 11.343/06. Substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos para cada um dos acusados, consistentes no pagamento de prestação pecuniária no importe de um salário-mínimo vigente à época do fato e prestação de serviços à comunidade, tudo em favor de entidade a ser estabelecida pelo Juízo das Execuções Criminais. Concedido aos réus o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, o Ministério Público recorre (folha 260) e requer a

alteração do critério de cálculo, visando o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06 ou a aplicação do redutor no índice mínimo de um sexto (1/6); a fixação do regime prisional inicial fechado e o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (folhas 261/271).

Os réus Josué Pereira de Araújo e Vitor Hugo Lima da Silva não recorrem (folhas 251 e 286), tendo transitado em julgado a sentença para eles e suas Defesas, conforme certidão constante da folha 288 dos autos.

As contrarrazões da Defesa foram oferecidas nas folhas 276/281.

A d. Procuradoria de Justiça, em sua manifestação de folhas 297/299, opinou pelo provimento do recurso do Ministério Público.

É o relatório.

Observe, primeiramente, que o recurso de apelação do Ministério Público devolve ao Tribunal o exame do mérito e da prova, portanto, em caso de erro na condenação ou na dosimetria da pena, não está impedido de corrigi-lo em favor do réu, ante o disposto no artigo 617 do Código de Processo Penal, que somente veda a *reformatio in pejus* e não a *reformatio in melius*, que é o caso dos autos.

Consta da denúncia (folhas 01/02) que: *“no dia 14 de junho de 2022, por volta das 14h00, na Rua Claudemar Otávio Oliveira, 927, Jardim Luella, nesta cidade e comarca de Suzano, VITOR HUGO LIMA DA SILVA e JOSUÉ PEREIRA DE ARAÚJO, agindo em concurso e com unidade de desígnios, traziam consigo, para fins de tráfico, 16 (dezesseis) porções de cocaína, com massa líquida de 13,12g; 16 (dezesseis) porções de cocaína na forma de “crack”, com massa líquida de 1,81g; e 31 (trinta e uma) porções de maconha, com massa líquida de 38,21g, drogas de uso proscrito nos termos da Portaria nº 344/98 da ANVISA, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 13/14, laudo de constatação de fls. 27/30 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 120/122.*

Segundo o apurado, nas circunstâncias de tempo e local acima declinadas, os denunciados traziam consigo as drogas acima mencionadas em uma

sacola de plástico, todas destinadas a fomentar o tráfico ilícito na região.

Guardas municipais durante patrulhamento de rotina pelo local, já conhecido pela intensa venda de drogas, visualizaram os increpados em atitude suspeita. Ao notarem a aproximação dos agentes estatais, eles tentaram empreender fuga e VITOR dispensou a sacola que traziam.

Realizada a abordagem, na sacola arremessada, os guardas localizaram as drogas acima discriminadas (16 porções de cocaína, 16 de crack e 31 de maconha), além da quantia de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais).

Indagados informalmente e perante a autoridade policial, os denunciados confessaram que Josué era o responsável pela campana (função conhecida como “olheiro”) e Vitor pelas vendas (fls. 09/10).

As circunstâncias em que se deram os fatos, notadamente a apreensão das drogas, a quantidade e a forma como estavam embaladas, a quantia em dinheiro e a confissão dos denunciados não levam à ideiação outra, senão a de que as substâncias entorpecentes, efetivamente, pertenciam a eles e se destinavam ao tráfico.”.

A materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (folhas 03 – 08/14 – 17/28 e 112/114), boletim de ocorrência (folhas 04/07), auto de exibição e apreensão (folhas 15/16), laudo de constatação (folhas 29/32), laudo do exame químico-toxicológico definitivo (folhas 122/124), e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é certa tanto que sequer foi questionada pela defesa e pelo Ministério Público e restou bem demonstrada pelas folhas 242/243 da sentença: *“Bruno Roberto Moreira Floridi, guarda municipal, em juízo, disse que estava em patrulhamento e foram parados por uma senhora que disse que havia duas pessoas na prática de tráfico de entorpecentes. Foram até o local e os dois empreenderam fuga sendo que um deles dispensou uma sacola. Conseguiram deter os dois e, neste momento Vitor confessou que estava traficando e o outro disse que era o olheiro. Foi o Vitor quem dispensou a sacola. Na sacola havia uma certa*

quantia de entorpecente e dinheiro, mas não se recorda a quantidade. No momento em que os avistaram eles estavam um pouco afastados um do outro, mas fugiram na mesma direção. Eles não mencionaram muitos detalhes sobre a prática, apenas que trabalhavam por diária. Não conhecia os acusados antes dos fatos. Estavam próximos ao local porque estavam patrulhando em razão da existência de escolas municipais, mas foram até o local para abordar os acusados em razão da solicitação de uma munícipe. O motivo da abordagem se deu em razão da solicitação dela, da fuga deles, não presenciaram atos de traficância. Os entorpecentes foram apreendidos a cerca de sete metros de distância dos acusados.

O guarda municipal Rodrigo Lourenço Batista, em juízo, afirmou que patrulhavam pelo local dos fatos quando foram acionados por uma munícipe que relatava atos de traficância nas proximidades. Diante disso, foram até o local e eles empreenderam fuga a pé, um deles dispensou uma sacola e saíram correndo. Conseguiram deter os dois e um deles, ao ser abordado, confessou o tráfico. Verificaram a existência de entorpecentes e dinheiro. Um deles confessou ser o traficante e o outro disse ser o olheiro. A munícipe lhes acionou em via pública, nesta oportunidade ela passou as vestimentas dos supostos traficantes. Assim que eles avistaram a viatura empreenderam fuga, sendo que um dispensou a sacola. Quem dispensou a sacola foi o que confessou a tráfico de entorpecentes. Ao serem avistados eles estavam juntos, um próximo ao outro. Eles correram para a mesma direção. O dinheiro localizado estava todo na sacola.

No ato de seu interrogatório o réu JOSUE, em juízo, permaneceu em silêncio.

O réu VITOR, disse, em juízo, que permaneceu em silêncio.”.

Foram apreendidos 13,12 gramas de “cocaína”, dispostos em dezesseis (16) invólucros; 1,81 gramas de “crack”, dispostos em dezesseis (16) eppendorfs e 38,21 gramas de “maconha”, dispostos em trinta e uma (31) porções (conforme auto de exibição e apreensão de folhas 15/16, laudo de constatação de folhas 29/32 e laudo do exame químico toxicológico definitivo de folhas 122/124).

Desse modo, não havendo dúvidas sobre a materialidade e autoria delitivas, a condenação será mantida.

Passo à análise das penas.

Na **primeira fase** do artigo 68 do Código Penal, considerando o critério do artigo 59 do Código Penal, o MM. Juiz sentenciante fixou as penas básicas para os acusados nos mínimos legais, no importe de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em razão de suas primariedades (certidões de folhas 38/39 e 41/43).

Na **segunda fase**, ausentes agravantes a serem consideradas e como o réu Josué Pereira de Araújo era menor relativamente à época dos fatos (folha 11) e o acusado Vitor Hugo Lima da Silva, na fase policial, confessou os fatos (folha 12), entendo aplicável a circunstância atenuante da menoridade relativa e da confissão espontânea, respectivamente; entretanto, como a pena-base foi fixada no piso mínimo e por ter incidência o teor da Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, resta mantida a pena de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na **terceira fase**, o MM. Juiz Sentenciante considerou cabível a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão da primariedade dos réus (certidões de folhas 38/39 e 41/43) e não haver qualquer indicativo de que eles se dediquem a atividade criminosas ou integrem organização criminosa. Nota-se que a certidão de folha 43 da infância de Juventude, embora retrate atos infracionais, não menciona quais as infrações cometidas pelo réu Vitor Hugo Lima da Silva quando adolescente. Portanto, não serão considerados para obstar o redutor. Verifica-se, ainda, que a quantidade das drogas (menos de cinquenta e cinco gramas) não é exagerada a ponto de obstar o redutor ou mesmo a redução no índice mínimo. Desse modo, foi possível aplicar o redutor em seu grau máximo, na fração de dois terços (2/3), fixando as penas em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

De acordo com a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é possível utilizar a quantidade de drogas para impedir a aplicação do

redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que essa mesma circunstância preponderante (artigo 42 da Lei 11.343/2006) deve ser utilizada, se o caso, na primeira fase de aplicação da pena. Além disso, a quantidade de drogas apreendidas, por si só, não permite presumir a dedicação a atividades criminosas. Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção desta Corte Superior que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.(...)” (STJ: AgRg no HC 904495/MS, julgado em 27/05/2024);

“(…)4. Ainda, acerca do tema, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de

diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator o Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).(…)” (STJ: AgRg no HC 859826/RS, julgado em 20/05/2024).

Ante as penas fixadas e as circunstâncias judiciais favoráveis aos réus, correta a fixação do regime **aberto**, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal. A gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo, entendimento que está em consonância com as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. Além disso, a Suprema Corte, em julgamento do ARE 1.052.700/MG, com repercussão geral, reafirmou o entendimento julgado de forma incidental pelo Plenário, no julgamento do HC 111.840/ES, de que é inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da lei 8.072/1990, conforme ementa que segue:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal."

A fixação de regime fechado ou semiaberto, no caso concreto, fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, beirando a injustiça o fato de os réus primários, condenados à pena de um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, serem submetidos a um regime mais gravoso de cumprimento da reprimenda, salientando-se a regra disposta no artigo 33, § 2º, do Código Penal. Observo que a quantidade e natureza das drogas, no caso dos autos, não são relevantes o suficiente para impedir a fixação do regime prisional mais brando.

Correta, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que a Resolução nº 5 do Senado, publicada em 16 de

fevereiro de 2012, com efeito *erga omnes*, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", inserida no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, consagrando o princípio constitucional da individualização da pena.

Desse modo, cabe ao Julgador verificar a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 e seguintes do Código Penal.

Tendo em vista as condições pessoais dos acusados, que são primários e que foram beneficiados com o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo, e consoante entendimento esposado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no paradigmático *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, de fato é viável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, as penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direitos em favor de cada um dos acusados, consistentes no pagamento de prestação pecuniária no importe de um salário-mínimo vigente à época do fato e prestação de serviços à comunidade, tudo em favor de entidade a ser estabelecida pelo Juízo das Execuções Criminais.

Contudo, a prestação pecuniária de um (01) salário-mínimo deve ser afastada e aplicada a pena pecuniária consistente no pagamento de dez (10) dias-multa nos termos do artigo 49 do Código Penal, que é mais benéfica aos réus.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso do Ministério Público e, de ofício, aplicando-se a *reformatio in melius*, para reconhecer a atenuante da menoridade relativa do acusado Josué Pereira de Araújo e a atenuante da confissão espontânea do réu Vitor Hugo Lima da Silva e manter suas penas em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, mantido o regime inicial aberto, e o pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Mantida, também a substituição das penas privativas de liberdade só que por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo tempo da pena privativa e o pagamento de dez (10) dias-multa, no valor unitário mínimo legal,**

conforme anteriormente justificado, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, **observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal.**

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator