



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
São Paulo

Registro: 2025.0000306782

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1500469-62.2023.8.26.0552/50000, da Comarca de Leme, em que é embargante THIAGO ALEXANDRE DA SILVA, é embargado COLENDIA 8ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, rejeitaram os presentes embargos, vencido o E. 3º Juiz, Exmo. Sr. Des. Sérgio Ribas, que os acolhia.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente), SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN E JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 27 de março de 2025

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
São Paulo

Embargos Infringentes nº 1500469-62.2023.8.26.0552/50000

Comarca de Leme – Vara Criminal

Embargante: Thiago Alexandre da Silva

Embargado: Ministério Público

Voto nº 28764

EMBARGOS INFRINGENTES – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE - Existindo nos autos evidências de não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante, mas de pessoa envolvida na atividade criminosa do tráfico, incabível a aplicação da redução da pena com base no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Embargos rejeitados.

Vistos.

Thiago Alexandre da Silva opôs Embargos Infringentes em face do V. Acórdão de fls. 179/185, que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso de Apelação por ele interposto; vencido, em parte, o E. Relator Sorteado, que dava parcial provimento ao recurso, apenas para readequar as penas fixadas, passando para 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, e 416 dias-multa, no piso legal, por incurso no artigo 33, “caput”, e § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Em suas razões, pleiteou o embargante, apoiado no voto minoritário do eminente Desembargador Sérgio Ribas, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, com a redução da pena aplicada e a fixação do regime inicial aberto (fls. 01/04 do Incidente).

Recebido e processado o recurso, opinou a D.

Procuradora Geral de Justiça pela sua rejeição (fls. 07/12 do Incidente).

É o relatório.

O ora embargante foi denunciado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 07.10.2023, por volta das 22h30min, na Rua Cristiano Harder, Jardim Residencial Santa Maria, na cidade e Comarca de Leme, guardava e trazia consigo, para fins de tráfico, 42 porções de “crack”, pesando 9,7g; e 34 porções de maconha, pesando 38g, substâncias que causam dependência física e psíquica, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (fls. 48/49).

Após regular instrução, sobreveio a sentença que o condenou, nos termos da denúncia, à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal (fls. 111/124), sentença essa que foi confirmada pelo V. Acórdão proferido por esta C. Câmara de Direito Criminal, que, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido em parte o E. Relator Sorteado, que dava parcial provimento ao recurso, somente para aplicar a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração de 1/6, reduzindo-se a pena para 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo legal (fls. 179/185).

Em que pesem as razões apresentadas pela Defesa e aquelas desfiladas no r. voto minoritário, acompanho o entendimento manifestado pela douta maioria, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não se mostra adequada ao

caso.

Com efeito, *in casu*, não era mesmo possível aplicar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado “poderá” reduzir a pena fixada ao agente, de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Todavia, no caso dos autos, apesar de o réu ser primário e não ter maus antecedentes, restou amplamente demonstrado que ele se dedicava à atividade criminosa, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de drogas (42 porções de “crack”, pesando 9,7g; e 34 porções de maconha, pesando 38g), o que afasta definitivamente o reconhecimento de tal benefício.

Frise-se, neste ponto, que a quantidade de entorpecentes pode sim ser considerada na terceira fase, eventualmente, para a não aplicação, ou para a modulação, da causa especial de diminuição da pena, cujo objetivo é beneficiar o traficante pequeno e eventual. No caso dos autos, conforme exposto, houve a apreensão de significativa quantidade de drogas, o que evidencia que não se tratava de pequeno traficante e indica habitualidade na prática criminosa.

Nesse contexto, respeitado o entendimento da douta minoria, entendo que a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 não se mostrou adequado ao caso, razão pela qual mantenho o afastamento.

Em relação à fixação do regime inicial, entendo que, conforme disposto na sentença monocrática, o regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, pois a fixação

de regime diverso (aberto ou semiaberto) não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão 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, por não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante, tendo em vista, a variedade e a quantidade de drogas, somadas à apreensão de quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado *in casu*.

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 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.

No mais, ainda que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, por maioria, tenha deferido a ordem e declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, portanto, o regime integral fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos e assemelhado, posteriormente, houve por bem o Poder Legislativo editar a Lei nº 11.464/2007, para disciplina da Lei nº 8.072/90, estabelecendo, sim, a obrigatoriedade do regime fechado para os agentes dos crimes em comento, mas apenas para o início do desconto da pena privativa de liberdade.

A dinâmica da realidade fez com que, já em face do novo diploma legal, a Suprema Corte declarasse, *incidenter tantum*,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
São Paulo

também a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com o especial escopo de expungir a obrigatoriedade do regime fechado, ainda que para o limiar da execução penal.

Contudo, saliento que a declaração de inconstitucionalidade da norma que estabelece o regime inicial fechado aos agentes condenados por crimes hediondos e assemelhados, recentemente proclamada pela Suprema Corte, não tem reflexo sobre os casos em geral, mormente em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas *inter partes*, enquanto não acionado o mecanismo previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Dessa forma, como não publicada ainda a correspondente resolução por parte do Senado Federal, pode-se afirmar que a norma infraconstitucional em questão ainda conserva a sua validade e eficácia, não tendo como se falar em inconstitucionalidade.

Ante o exposto, rejeito os presentes embargos.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA
Relator