



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000307458

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501942-09.2024.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D Oeste, em que é apelante MATHEUS GABRIEL DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E TOLOZA NETO.

São Paulo, 29 de março de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9459

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1501942-09.2024.8.26.0533

Apelante: Matheus Gabriel dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Santa Bárbara D'oeste

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Sentença condenatória mantida. Materialidade e autoria comprovadas. Recurso do réu. Dosimetria escorreita. Pena-base fixada no mínimo legal. Inaplicável o redutor de pena insculpido no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Particularidades do caso concreto revelam que o réu, conquanto primário, se dedica à atividade criminosa e faz do tráfico seu meio de vida. Regime semiaberto mantido. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Matheus Gabriel dos Santos contra a r. sentença (fls. 121/129) que julgou procedente a ação penal para condená-lo, por infração artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal.

Em suas razões recursais (fls. 151/161), o apelante requereu o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fixação do regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a redução da multa aplicada, bem como a concessão do benefício de justiça gratuita.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 164/167), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 174/177).

É o relatório.

Consta dos autos que o apelante **MATHEUS GABRIEL DOS SANTOS**, foi processado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, segundo consta na denúncia, no dia 15 de maio de 2024, por volta de 07h, na Rua Thiago Azevedo dos Santos, nº 12, Frezzarin 2, na cidade e comarca de Santa Bárbara D'oeste, guardava, para posterior entrega a consumo de terceiros, 14 porções de “Cannabis sativa L” e 04 pedras de “crack”, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo consta na inicial acusatória (fls. 01/03), “(...) *na ocasião, o denunciado promovia o tráfico de entorpecentes no endereço acima mencionado, na cidade de Santa Bárbara d'Oeste. Ele negociava a venda de drogas com usuários, coletava os valores monetários provenientes da negociação e entregava-lhes as substâncias que ficavam guardadas na guia da calçada de referida localidade, dentro de um copo plástico. Tal conduta, certo momento, foi visualizada a distância por agentes civis que já monitoravam a região. Matheus Gabriel, então, foi abordado. Em busca pessoal, foi localizada consigo a quantia monetária de R\$ 133,00. Na sequência, em buscas nas imediações, as substâncias entorpecentes acima mencionadas foram localizadas e apreendidas, no local onde ele as guardava. Por conta disso, ele foi preso em flagrante. Auto de exibição e apreensão a fls. 07. Auto de constatação preliminar a fls. 08/09. As circunstâncias do delito, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, a maneira como estava acondicionada e os antecedentes do denunciado denotam que os entorpecentes localizados destinavam-se ao tráfico.*”

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença condenatória, contra a qual se insurge o apelante, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Inicialmente, destaca-se que são incontestes a materialidade e a autoria do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, inexistindo controvérsia ou qualquer outra circunstância apta a demover o bem lançado decreto condenatório, que transitou em julgado para o Ministério Público em 02/09/24 (fl. 169), insurgindo-se a D. Defesa tão somente quanto ao *quantum* de pena aplicada e ao regime inicial para o cumprimento da pena imposto na resp. sentença.

Dessa forma, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do

regime prisional aplicados na resp. sentença.

Na primeira fase, nos termos dos artigos 59, *caput*, do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, a MMª. Juíza *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, em de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, ausentes circunstâncias judiciais negativas.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e ainda que presente a atenuante da confissão espontânea, a pena permaneceu inalterada, em atenção à Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Na derradeira fase da dosimetria, não houve causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, tornando-se a pena definitiva tal como lançada na fase anterior.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A benesse sob comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Com efeito, o réu, ainda que tecnicamente primário e sem maus antecedentes, foi pilhado em situação flagrancial, em conhecido ponto de tráfico e com drogas de elevado potencial lesivo, fator que aliado ao seu extenso histórico infracional, relacionados ao tráfico de drogas quando de sua adolescência (fls. 26/27), revelam que se dedicava à atividade criminosa e faz da difusão do vício, com *animus lucrandi*, seu *modus vivendi*.

Para ilustrar a inviabilidade de causa de diminuição de pena:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. PRÁTICA ANTERIOR DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

3. Na hipótese, as instâncias de origem não reconheceram a incidência da minorante com base na dedicação do paciente à atividade criminosa, não só pela quantidade do entorpecente apreendido mas também pela anterior prática de atos infracionais, e, com observância aos pormenores da situação concreta e respeitando os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, excluíram a possibilidade de aplicação do pretendido redutor.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 677.818/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 28/10/2021)

No mesmo sentido, colaciona-se precedentes desta C. Câmara de Direito Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, por vender e guardar, para fins de tráfico, 19 porções de "crack", com massa líquida de 4,82g, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica,

sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 2. Recurso defensivo: (i) reconhecimento do tráfico privilegiado e a minoração da pena ao máximo, aplicando-se, consequentemente, as orientações da SV59, isto é, a concessão do regime prisional aberto e a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos. **3. O reconhecimento do tráfico privilegiado está condicionado à primariedade e aos bons antecedentes do agente e à inexistência de indicativos de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Embora o apelante seja tecnicamente primário e ostente bons antecedentes criminais, há elementos que demonstram a sua dedicação a atividades criminosas, especialmente em razão de seu extenso histórico de atos infracionais (STJ. EREsp 1916596-SP. STF. RHC 190434 AgR).** 4. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500648-09.2023.8.26.0580; Relator (a): **Toloza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Assis - 2ª Vara Criminal e da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 27/02/2025; Data de Registro: 27/02/2025 – g.n.)

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. Recurso defensivo: Desclassificação para uso. Materialidade e autoria comprovadas pelo farto material probatório amealhado aos autos. Palavras dos agentes públicos corroboradas por demais elementos acostados aos autos. Circunstâncias que não indicam o consumo pessoal. Drogas encontradas em contexto que revelam ser o réu seu possuidor. Crime de tráfico que não exige a comercialização para sua caracterização. Quantidade e natureza do tóxico incompatíveis com uso próprio. Traficância comprovada. Hipótese de uso que, ademais, não exclui a mercancia ilícita. Condenação mantida. Dosimetria que não comporta reparos. **Pleito de reconhecimento**

do tráfico privilegiado (§4º, do art. 33, da Lei 11.343/06). Impossibilidade. Não aplicação da benesse. Prática reiterada de atos infracionais análogos ao crime de tráfico, circunstâncias que evidenciam que o réu se dedicava com habitualidade a atividades ilícitas, fazendo disso seu meio de vida. STF e STJ.

Não comprovação de atividade laboral regular lícita. Regime inicial fechado mantido. Manutenção da pena pecuniária. Eventual pedido de isenção que deve ser analisado pelo Juízo das execuções. Apelo desprovido, com expedição de mandado de prisão.

(TJSP; Apelação Criminal 1500850-57.2023.8.26.0621; Relator (a): **Hugo Maranzano**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Lorena - Vara Criminal; Data do Julgamento: 26/02/2025; Data de Registro: 26/02/2025 – g.n.)

Não bastasse, verifica-se que o acusado possui condenação criminal pelo delito de tráfico de drogas privilegiado (Autos nº 1505283-77.2023.8.26.0533), confirmada em segunda instância – em Acórdão no qual se afastou o instituto do tráfico privilegiado –, sendo que, mesmo posto em liberdade após de ter sido beneficiado com a liberdade provisória em 19/03/2024, não tardou novamente traficar drogas, sendo preso em flagrante em razão dos fatos ora apurados, cerca de 02 (dois) meses depois, circunstância que indica a sua capacidade moral para delinquir e que a ação do Estado não lhe serve de mínima advertência.

Neste ponto, ressalte-se que: *“(...) Essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder.”* (Apelação Criminal nº 1514124-21.2023.8.26.0320, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. E. Des. Luiz Antonio Cardoso, Julg. em 12/02/2025).

Destaca-se, ainda, que o lugar do crime é conhecido ponto de comércio nefasto de drogas proibidas e pela pertinência e lucidez, obrigatória a transcrição de parte do respeitável julgado em que foi Relatora a Excelentíssima Doutora **Ivana David**: *“(...) Em que pese a primariedade do réu, restou acertada a*

não aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto, (...) o local conhecido como “ponto de venda de drogas”, além do depoimento da testemunha (...) relevam que o réu se dedicava à atividade criminosa. Por outro lado, ainda que não se tenha provas exatas sobre a qual organização criminosa pertença o acusado, é certo que para vender drogas em um conhecido “ponto de vendas de entorpecentes” ele deve, necessariamente, estar inserido na estrutura da organização criminosa estabelecida naquela região, uma vez que, ainda, não há “livre concorrência” na venda de drogas. Ora, seria leviano acreditar que o réu simplesmente comprou papелotes de drogas em outro ponto de tráfico, escolheu aquele local, coincidentemente, já conhecido pela venda de entorpecentes, e iniciou o seu “negócio”. Tal conclusão não se trata de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público e notório, notícias divulgadas diariamente pela imprensa, a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Assim, é certo que (...) se dedicava às atividades criminosas de tráfico de drogas, bem como há indícios de que integra organização criminosa, sendo impossível a concessão do redutor, previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06. (Ap. nº 0004998-62.2011.8.26.0604 - Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Exma. Dra. IVANA DAVID).

Claro o profissionalismo e forte a consciência da ilicitude, não se tratando de traficante novato, “de primeira viagem”, que, assim, não é merecedor do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Especial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Marcada, como dito, a dedicação à espúria difusão de drogas proibidas, com *animus lucrandi* e com *modus vivendi*, que é resultante de livre escolha do acusado, com absoluta consciência da ilicitude, não se trata de iniciante no tráfico de drogas.

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conforme estabelecido na r. sentença.

Por fim, corretamente eleito o regime inicial semiaberto, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. artigo 59, III, ambos do Código Penal, considerando-se o *quantum* de reprimenda aplicada e as particularidades do caso em

concreto – réu pilhado em situação flagrancial, em conhecido ponto de tráfico de drogas, com substâncias ilícitas de elevada nocividade, sem se olvidar seu extenso histórico infracional –, indicando o comportamento desviante como *modus vivendi*.

Nesse sentido: “*A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais*” (TACRIM/SP - Ap. JOSÉ HABICE - j. 09.03.1998 - RJTACrim 37/354). Da mesma forma: “*Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.*” (STF - Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, Col. 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98). No mesmo sentido: “*Não há nulidade na decisão que majora a pena-base e fixa o regime inicial mais gravoso considerando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis (Código Penal, art. 59)*” (RHC 93.818, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-4-2008, Primeira Turma, DJE de 16-5-2009).

Claro, pois, que regime mais brando não se mostra suficiente, uma vez que os mecanismos de prevenção e repressão do Estado não são aptos a demover o réu do impulso criminoso.

Nesse passo, em que pese o pleito da D. Defesa, incabível a imposição de regime mais ameno, mostrando-se necessário o cumprimento de mais uma etapas de ressocialização.

Outrossim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou a suspensão condicional da pena, diante das vedações previstas nos artigos 77, *caput*, e 44, inciso I, ambos do Código Penal, posto que o apelante foi condenado ao cumprimento de pena corporal superior a 04 (quatro) anos de reclusão. Sobre o tema: “*(...) Fixada a sanção em patamar superior a 4 anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal (...)*” (HC n. 772.637, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 01/12/2022); no mesmo sentido: “*(...) O art. 44 do CP é*

taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, que não se encontram preenchidos no caso em exame, porquanto mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão (...)” (HC n. 366.096/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 7/11/2016).

Para que não passe sem apreciação, em relação ao pedido de concessão da Justiça Gratuita, importante observar que, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, compete ao vencido, por sentença ou acórdão, o dever de arcar com as taxas e custas processuais, sendo certo que o deferimento do benefício pretendido, somente poderá ser concedido na fase de execução, porquanto nela é que se aferirá a real situação financeira do acusado.

Nesse sentido, destaca-se decisão desta C. Câmara de Direito Criminal:

Apelação criminal. Artigo 306 do CTB e 330 do CP. Reclamo defensivo em busca da exclusão da pena de suspensão da habilitação e **concessão de justiça gratuita. Impossibilidade.** Materialidade e autoria comprovadas nos autos. Prova suficiente a sustentar o decreto condenatório. Pena. Básicas mantidas no mínimo. Inalterada quanto ao crime de trânsito pela compensação da reincidência com a confissão. Aumento de 1/6 pela desobediência. Inalteradas na derradeira etapa. Suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor que compõe o preceito secundário do tipo e não pode ser excluída. Observado o mesmo critério aplicado à pena privativa de liberdade. Regime aberto adequado. Substituição incabível. **Justiça Gratuita. Condição financeira do réu a ser aferida no momento oportuno, em sede de execução.** Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Criminal 1501168-85.2024.8.26.0530; Relator (a): Hugo Maranzano; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/02/2025; Data de Registro: 10/02/2025 - g.n).

Por fim, inviável o acolhimento do pleito defensivo de afastamento da multa imposta na r. sentença, posto que aludida pena decorre de expressa determinação legal. Ressalta-se, contudo, que eventual impossibilidade de arcar com o pagamento da pena de multa deverá ser analisada pelo Juízo das Execuções Penais, por força do disposto nos artigos 50 e 51, ambos do Código Penal, e 168 e 169, ambos da Lei nº 7.210/84.

A respeito, já se manifestou esta Colenda Câmara de Direito Criminal:

ROUBO MAJORADO – Configuração. Materialidade e autoria comprovadas. (...) Condenação mantida. PENAS E REGIME PRISIONAL – Bases acima dos pisos (1/2). Restrição de liberdade utilizada como circunstância judicial desfavorável e consequências do crime – Confissão espontânea. Redução em 1/6 – Duas causas de aumento. Acréscimo nos coeficientes de 1/3 (concurso de agentes) e 2/3 (emprego de arma de fogo). Faculdade do julgador (CP, art. 68, parágrafo único). **Proporcionalidade – Exclusão ou diminuição da pena de multa. Impossibilidade. Previsão legal em abstrato no tipo penal, independentemente da condição financeira do réu. Respeito aos limites mínimo e máximo estabelecidos na norma** – Regime inicial fechado – (...) – Apelo provido em parte para afastar a condenação à reparação de danos, nos limites desta ação penal e sem prejuízo da esfera civil.

(TJSP; Apelação Criminal 1502313-95.2023.8.26.0536; Relator (a): Gilberto Cruz; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cubatão - 2ª Vara; Data do Julgamento: 07/05/2024; Data de Registro: 07/05/2024 - grifei)

Depreende-se, portanto, que as penas foram corretamente fixadas, observou-se o critério trifásico estabelecido no artigo 68, do Código Penal, e todas as fases de dosimetria restaram fundamentadas dentro dos parâmetros legais, não merecendo qualquer reparo as reprimendas impostas na decisão combatida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso, mantendo-se a resp. Sentença por seus próprios fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator