



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000341283

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502404-30.2024.8.26.0544, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante/apelado GUSTAVO DE OLIVEIRA ALVES, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento às apelações do Ministério Público e do réu. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

RENATO GENZANI FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO COM REVISÃO nº 1502404-30.2024.8.26.0544

VOTO

COMARCA: Franco da Rocha

30911

JUÍZO DE ORIGEM: Vara Criminal

APELANTES: Ministério Público e Gustavo de Oliveira Alves

APELADOS: Ministério Público e Gustavo de Oliveira Alves

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/06. NEGADO PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

1. Apelações interpostas pelo Ministério Público e por Gustavo de Oliveira Alves contra sentença que condenou o réu à pena de 03 anos de reclusão e 300 dias-multa, em regime inicial aberto, por tráfico de drogas privilegiado, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a adequação da pena fixada e (ii) analisar a aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas e verificar o acerto do decréscimo aplicado.

III. Razões de Decidir

3. A quantidade e natureza das drogas não justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal neste caso concreto.

4. A aplicação do redutor de pena foi adequada, considerando que o réu é primário, que não há provas de dedicação a atividades criminosas e que os atos infracionais não impedem a incidência do redutor, nos termos do entendimento do STF.

IV. Dispositivo e Tese

5. Nega-se provimento às apelações do MP e do réu, mantendo-se a sentença com regime inicial aberto e substituição da pena.

Tese de julgamento: 1. A quantidade de drogas apreendidas deve ser considerada na dosimetria da pena, mas não autoriza aumento acima do mínimo legal no caso concreto.

2. O redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas é aplicável a réu primário sem provas de dedicação a atividades criminosas. 3. A fração do redutor aplicado em sentença é adequada à quantidade e variedade de drogas.

Legislação Citada:

- Lei 11.343/06, art. 33, §4º; CP, art. 33, §2º, alínea “c”, art. 44.

Jurisprudência Citada:

- STF, HC 118533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/6/2016; TJSP, Apelação Criminal 1502484-84.2021.8.26.0548, Rel. Paiva Coutinho, j.

18/04/2022; TJSP, Apelação Criminal 1501944-90.2021.8.26.0530, Rel. Xavier de Souza, j. 23/03/2022; TJSP, Apelação Criminal 1502194-10.2019.8.26.0073, Rel. Tetsuzo Namba, j. 14/12/2021.

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** e por **GUSTAVO DE OLIVEIRA ALVES**, em face da r. sentença de fls. 96/105, que o condenou à pena de 03 anos de reclusão e 300 dias-multa, no valor unitário mínimo, em regime inicial aberto, por incurso no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06).

Operou-se a substituição da pena privativa de liberdade, por prestação de serviços à comunidade pelo prazo da condenação e o pagamento de um salário-mínimo,

O réu pôde apelar em liberdade (fl. 105).

Apela o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** (fl. 124/134). Requer a fixação da pena-base acima do mínimo legal e o afastamento da causa de diminuição de pena, diante do montante da quantidade de drogas e histórico infracional.

Pugna pelo afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixação de regime inicial fechado.

Contrarrazões (fl. 138/141).

Apela **GUSTAVO DE OLIVEIRA ALVES** (fl. 145/148), pugnando pela aplicação do redutor do art. 33, §4º, Lei de Drogas no máximo legal, qual seja, 2/3, ou subsidiariamente em ½.

Contrarrazões (fl. 152/154).

Manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo **não provimento do recurso do réu e pelo provimento do recurso do MP** (fls. 168/174)

Sem oposição ao julgamento virtual (fl. 164).

É o relatório.

Ficou reconhecido na sentença que no dia 02 de agosto de 2024, por volta de 12h40min, no acesso Estrada Velha de Campinas, 1, km 40 (norte), Jd. dos

Lagos, na cidade e comarca de Franco da Rocha, GUSTAVO DE OLIVEIRA ALVES trazia consigo, para fins de entrega a terceiros, 132 ependorffs de cocaína, pesando, aproximadamente, 189,18g de massa bruta; 121 porções de maconha pesando, aproximadamente, 212,37g de massa bruta e 54 pedras de crack, pesando, aproximadamente, 21,26g; substâncias proscritas conforme portaria SVS/MS 344/1998, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 13, laudo de constatação de fls. 21/23 (com fotografias) e laudo toxicológico de fls. 52/54, além da quantia de R\$25,75 (vinte e cinco reais e setenta e cinco centavos) em notas e moedas de pequeno valor.

As **apelações não comportam provimento**, na conformidade da fundamentação a seguir exposta.

Ao final da instrução, as provas produzidas sob o crivo do contraditório, que corroboraram o teor dos elementos de informação, bem comprovaram a autoria do apelante nos crimes que lhe foram imputados na denúncia, tópico da r. sentença sobre o qual, inclusive, não há qualquer insurgência recursal.

Irresignam-se o réu e o MP apenas em relação à pena fixada.

Passa-se à análise da pena.

E, no que se refere à dosimetria da pena, a sentença comporta parcial reparo, nos termos da fundamentação a seguir.

A r. sentença fixou para o réu a pena de 03 anos de reclusão e 300 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na primeira fase, a sentença fixou a pena base no mínimo legal.

A quantidade e a natureza das drogas apreendidas já foram consideradas para reconhecer a traficância e não desbordam do comum para a figura típica, de modo que não autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, **tal como pretende o MP em apelação**.

Cumprе observar que tal quantidade de droga, em que pese o número de porções seja relativamente alto, não se insere no que a jurisprudência tem entendido como “grande quantidade”, verbi gratia: HC 398.722/SC, Relator Ministro Soares da Fonseca, 5ª T. j. 28/11/2017, Dje 04/12/2017.

A pena-base do réu ficar no mínimo legal: 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, não foram consideradas agravantes. Incidiu a menoridade relativa, que não pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231, STJ.

Na terceira fase, foi reconhecida a causa de diminuição de pena referente ao privilégio na proporção de 2/5 (40%).

O MP pugna pelo afastamento do redutor. Sem razão.

Como visto, a variedade e a quantidade das drogas apreendidas já foram consideradas para reconhecimento da materialidade delitiva do crime de tráfico ilícito de drogas e não desbordam do comum para o delito em análise a justificar o afastamento do redutor.

No mais, tal aspecto, isoladamente, não pode ser utilizado para afirmar que o réu não preenche os requisitos legais para que seja aplicado o privilégio.

Esclarece-se, ainda, que, quando da prática do crime, o réu era primário (fl. 25/27), já que não conta com nenhuma condenação definitiva.

A argumentação do MP no sentido de que o réu estaria dedicado a atividades criminosas é uma suposição, já que não se indica a peculiaridade do caso concreto que levaria a essa conclusão. Ao que consta, como visto, as circunstâncias do caso não desbordam ao comum.

De se destacar ainda que o Supremo Tribunal Federal conta com entendimento no sentido de que a prática de atos infracionais pelo réu não impede o reconhecimento de tal benefício, não havendo óbice a sua concessão no presente caso.

Nesse sentido:

(...) 2. A causa de diminuição prevista no § 4º do art 33 da Lei 11.343/2006 é aplicada desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 3. Na linha dos precedentes desta Colenda Turma a menção a atos infracionais praticados pelo agente não consiste fundamentação idônea para afastar a minorante em exame. Esse entendimento está em consonância com sistema de proteção integral assegurado a crianças e adolescentes por nosso ordenamento jurídico. (...) (STF. 2ª Turma. HC 202574 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17/08/2021).

Além disso, a ausência de comprovação do exercício de atividade lícita não é circunstância apta a gerar presunção da dedicação do réu à traficância.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do C. STJ:

“No caso, deixou-se de indicar validamente a configuração de quaisquer circunstâncias que constituiriam óbice à incidência do redutor. Isso porque, para atribuir à paciente a prática rotineira da traficância, o tribunal a quo considerou o fato de não ter sido comprovado exercício de atividade profissional lícita. Essa circunstância consubstancia mera elucubração sobre "a indissociável ligação entre os agentes que praticam a mercancia ilícita " ao "crime organizado, conjectura que não encontra lastro na realidade e consubstancia-se em resquício da malfadada teoria do direito penal do inimigo (STJ, AGRG NO HC 638.930/SP, REL. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, JULGADO EM 27/04/2021, DJE 03/05/2021; SEM GRIFOS NO ORIGINAL). A premissa de que o agente acusado de tráfico que não tem ocupação lícita (e, portanto, não tem como comprová-la) dedica-se à traficância consubstancia ônus do qual o réu não pode se desincumbir, em evidente violação tanto do sistema acusatório quanto do direito penal do fato, além de significar indevida incidência do direito penal do autor” (STJ. 6ª Turma. HC 665.401/SP. Relª Min. Laurita Vaz, julgado em 01/06/2021).

Note-se que não foi indicado nenhum argumento concreto que pudesse corroborar com a hipótese de o réu fazer do tráfico seu meio de vida.

Nesse sentido:

“(…) E a despeito do inconformismo ministerial era mesmo o caso de se aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, visto que como bem se pronunciou o Il. Magistrado a quo, o acusado é tecnicamente primário, portador de bons antecedentes e não se produziram provas indicativas de ele ser integrante de organização criminosa ou dedicado a atividades

ilícitas, encaixando-se ele a na figura do pequeno traficante que a Lei buscou privilegiar.”

(TJSP; Apelação Criminal 0001599-91.2018.8.26.0535; Relator (a): Paiva Coutinho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santa Isabel - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/07/2020; Data de Registro: 09/07/2020)

“ (...) Nesse aspecto, vale frisar que é ônus da acusação demonstrar o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, consagrado a direito fundamental pela Constituição Federal (art. 5º, inciso LVII).”

(TJSP; Apelação Criminal 1522567-14.2021.8.26.0228; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 7ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/07/2022; Data de Registro: 06/07/2022)

E como é cediço, **a dúvida não pode ser valorada em desfavor do réu, de modo que não se pode concluir que ele matinha a traficância como atividade habitual ou que integrasse organização criminosa.**

Logo, sendo o réu primário, de bons antecedentes, não dedicado a atividades criminosas e não integrante de organizações criminosas, deve ser mantida a **incidência da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.**

Logo, **afastadas todas as argumentações empregadas pelo MP,** sendo o réu primário e com bons antecedentes, na medida em que não possui qualquer sentença condenatória penal transitada em julgado em seu desfavor, e não havendo qualquer outro indício nos autos de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas, **incide o redutor.**

Na sentença, o redutor se deu na proporção de 2/5.

Mercê da razoável quantidade da droga que o acusado trazia que, embora não exorbite o ordinário para a espécie, **não pode ser considerada diminuta a ponto de legitimar o decréscimo da sanção em sua fração máxima.**

Rememora-se que o réu trazia consigo 132 ependorffs de cocaína, pesando, aproximadamente, 189,18g de massa bruta; 121 porções de maconha pesando, aproximadamente, 212,37g de massa bruta e 54 pedras de crack, pesando, aproximadamente, 21,26g.

Considerando que se trata de variadas drogas (maconha, cocaína e crack), pesando mais de 400g no total, entende-se que a fração de decréscimo eleita pela sentença foi adequada.

Foi fixado o regime aberto.

Requer o MP a fixação do regime inicial fechado.

Igualmente sem razão.

O crime por ele praticado não é equiparado a hediondo (STF. Plenário. HC 118533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 23/6/2016 - Info 831²).

Considerando que o *quantum* da pena e a primariedade do apelante descarta-se o regime inicial fechado pretendido pelo MP.

Não se ignora que o regime inicial mais brando de cumprimento de pena pode ser afastado levando-se em consideração os critérios (circunstâncias judiciais) previstas no artigo 59 do CP (CP, art. 33, § 3º).

Como visto, nada foi concretamente aventado para o endurecimento do regime.

Diante, portanto, da primariedade do agente e da quantia de pena, mantém-se o regime inicial **aberto** para o réu para cumprimento da pena, em atenção ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

[...]

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Por fim, presentes os requisitos legais (CP, art. 44), cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º), tal como operada em sentença.

Assim já decidiu esta C. Câmara Criminal em casos análogos: (i) TJSP; Apelação Criminal 1502484-84.2021.8.26.0548; Relator (a): Paiva Coutinho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/04/2022; Data de Registro: 18/04/2022; (ii) TJSP; Apelação Criminal 1501944-90.2021.8.26.0530; Relator (a): Xavier de Souza; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Sertãozinho - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 23/03/2022; Data de Registro: 23/03/2022; e (iii) TJSP; Apelação Criminal 1502194-10.2019.8.26.0073; Relator (a): Tetsuzo Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Avaré - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/12/2021; Data de Registro: 14/12/2021).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DO MP e do réu.**

Com o trânsito em julgado, expeça-se o necessário.

RENATO GENZANI FILHO

Relator