



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000349792

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 1501361-13.2024.8.26.0559/50000, da Comarca de Mirassol, em que é embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado COLENDIA 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **“Acolheram os Embargos de Declaração com efeitos infringentes para o fim de sanar omissão e, afastar o § 4º, do art. 33, da Lei nº11.343/06, condenado Luiz Fabiano Neves da Costa à pena de 06 anos e 10 meses de reclusão, ao pagamento de 593 dias-multa, e, afastar a substituição da pena por restritivas de direitos em relação ao delito de tráfico de drogas, mantendo-se no mais o v. acórdão. V.U.”**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Embargos de Declaração nº1501361-13.2024.8.26.0559/50000
Comarca de Mirassol - 1ª Vara Judicial
Embargante: Ministério Público
Embargado: 12ª Câmara de Direito Criminal
Voto nº51669

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE DE MUNIÇÃO – MINISTERIAL - ALEGADA OMISSÃO QUANTO A DEDICAÇÃO CRIMINOSA E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS - Viável o acolhimento do “Parquet”, a fim de afastar a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, redimensionando as penas definitivas do delito de tráfico de drogas, para 06 anos e 10 meses de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, com a consequente modificação do regime prisional inicial para o semiaberto (tráfico).

APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO COM RELAÇÃO AO DELITO COM SANÇÃO DE RECLUSÃO E REGIME ABERTO QUANTO AO DELITO COM SANÇÃO DE DETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS, EM RAZÃO DO QUANTUM DE PENA (tráfico) - Afastada a privativa final ser superior a 04 (quatro) anos. Exegese do art. 44, inciso I, do Estatuto Repressivo.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS- (Porte de Munição - Detenção) Cumprimento dos requisitos do artigo 44, do Código Penal.

Embargos e acolhidos, com efeitos infringentes.

Vistos.

1. Trata-se de embargos de declaração, interpostos Pelo Ministério Público, contra o acórdão desta Colenda 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls.477/529) que: *“Negaram provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público e por Luiz Fabiano Neves da Costa, mantendo-se, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.”.*

Aduz o Embargante que o v. acórdão é omissivo

e prequestionando a matéria, alegando que: “(...) o acusado foi condenado em primeiro grau de jurisdição à pena de 04 anos de reclusão, no regime semiaberto, e 410 dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, c.c. § 4º, da Lei n. 11.343/06, e 01 ano de detenção, no regime aberto, e 10 dias-multa, como incurso no artigo 12 da Lei n. 10.826/03, na forma do artigo 69 do Código Penal. A pena reclusão foi substituída por duas restritivas de direitos, enquanto a pena de detenção foi substituída por uma pena restritiva de direitos. A defesa apelou pleiteando o reconhecimento de nulidade ou a redução da pena e a alteração das restritivas. O Ministério Público também apelou pleiteando o afastamento da forma privilegiada do crime de tráfico, o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas e a fixação do regime fechado. A douta Câmara julgadora negou provimento a ambos os recursos. É a síntese. 2. Das omissões 2.1. Posse de munição e dedicação à atividade criminosa Como anotado, o acusado foi condenado pelos crimes de tráfico privilegiado e posse ilegal de munição. Consoante a consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a prática de crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, concomitantemente com o tráfico ilícito de drogas, denota a dedicação à atividade criminosa e impede o reconhecimento da forma privilegiada do tráfico (mencionando julgados). Pois bem, o Ministério Público apelou pleiteando, dentre outros tópicos, o afastamento da forma privilegiada do tráfico. A douta Câmara, contudo, ao negar provimento ao recurso quanto a esse tópico, não se pronunciou sobre esse fato – condenação pelo crime do artigo 12 da Lei 10.826/03 praticado no mesmo contexto fático -, limitando-se em afirmar que o acusado “Apelado é primário, com bons antecedentes e

não há provas e nem mesmo indícios de que se dedique habitualmente a atividades criminosas ou que faça parte de organização criminosa”. Logo, nesse ponto o v. acórdão padece de omissão. Pois bem, o Ministério Público apelou pleiteando, dentre outros tópicos, o afastamento da forma privilegiada do tráfico. A douta Câmara, contudo, ao negar provimento ao recurso quanto a esse tópico, não se pronunciou sobre esse fato – condenação pelo crime do artigo 12 da Lei 10.826/03 praticado no mesmo contexto fático -, limitando-se em afirmar que o acusado “Apelado é primário, com bons antecedentes e não há provas e nem mesmo indícios de que se dedique habitualmente a atividades criminosas ou que faça parte de organização criminosa”. Logo, nesse ponto o v. acórdão padece de omissão (mencionando julgados). No caso em exame, embora o Ministério Público tenha apelado para afastar a substituição, a douta Câmara a manteve sem, contudo, atentar para a vedação legal por conta do quantum de pena (5 anos) a que o acusado foi condenado. Por outro lado, o fato de serem penas distintas (reclusão e detenção), não impede a soma delas para efeito de substituição, pois ambas são penas privativas de liberdade e até mesmo para a fixação de regime prisional, devem ser somadas (mencionando julgados). Pois bem, se para efeito de fixação de regime prisional as penas devem ser somadas, também devem ser para a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos. E esse ponto – pena total superior a 04 anos como causa impeditiva da substituição – não foi analisado pelo v. acórdão ao manter a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Logo, nesse ponto, também padece de omissão. Registra-se, por oportuno, que o recurso de apelação devolve à Câmara julgadora a

análise de toda a matéria, tornando possível a análise do não cabimento da forma privilegiada em razão de o acusado ter praticado, no mesmo contexto, o crime de posse ilegal de munição, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por ausência do requisito objetivo – pena total superior a 04 anos (mencionando julgados). Por fim, não é demais registrar que os embargos podem induzir o efeito modificativo da sentença quando do reconhecimento do defeito (omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade) decorrer, necessariamente, a alteração do que foi julgado, conforme pacífica orientação jurisprudencial (mencionando julgado)”, por fim, requer, o recebimento e acolhimento dos presentes embargos declaratórios, para que sejam sanadas as omissões, integrando-se o v. acórdão com a análise dos tópicos apontados, inclusive para o fim de prequestionamento (fls.01/08).

É o relatório.

2. Trata-se na espécie de Embargos de Declaração nos moldes do artigo 619, do Código do Processo Penal.

Dispõe o artigo 619 do Código de Processo Penal:

"Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos Embargos de Declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão."

Presentes os requisitos de admissibilidade,

conheço do recurso.

Os presentes embargos declaratórios merecem acolhimento, pois realmente padece de omissão no v. acórdão embargado, ao deixar de manifestar-se sobre o afastamento da forma privilegiada do tráfico, pois a prática de crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, concomitantemente com o tráfico ilícito de drogas, denota a dedicação à atividade criminosa e impede o reconhecimento da forma privilegiada do tráfico, bem como da substituição da pena por restritivas de direito, em razão do quantum de pena – 05 anos.

Quanto a omissão em relação ao afastamento da forma privilegiada do tráfico, pois a prática de crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, concomitantemente com o tráfico ilícito de drogas, denota a dedicação à atividade criminosa e impede o reconhecimento da forma privilegiada do tráfico.

A acusação pleiteou o afastamento da aplicação da causa de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado.

Dispõe o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 que os condenados por tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem às atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Para que o agente possa ser beneficiado, é preciso preencher cumulativamente os requisitos.

A razão de ser da minorante é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de forma a

propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização. Em se tratando de réu que transportava quantidade significativa de droga e mantinha em sua residência munições, confessando que guardava em sua residência, maconha, indicando o local que estava, onde efetivamente foi encontrada, ou seja, escondida na laje, embaixo da caixa d'água, não há que se falar na aplicação da referida causa especial de diminuição de pena, pois há relevantes indicativos de sua dedicação às atividades criminosas.

Impende pontuar que a Corte Superior de Justiça já manifestou entendimento pela não aplicação do redutor do tráfico privilegiado diante da quantidade de droga apreendida e das circunstâncias do delito (apreensão, entre outros, de armas, munições, balanças de precisão, valores em espécie, cadernos de anotações), ponderando que tais fatores indicavam a dedicação do acusado a atividades criminosas.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1. As instâncias ordinárias concluíram pela dedicação do paciente a atividades criminosas devido ao cenário fático da empreitada criminosa, em que foram apreendidos "37 pedras de crack, uma embalagem contendo lança-perfume, 95 porções de cocaína, 254 porções de maconha e uma considerável quantia em dinheiro, além de rádio comunicador". 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, além

da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, "consideram-se como outros elementos para afastar a minorante o modus operandi, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa" (AgRg no HC n. 731.344/SC, relator Ministro Nome, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022). 3. Afastada a aplicação da minorante do tráfico privilegiado fundamentadamente, com base em circunstâncias concretas indicativas de dedicação a atividades criminosas, a pretendida revisão do julgado não se coaduna com a estreita via do writ. 4. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC n. 899.159/SP, relator Ministro Nome (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 9/4/2024, DJe de 12/4/2024).

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.m1. Quanto à falta de materialidade delitiva pela ausência do laudo toxicológico definitivo, "É vedado, em sede de

agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada no recurso especial, inovando questões não suscitadas anteriormente" (EDcl no AgRg no REsp 1660712/PR, Rel. Ministro Nome, QUINTA TURMA, DJe 8/6/2018). 2. A revisão do entendimento firmado pelo Tribunal a quo, no sentido de absolver o agravante por insuficiência de provas, demanda, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a apreensão de armas, munições e petrechos para mercancia indica que o agente não é traficante eventual e permite o afastamento do redutor do tráfico privilegiado por demonstrar à dedicação a atividades criminosas. 4. No caso dos autos, além da condenação pelo crime de tráfico de drogas, o acusado foi condenado pelo crime do art. 12 da Lei n. 10.826/2003 devido à apreensão de arma de fogo de uso permitido. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp n. 2.337.750/ES, relator Ministro Nome, Quinta Turma, julgado em 27/2/2024, DJe de 1/3/2024).

Ademais, conforme compreensão externada pela Corte da Cidadania (AgRg no HC n. 762.571/RS, relator Ministro Nome, Quinta Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 14/6/2023), a condenação do agente por outro delito, concomitantemente com o tráfico de drogas (como, por exemplo, posse ou porte ilegal de arma de fogo e munições), pode justificar, no contexto da prática delitiva, o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, por indicar a dedicação a atividades criminosas, como se deu no presente caso.

De fato, a minorante em comento foi introduzida como forma de diferenciar e beneficiar o pequeno traficante, aquele que atua de forma eventual, sem causar prejuízo de grande monta, daquele traficante habitual, que se utiliza do tráfico como meio de vida.

Assim, embora o recorrente seja primário e portador de bons antecedentes, há provas no caderno processual de que se dedicava à atividade criminosa, razão pela qual não faz jus à benesse.

Portanto, afastada a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e não havendo outras causas de diminuição ou aumento na terceira etapa, restam as penas do crime de tráfico de drogas retificadas para 05 (cinco) anos 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto ao regime fixado, vale consignar que a magistrada a quo, em sua decisão, determinou o cumprimento da pena em regime inicial semiaberto, a teor da alínea “b”, §2º, do artigo 33, do Código Penal.

Porém, conforme se extrai da sentença, este fora condenado pelo delito disposto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006 (fato 1), a uma reprimenda de 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão, bem como no artigo 12, da Lei nº 10.826/2003 (fato 2), a uma reprimenda de 1 (um) ano de detenção, sendo aplicada cumulativamente as penas privativas de liberdade, nos termos do artigo 69, do Código Penal.

Entretanto, cabe aqui esclarecer a impossibilidade da unificação das penas quando estas são diversas,

reclusão e detenção, conforme discorrem os artigos 69, do Código Penal e 681, do Código de Processo Penal, posto que por serem de naturezas distintas, quando aplicadas cumulativamente, a pena de reclusão deverá ser executada primeiro.

Mantenho o regime imposto o semiaberto para o cumprimento da pena de reclusão, e o regime aberto quanto ao cumprimento da pena de detenção, diante do quantum condenatório e ausência de reincidência, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea, “c” do Código Penal, em homenagem ao princípio da individualização.

Da hipótese em exame, quanto ao delito referente a pena de detenção, ao apelante foi aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, não há reincidência em crime doloso e a sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social e a sua personalidade são favoráveis à referida substituição.

Assim, vê-se como possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que também satisfeitos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva que lhe são exigidos. Desta feita, preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal, conforme jurisprudência do STJ, é de se manter a substituição da pena privativa de liberdade) restritiva de direitos.

Afastamento da substituição da pena por restritivas de direito, em razão do quantum de pena de reclusão.

Como bem pontuado pelo Parquet, afigura-se inviável a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos operada, em razão do quantum de reprimenda final aplicado

nesta oportunidade, que ultrapassa os 04 (quatro) anos previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal, pelo que resta, de logo, afastada a aludida benesse.

A propósito:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO CONCOMITANTE AO CRIME DE POSSE DE ARMAS E MUNIÇÕES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. III - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada

nas circunstâncias concretas da apreensão das drogas e da prisão do paciente, ante a condenação pelo tráfico concomitantemente ao crime de posse de arma e munições, aliada às informações de que a residência possuía grande fluxo de pessoas em razão da venda de entorpecentes, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. IV - Quanto ao regime inicial prisional, não há ilegalidade na fixação do regime fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a ensejar a aplicação do regime mais gravoso, lastreada nas circunstâncias concretas do delito (3,380 kg de cocaína, acondicionados em 3.391 porções), circunstância utilizada, inclusive, para exasperar a pena-base, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no HC n. 776.732/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 24/4/2023.)

Da hipótese em exame, quanto ao delito referente a pena de detenção, ao apelante foi aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, não há reincidência em crime doloso e a sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social e a sua personalidade são favoráveis à referida substituição.

Assim, vê-se como possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que também satisfeitos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva que lhe são exigidos. Desta feita, preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal, conforme jurisprudência do STJ, é de se manter a substituição da pena privativa de liberdade) restritiva de direitos.

3 – Ante o exposto, ante de tais considerações, acolhem-se nos Embargos de Declaração com efeitos infringentes para o fim de sanar omissão e, **afastar o § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, condenado Luiz Fabiano Neves da Costa à pena de 06 anos e 10 meses de reclusão, ao pagamento de 593 dias-multa, e, afastar a substituição da pena por restritivas de direitos em relação ao delito de tráfico de drogas, mantendo-se no mais o v. acórdão.**

PAULO ANTONIO ROSSI
RELATOR