



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000373847

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501038-71.2024.8.26.0441, da Comarca de Peruíbe, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MICK HENRIQUE PUPO DE LUCENA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 15 de abril de 2025.

CAMILO LÉLLIS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501038-71.2024.8.26.0441

Comarca: Peruíbe

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Mick Henrique Pupo de Lucena

Juiz Sentenciante: Guilherme Pinho Ribeiro

Voto nº 48294

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

Réu condenado por tráfico de drogas, com pena de 01 ano, 08 meses e 25 dias de reclusão em regime aberto, substituída por penas restritivas de direitos. O Ministério Público apelou, buscando afastar o redutor do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, fixar regime fechado e cassar as penas restritivas.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se o redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas deve ser mantido, considerando a dedicação do acusado à atividade criminosa.

III. Razões de Decidir

3. A quantidade e variedade de drogas apreendidas, as circunstâncias do crime e a própria confissão do acusado indicam que ele se dedicava ao tráfico como meio de vida, afastando o redutor do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

4. A jurisprudência permite considerar a quantidade de droga para elevar a pena-base e impedir a aplicação do redutor, conforme precedentes do STF e STJ.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso ministerial provido.

Tese de julgamento: 1. A dedicação habitual ao tráfico de drogas impede a aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. 2. A quantidade e natureza das drogas e a hediondez do crime justificam o regime inicial fechado.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e §4º; Lei nº 8.072/1990, art. 2º, §1º; Código Penal, art. 44.

Jurisprudência Citada:

STF, HC 154462 ED-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 30.11.2018; STJ, AgRg no REsp 1.580.686/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 13.12.2016.

Vistos.

A r. sentença de fls. 123/131 condenou **Mick Henrique Pupo de Lucena** como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 01 ano, 08 meses e 25 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 173 dias-multa, no valor unitário mínimo, restando a sanção corporal substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação e prestação pecuniária no importe de um salário-mínimo.

Inconformado, apela o **Ministério Público**, postulando o afastamento do redutor a que alude o art. 33, §4º, da Lei nº 11/343/2006, a fixação do regime inicial fechado para desconto da sanção imposta e a cassação das penas restritivas de direitos (fls. 148/154).

O acusado e sua defesa, por seu turno, não recorreram (fls. 156).

Contrariado o recurso (fls. 160/163), subiram os autos, tendo o douto Procurador de Justiça, Dr. Manoel Cirilo Rodrigues opinado pelo provimento do apelo (fls. 174/181).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 14 de agosto de 2024, por volta das 14h00, na Rua Beira Rio, 10,

Jardim Veneza, em Peruíbe/SP, o acusado trazia consigo, para fins de tráfico e sem autorização, drogas consistentes em 125 porções de *maconha*, subdividida em 21 porções *skunk*, 62 porções de *K2* e 42 porções de *maconha*, com peso bruto total de 492,7 gramas; 632 porções de *crack*, com peso bruto de 299,6 gramas; e 290 porções de *cocaína*, com peso bruto de 378,3 gramas, além da quantia em dinheiro de R\$ 242,00.

Segundo narra a denúncia, nas circunstâncias de tempo e local acima descritas, o acusado dedicava-se ao tráfico de drogas e, para tanto, trazia consigo, no interior de uma sacola, as drogas acima referidas, com destinação ao espúrio comércio.

Ocorre que policiais militares realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido ponto de tráfico de drogas, ocasião em que o acusado foi visualizado, portando uma sacola em suas mãos.

Ao perceber a presença dos policiais, **Mick** correu, instante em que foi detido e abordado.

Em revista, os policiais localizaram dentro da sacola que ele carregava, as drogas e o dinheiro acima referidos.

Ao ser indagado, **Mick** disse ser usuário de drogas.

Pois bem.

Indubitáveis a materialidade e autoria delitivas, as quais restaram plenamente demonstradas

nos autos, não havendo sequer insurgência a esse respeito pelas partes.

Nessa medida, desnecessária a reanálise de provas, porquanto o recurso da acusação recai somente sobre a dosimetria da pena e sobre o regime prisional eleito.

O acusado e sua defesa, por outro lado, não recorreram.

E, de fato, a r. sentença comporta os reparos buscados pelo Ministério Público.

Vejamos.

Na primeira fase do cálculo, a pena-base foi majorada em 1/4, resultando em 06 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 625 dias-multa, diante da quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado, o que encontra arrimo no art. 42, da Lei de Drogas.

Na segunda etapa, a sanção sofreu decréscimo de 1/6, diante do reconhecimento da atenuante da confissão, totalizando 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 520 dias-multa.

E, na derradeira etapa, optou o magistrado por mitigar o escarmento em 2/3, reconhecendo, para tanto, presente a causa de redução prevista no art. 33,

§4º, da Lei nº 11.343/2006.

Não obstante, neste ponto, a pretensão do Ministério Público merece provimento, pois, a despeito da primariedade do agente, há indicação de que ele se dedicava à atividade criminosa não de forma isolada, mas como meio de vida, o que impede a aplicação do aludido redutor.

Nesse sentido, extrai-se da prova coligida que a conduta imputada ao recorrido não foi um fato isolado em sua vida. Isso porque ele foi detido em conhecido ponto de tráfico na posse de grande quantidade de *cocaína*, *crack* e *maconha* (subdividida em *skunk*, *K2* e na própria *maconha*), além de quantia em dinheiro de origem não esclarecida, circunstâncias reveladoras do engajamento do acusado na mercancia ilícita.

E nem se argumente a impossibilidade de consideração da quantidade e natureza da droga como circunstância apta a elevar a pena-base e a comprovar a dedicação do agente à criminalidade, pois as Cortes Superiores pátrias adotam o entendimento ora assentado, a exemplo dos julgados a seguir colacionados:

“Agravo regimental em embargos de declaração em habeas corpus. 2. Penal e Processual Penal. 3. Condenação pelo crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006 (Tráfico de drogas: 3,410 quilos de maconha) à pena de 5 anos de reclusão, regime inicial fechado com base na hediondez já afastada por ocasião da decisão monocrática

*proferida nos embargos de declaração. 4. Irresignação persistente quanto a não aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sob o argumento de bis in idem na dosimetria da pena que se afasta. 5. Jurisprudência desta Suprema Corte quanto a **possibilidade de se utilizar a quantidade de droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal e a conclusão, com base no contexto dos fatos, de que o paciente se dedica a atividades criminosas, dada a quantidade de droga apreendida.** 6. Determinação para que o juízo da execução, afastando a hediondez, fixe de forma fundamentada o novo regime de cumprimento da pena ainda não realizada. 7. Antecipação indevida. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.” (HC 154462 ED-AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 05-12-2018 PUBLIC 06-12-2018 – Sem ênfase no original);*

"De acordo com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, não há bis in idem quando a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar a elevação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de seu reconhecimento, por indicar que o agravante fazia do tráfico ilícito de drogas seu meio de vida." (AgRg no REsp 1.580.686/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA

TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe de 01/02/2017).

Ademais, segundo o policial militar ouvido sob o crivo do contraditório, durante operação na comunidade do Caixote, local conhecido por tráfico de drogas e confrontos armados com traficantes, adentraram em área de mata, enquanto as viaturas entraram pela frente. Nesse momento, os campanas que ficam na esquina próximo à linha do trem gritaram e um indivíduo veio correndo com uma sacola em mãos na direção dos policiais que estavam a pé na mata. Ele foi detido na posse de uma sacola, a qual continha drogas e dinheiro. Indagado, o acusado disse que as drogas não eram dele e que pediram que ele corresse com ela para o fundo, na área de mata (termo de audiência).

Mick, por sua vez, admitiu a prática delitiva, alegando que estava enfrentando dificuldades financeiras para sustentar a família e decidiu aceitar a proposta de 'trabalho' no tráfico de um conhecido seu de alcunha *Rafinha*. Disse que receberia uma porcentagem sobre as vendas e que o valor das drogas que trazia consigo girava em torno de R\$ 2.600,00, que era o '*giro da biqueira*'. Informou que a equipe era dividida em dois 'campanas' e um terceiro indivíduo que fazia o 'recolhe' entre às 19hs e 20hs (termo de audiência).

Como se vê, a prova coligida é firme no sentido de que o acusado auferia renda com a prática delitiva, não sendo desarrazoado concluir que ele, de fato, se dedicava a atividade criminosa com habitualidade,

fazendo do tráfico seu meio de vida, o que afasta a possibilidade de concessão do aludido redutor.

Ora, a elevada quantidade¹ e a natureza altamente nociva da maior parte das drogas apreendidas em poder do acusado são indicativos de que ele não era nenhum jejuno na atividade delitiva.

Além do mais, não é crível que seja confiada a neófito na criminalidade tamanha quantidade de substâncias ilícitas, sobretudo se considerado o valor da mercadoria e o fato de o sentenciado ter admitido que fazia parte de uma estruturada engrenagem delitiva, de sorte que a dedicação integral e reiterada à narcotraficância é a única explicação plausível para o volume de entorpecentes do qual detinha domínio (mais de 1.000 porções de *maconha*, *crack* e *cocaína*).

Nesse sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“Para a não aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerou-se, diante do conjunto fático-probatório, a acentuada periculosidade social do paciente e o fato de se dedicar a atividades criminosas, o que afasta a incidência da redutora, haja vista a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas em seu poder - 1,82g (um grama e oitenta e dois centigramas) de cocaína, 56,32g (cinquenta e seis gramas e trinta e dois

¹ (HC 154462 ED-AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 05-12-2018 PUBLIC 06-12-2018).

centigramas) de crack e 1,02g (um grama e dois centigramas) de 'haxixe' -, entorpecentes de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários. Ressaltou-se, ainda, que foram apreendidos R\$ 449,00 (quatrocentos e quarenta e nove reais), em dinheiro, provenientes do tráfico. Essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste writ. 4. Habeas corpus não conhecido” (HC nº 264.239/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.ª turma, 21.05.2013).

Destarte, o dispositivo legal em apreço exige que o agente, além de primário, não se dedique à atividade criminosa ou integre organização com esse fim, ou seja, é benefício destinado apenas e tão somente ao traficante de menor quilate, que se engaja pela primeira vez no tráfico ilícito, o “traficante de primeira viagem”, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330), o que, a toda evidência, não é o caso do ora acusado.

Portanto, afastada a causa de diminuição de pena, estabelece-se a pena final do acusado em **05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 520 dias-multa, no piso.**

O regime inicial estabelecido na sentença (aberto), também comporta alteração, especialmente agora que afastada a figura privilegiada.

Com efeito, registre-se, em primeiro momento, o advento da Lei 11.464/2007, a qual alterou a redação do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/1990, estabelecendo o cumprimento da pena decorrente da prática de crimes hediondos e equiparados, dentre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes, em regime inicial fechado.

Ora, os fatos são deveras graves. Trata-se de crime que fomenta a prática de outros tantos delitos, de maneira que o tratamento penal dispensado deve condizer com a gravidade que se apresenta. Nesse contexto, regime inicial diverso do fechado não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte do acusado, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da reprimenda.

Evidente, assim, que o caso concreto não retrata a figura de um traficante eventual, surpreendido na posse de um cigarro de *maconha*, mas de indivíduo que trazia consigo e guardava 125 porções de maconha (subdivididas em skunk, k2 e maconha), 632 porções de crack e 290 porções de cocaína, sendo essas duas últimas substâncias de alto poder vulnerante quando comparadas a outras drogas, vale reiterar, o que revela estar enfronhado na atividade criminosa e que faz dela seu meio de vida.

Ademais, malgrado o regime inicial fechado não seja uma imposição compulsória aos autores de

tráfico de entorpecentes, também é certo que não lhes foi reconhecido direito subjetivo e automático de fixação de regime menos gravoso, restrito às regras gerais esculpidas no art. 33, do Código Penal e limitado ao *quantum* da sanção imposta. Ao revés, autoriza a lei a determinação do regime prisional com observância dos critérios previstos no art. 59, do mesmo *codex* (art. 33, §3º, do Código Penal).

Nesse panorama, sopesadas as peculiaridades do caso concreto, especialmente a manutenção da hediondez do crime cometido, já que afastada a figura privilegiada, razoável e ajustado às finalidades próprias impor ao recorrido o cumprimento da sanção privativa de liberdade em regime inicial fechado, o qual não se afigura inconstitucional, uma vez que reflete apenas a intenção legislativa de coibir mais duramente as condutas dos autores de crimes hediondos e equiparados, os quais o legislador reconheceu possuírem maior lesividade social, o que não impede a realização do princípio da individualização, a ser observado na fixação e na execução da pena.

Nesse sentido, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

“Não há falar em aplicação de regime mais brando ou inconstitucionalidade de dispositivo legal. A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § I o que as penas relativas aos

*crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas **inicialmente** em regime fechado”* (Ap. 990.10.051761-9, 9ª Câm. Dir. Criminal, Rel. Francisco Bruno, j. 29.07.2010, r. 16.08.2010).

Pelos mesmos motivos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que ora se afasta.

Embora seja de conhecimento que por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, julgado em 1.º de setembro de 2010, o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Tal decisão, por ter sido proferida incidentalmente, não se revestiu de força *erga omnes*, tampouco vinculante, de maneira que os tribunais inferiores poderiam decidir contrariamente ao entendimento do STF.

Entretanto, valendo-se de sua competência privativa prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, o Senado Federal aprovou, e seu presidente promulgou, na data de 15 de fevereiro de 2012, a Resolução nº 5/2012, nos seguintes termos:

“Art. 1º É suspensa a execução da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de

direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS. Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação”

Dessa forma, suspensa a execução do trecho da norma que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade, a aplicação de tal instituto deve ser enfrentada nos moldes disciplinados pelo Código Penal, em seu art. 44.

E, à luz do que dispõe o supracitado art. 44 do *codex*, verifica-se que o acusado não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pelos motivos já expostos em relação à fixação do regime fechado e por não se revelar a medida socialmente recomendável e suficiente para a prevenção e repressão do delito (art. 44, III, CP).

Ademais, o *quantum* ora infligido não autoriza a concessão da benesse, já que extrapola o limite definido no art. 44, I, do *codex*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao apelo ministerial para, afastada a causa de redução prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, fixar a pena imposta a MICK HENRIQUE PUPO DE LUCENA em 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão, estabelecendo o regime inicial fechado para desconto dessa expiação, mais pagamento de 520 dias-**

multa, no valor unitário mínimo, bem como para afastar a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos concedida em primeiro grau. Comunique-se.

CAMILO LÉLLIS

Relator