



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000398456**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1501017-02.2023.8.26.0548/50000, da Comarca de Campinas, em que é embargante ARIEL ELIAS DA CRUZ, é embargado ARNALDO BENEDITO DE OLIVEIRA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria de votos, acolheram em parte os embargos, nos termos do voto do relator. Vencido o Desembargador André Carvalho e Silva de Almeida, que rejeitava os embargos. V.M.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), FRANCISCO ORLANDO, ROBERTO SOLIMENE E ANDRÉ CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

**LAERTE MARRONE**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica

## Voto nº 25.814

Embargante: Ariel Elias da Cruz

Embargado: Ministério Público

Comarca: Campinas

DIREITO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO DE DROGAS. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE. I. Caso em Exame: Embargos infringentes interpostos por Ariel Elias da Cruz contra acórdão que negou provimento ao recurso defensivo, buscando a prevalência do voto vencido que reconheceu o tráfico privilegiado. A sentença condenou o embargante a 5 anos de reclusão e 500 dias-multa por tráfico de drogas, sem aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas. II. Questão em Discussão: A questão em discussão consiste na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n.º 11.343/06, considerando a primariedade e os bons antecedentes do embargante. III. Razões de Decidir: 1. O embargante é primário e de bons antecedentes, sem provas de dedicação a atividades criminosas ou integração em organização criminosa. 2. A quantidade de drogas, o valor em dinheiro apreendido e a existência de processos por fatos posteriores não indicam dedicação a atividades criminosas. 3. Hipótese de aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei n.º 11.343/06, com diminuição da reprimenda, fixação do regime inicial aberto para a pena privativa de liberdade, substituída por duas penas restritivas de direitos. IV. Dispositivo e Tese: Embargos acolhidos em parte para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n.º 11.343/06, reduzindo a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como pagamento de 166 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos. Tese de julgamento: 1. A aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas é cabível quando o réu é primário e de bons antecedentes, sem provas de dedicação a atividades criminosas. 2. Processos por fatos posteriores, por si só, não se prestam a arredar o redutor. Legislação Citada: Lei n.º 11.343/06, art. 33, parágrafo 4º. Código Penal, art. 33, parágrafo 2º, alínea “c”; art. 44.

1. Trata-se de embargos infringentes (fls. 01/06) ajuizados por **ARIEL ELIAS DA CRUZ** em face de v. acórdão, desta Câmara, que, por maioria de votos, nos termos do voto do E. Des. André Carvalho e Silva de Almeida, negou provimento ao recurso defensivo, vencido o revisor, o E. Des. Francisco Orlando, que dava provimento parcial ao recurso para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, art. 33, da Lei de Drogas, na fração máxima, e, em consequência, reduzia a pena de **ARIEL ELIAS DA CRUZ** a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa; substituindo a privação de liberdade por prestação de serviços à comunidade e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal (fls. 205/213 dos autos n.º 1501017-02.2023.8.26.0548). Busca o embargante a prevalência do voto vencido, que reconheceu o tráfico privilegiado.

Processado o recurso, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento (fls. 11/16).

**É o relatório.**

**2. Vinga, em parte, o reclamo. Na linha do que se segue.**

3. Assente-se, à partida, que o efeito devolutivo dos embargos infringentes se cinge à divergência do julgamento da apelação (artigo 609, par. único, do Código de Processo Penal).

Sendo assim, a temática posta neste recurso envolve somente a dosimetria da pena, mais especificamente, a aplicação ou não da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei n.º 11.343/06.

4. Segundo a denúncia (fls. 02/04 dos autos n.º 1501017-02.2023.8.26.0548):

*“Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 20 de março de 2.023, por volta das 19h03min, na Rua Cônego Cipião, n.º 100, bairro Centro, nesta cidade e Comarca, **ARIEL ELIAS DA CRUZ**, qualificado à fl. 20, trazia consigo, para fins de tráfico, 03 (três) porções de cocaína na forma de crack e 01 (uma) porção de maconha (Tetrahydrocannabinol), sem autorização legal e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além da quantia de R\$ 707,55, uma lâmina de gilete utilizada para o fracionamento do entorpecente e um aparelho celular, conforme boletim de ocorrência de fls. 07/11, auto de exibição e apreensão de fl. 14 e laudo toxicológico definitivo de fls. 70/72.*

*Segundo o apurado, na data dos fatos, policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo pelo Terminal Urbano de Campinas, local já conhecido pela intensa comercialização de drogas, quando avistaram o denunciado mexendo em uma bolsa do tipo pochete, pegando algo e entregando para outro indivíduo por ora não identificado, em típica movimentação de venda de entorpecentes.*

*Neste passo, ao perceberem a presença policial, o denunciado e o outro indivíduo começaram a correr pela Av. Senador Saraiva, neta urbe, sendo iniciada, então, breve perseguição.*

*Já na altura do n.º 118 da citada Avenida, **ARIEL** foi alcançado, oportunidade em que ele arremessou uma pochete que carregava em cima de um outro comércio, na tentativa de se desfazer de algo de ilícito que trazia consigo. O outro indivíduo conseguiu fugir.*

*Realizada a revista pessoal, foram localizadas em poder de **ARIEL** 03 (três) porções de cocaína em forma de crack e uma lâmina de gilete, usualmente utilizada para o fracionamento das drogas, bem como, um aparelho celular.*

*Recuperada a pochete, os policiais militares encontraram no interior dela 01 (uma) porção de maconha, além da quantia de R\$*

707,55.

*Aos policiais militares, o denunciado confessou a traficância, afirmando que adquiriu a droga em porções maiores e estava fracionando e vendendo, pois possuía uma dívida de R\$ 600,00 e precisava pagá-la.*

*Já na Delegacia de Polícia, o denunciado negou a traficância (fl. 06).*

*Destarte, considerando-se a natureza, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, a forma de acondicionamento, aliadas ao local, às condições em que se desenvolveu a ação e a apreensão de dinheiro, demonstrou-se que o denunciado trazia os entorpecentes apreendidos para fins de tráfico.*

*(...)”.*

**5.** A r. sentença julgou procedente a ação e condenou **ARIEL ELIAS DA CRUZ** à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 dias-multa, unidade igual a 1/30 do salário-mínimo vigente a época dos fatos, por infração à norma do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (fls. 151/154 dos autos n.º 1501017-02.2023.8.26.0548).

A pena-base foi estabelecida no mínimo legal, ou seja, em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor correspondente ao mínimo legal, assim mantida a reprimenda na fase seguinte ante a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, rechaçou-se a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei de Drogas, eis que “o acusado responde a outros dois processos, um deles também por tráfico, e estava no gozo de liberdade provisória concedida nestes autos quando tornou a delinquir (fls. 140 – procs. n.º 1501539-29.2023 e 1518027-03.2023). Além disso, foi surpreendido em plena traficância, trazendo consigo grande quantia em dinheiro, e não demonstrou exercer

*qualquer ocupação lícita, o que indica claramente o seu envolvimento na atividade criminosa de disseminação da droga como meio de sustento, inviabilizando a aplicação da mencionada causa de diminuição, que visa beneficiar apenas e tão somente o pequeno e eventual traficante, razão pela qual torno definitiva a pena-base aplicada” (fls. 153 dos autos n.º 1501017-02.2023.8.26.0548).*

Outrossim, o v. acórdão, por maioria, manteve a pena de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor correspondente ao mínimo legal, por entender que *“não era caso, realmente, de incidência do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois embora primário, Ariel demonstrou profunda dedicação à atividade criminosa, evidenciada não somente por estar vendendo drogas livremente em local conhecido pelo uso e comércio de entorpecentes, mas também pelo fato de, um mês depois do presente fato, ter sido novamente preso em flagrante também por tráfico de drogas (processo 1501539-29.2023.8.26.0548)”* (fls. 209 dos autos n.º 1501017-02.2023.8.26.0548).

O voto vencido do E. Des. Francisco Orlando pontuou que:

*“A sentença negou o redutor porque o réu estava vendendo drogas livremente em local conhecido pelo uso e comércio de entorpecentes e porque um mês depois foi preso novamente por tráfico de drogas.*

*Mas a condenação foi imposta justamente porque ele foi surpreendido vendendo drogas, ou seja, a sentença invocou o próprio fato para negar o redutor. E a prisão um mês depois,*

*também por tráfico de drogas, evidentemente não pode retroagir para prejudicá-lo.*

*Importa que o réu era primário, não possuía antecedentes criminais, não integrava organização criminosa e não se dedicava às atividades criminosas.*

*Atividade criminosa, aqui, deve ser interpretada como atividade outra, porque a se admitir de forma diversa praticamente nenhum agente acusado de tráfico de drogas seria alcançado pelo favor legal.*

*Tampouco impede o redutor o fato de o réu estar na posse de R\$550,00 (quinhentos e cinquenta reais) quando foi abordado, porque não se comprovou que a quantia fosse proveniente da traficância” (fls. 211/212 dos autos n.º 1501017-02.2023.8.26.0548).*

Respeitado o entendimento da d. maioria (no julgamento da apelação), **penso que a melhor solução é a esposada no voto vencido, tirante a forma de substituição da pena privativa de liberdade, na linha do que se segue.**

A hipótese comporta a aplicação do redutor estampado no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, além dos processos n.º 1501539-29.2023.8.26.0548 e 1518027-03.2023.8.26.0114 se referirem a fatos posteriores ao crime em questão, em consulta ao portal e-SAJ, constatou-se o arquivamento do primeiro e a suspensão do segundo, não tendo ocorrido qualquer condenação do embargante.

Registre-se, ainda, que mesmo a condenação por fato posterior não conduz à conclusão de que o agente se dedica à

atividade criminosa, eis que tal dedicação não existia no momento da prática do crime em questão, surgindo posteriormente, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, obstar a aplicação da minorante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas. Nesse sentido: **STJ, AgRg no AREsp n. 2.284.410/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023; AgRg no HC n. 805.800/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 2/6/2023.**

Note-se, inclusive, que, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, em 10 de agosto de 2022, assentou-se a seguinte tese (Tema Repetitivo 1139):

“É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06” (STJ, REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022 e REsp n. 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022).

Sendo assim, inexistente um quadro sólido a arredar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06. Para tanto, seria curial que restasse demonstrada uma das hipóteses elencadas no citado dispositivo legal, vale dizer, que o agente: **(a)** não seja primário e de bons antecedentes, **(b)** dedique-se às atividades criminosas, ou **(c)** integre organização criminosa.

E o ônus da prova da existência de uma dessas situações é do Ministério Público, mercê do princípio constitucional da presunção de inocência, inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (**STF, HC nº 103.225, rel. Min. Joaquim**

**Barbosa, Segunda Turma, julgado em 11-10-2011, PUBLIC 22-11-2011; HC nº 107.759, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18-10-2011, PUBLIC 30-11-2011).**

Sem prova segura, ainda que por indícios (STF, HC nº 101.519, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20-03-2012, PUBLIC 26-04-2012), da existência de um destes panoramas, impõe-se a aplicação do redutor.

No caso vertente, o embargante é primário e de bons antecedentes. Inexiste qualquer informação mais robusta no sentido de que integre organização criminosa ou se dedique às atividades criminosas. A quantidade de drogas (03 porções de “crack”, com massa líquida de 6,1 gramas, e 01 porção de maconha, com massa líquida de 3,4 gramas), o dinheiro (R\$ 707,55) e a lâmina de gilete apreendidos (auto de exibição e apreensão de fls. 18 dos autos n.º 1501017-02.2023.8.26.0548) não permitem a firme conclusão de que se trata de indivíduo que se dedica a atividades criminosas.

Dentro desse espectro, incide na hipótese a causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima de **2/3**, dada a baixa quantidade de substâncias entorpecentes e a ausência de qualquer circunstância judicial desfavorável.

A pena definitiva resulta, assim, em **01 ano e 08 meses de reclusão** e pagamento de **166 dias-multa**, arbitrados no valor unitário correspondente ao mínimo legal.

Considerando-se o *quantum* da pena, fixa-se o **regime aberto** para cumprimento inicial da reprimenda, em atenção ao disposto no artigo 33, parágrafo 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Presentes os requisitos legais do artigo 44 do Código Penal, **substitui-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, quais sejam: (a) prestação de serviços à comunidade e (b) prestação pecuniária, correspondente ao pagamento de 01 (um) salário mínimo em favor de entidade pública ou privada de caráter social.**

Nesse ponto, diverge-se do d. voto vencido que realizou a substituição por uma pena restritiva de direitos e multa, o que, a meu juízo, é insuficiente para reprovar e prevenir o delito.

Não se afigura recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa quando, por força do preceito secundário da norma penal, o crime já comportar a imposição da pena de multa cumulativa com a pena privativa de liberdade (STJ, AgRg no HC n. 832.626/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023; AgRg no AREsp nº 1.665.694/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 2/6/2020; AgRg no HC nº 398.255/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/3/2019, DJe de 3/4/2019; AgRg no HC nº 462.531/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 3/5/2019).

Com efeito, “**não existe direito subjetivo do réu em optar, na substituição da pena privativa de liberdade, se prefere duas penas restritivas de direitos ou uma restritiva de direitos e uma multa**” (STJ, AgRg no HC n. 456.224/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 1º/4/2019). No mesmo sentido: STJ, AgRg no HC n. 901.052/SC, relator Ministro Messod

Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 20/6/2024.

6. Ante o exposto, acolho em parte os embargos infringentes para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei n.º 11.343/06, na fração máxima, e, em consequência, reduzir a pena de ARIEL ELIAS DA CRUZ a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor correspondente ao mínimo legal, com substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, (i) prestação de serviços à comunidade e (ii) prestação pecuniária, correspondente ao pagamento de 01 (um) salário mínimo.

LAERTE MARRONE

Relator