



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

Registro: 2025.0000414967

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501314-02.2022.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que são apelantes FABIANO DA COSTA SOUZA e MATHEUS HENRIQUE MAURICIO ROCHA DIAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento aos apelos para afastar a elevação das penas básicas, sem reflexo na dosimetria para MATHEUS HENRIQUE MAURICIO ROCHA DIAS, e reduzindo as penas de FABIANO DA COSTA SOUZA para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 193 (cento e noventa e três) dias-multa, com concessão a gratuidade da justiça, nos termos do artigo 98, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil, mantida, no mais, a r. sentença. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO E GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

DAMIÃO COGAN
Desembargador Relator
Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1501314-02.2022.8.26.0400

APELANTES: FABIANO DA COSTA SOUZA E MATHEUS HENRIQUE
MAURICIO ROCHA DIAS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
OLÍMPIA

VOTO Nº 52851 -1

Apelação criminal. Tráfico de drogas praticado nas imediações de Campo de Futebol Municipal. Pretensão de absolvição ao argumento de insuficiência probatória. Pedidos subsidiários de MATHEUS HENRIQUE: desclassificação do delito para consumo pessoal, redução das penas afastando-se a elevação adotada na primeira fase da dosimetria, fixação do regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e a redução da pena de multa imposta abaixo do mínimo legal. Pedidos subsidiários de FABIANO: redução das penas-básicas ao mínimo legal, desclassificação da conduta para o art. 28, da Lei nº 11.343/06, substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou sursis, a redução da pena de multa e concessão da gratuidade da justiça. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação nos termos da r. sentença. Afastada elevação das penas-básicas fundamentada pela natureza das drogas. Lesividade apontada já integra o tipo penal violado. Dosimetria readequada sem reflexo das penas para MATHEUS HENRIQUE e reduzidas as penas de FABIANO. Concessão da gratuidade da justiça nos termos do artigo 98, §§ 1º e 3º, em benefício do réu Fabiano. Tipo penal violado que prevê pena privativa de liberdade cumulado com pena de multa. Tema 1178, do STF. Mantido o regime prisional face o Princípio da Suficiência Penal. Recursos providos em parte.

MATHEUS HENRIQUE MAURICIO ROCHA DIAS foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 193 (cento e noventa e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, deferido o apelo em liberdade.

FABIANO DA COSTA SOUZA foi condenado como incurso no art.

33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 226 (duzentos e vinte e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, deferido o apelo em liberdade, sendo, todavia, condicionada com medidas cautelares nos termos dos artigos: art. 319, incisos I, II, IV, V, 320, 328 e 350, *caput*, todos do Código de Processo Penal. Em caso de descumprimento, deverá ser recolhido à prisão (fls. 532/558).

Irresignados apelam os réus.

MATHEUS HENRIQUE MAURICIO ROCHA DIAS busca a absolvição ao argumento de insuficiência probatória, ao argumento de que se trata de réu usuário de maconha e não traficante. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta do acusado para o artigo 28 da lei 11.343/06, a redução das penas afastando-se a majoração na primeira fase da dosimetria, o reconhecimento da atenuante da confissão, prevista no art. 65, inciso III, “d”, do Código Penal, e a adoção do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda imposta, por se tratar de réu primário e com bons antecedentes, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e a redução da pena de multa imposta abaixo do mínimo legal, sustentando que sua aplicação ainda que no piso mínimo é inconstitucional. Por fim, pretende o prequestionamento de matéria normativa constitucional e federal (fls. 594/624).

FABIANO DA COSTA SOUZA postula a absolvição por falta de provas, sendo usuário habitual de entorpecentes e não praticou a mercancia de drogas ilícitas. Subsidiariamente, busca a redução das penas, com fixação das penas básicas no mínimo legal, a desclassificação da conduta para o art. 28, da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e, se a C. Câmara entender incabível, a aplicação do *sursis*, a redução da pena de multa e a concessão da gratuidade da justiça (fls. 625/634).

Foram contrariados os reclamos e a D. Procuradoria Geral de

Justiça é pelo improvimento dos recursos (fls. 638/640 e 798/809).

É o relatório.

Consta dos autos que, no dia 25 de agosto de 2022, às 20h10, na Avenida Seis, nº 135, Campo de Futebol, Centro, na cidade de Altair, Comarca de Olímpia/SP, MATHEUS HENRIQUE MAURICIO ROCHA DIAS, vulgo “TORTINHO”, e FABIANO DA COSTA SOUZA, vulgo “BUIU”, ora apelantes, previamente ajustados e agindo em concurso de pessoas, traziam consigo, para entrega a consumo de terceiros, 07 (sete) microtubos de cocaína, com peso líquido de 1,20 gramas e 13 (treze) pedras de *crack*, com peso líquido de 2,68 gramas, substâncias entorpecentes que causam dependência química e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade está comprovada pelas provas colhidas, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 13/14, laudo de constatação preliminar de fls. 16/18, bem como pelo laudo químico toxicológico de fls. 160/162, que concluiu pelo resultado positivo para **cocaína**, bem como pela prova oral coligida nos autos.

A autoria também é certa.

A prova oral foi colhida em Juízo pelo sistema SAJ – via *streaming* – conforme fls. 470.

O apelante MATHEUS HENRIQUE em polícia (fls. 04) e em Juízo negou os fatos. Afirmou que se dirigiu ao campo de futebol para consumir drogas deparando-se com o corréu FABIANO. A polícia aproximou-se e realizaram buscas nas imediações e localizaram drogas, mas não eram de sua propriedade. Não dispensou nenhum objeto.

O apelante FABIANO em polícia (fls. 05) e em Juízo também

negou a prática criminosa. Disse que estava no campo de futebol consumindo drogas juntamente com o corréu MATHEUS HENRIQUE e houve aproximação de viaturas policiais. Não trazia nada de ilícito consigo somente dinheiro, que alegou ser fruto de seu trabalho. A Polícia realizou abordagem nas imediações e localizaram drogas, as quais a ele não pertenciam.

Todavia, a negativa de autoria dos apelantes restou isolada diante do acervo probatório que revelou de forma incontestável que os suplicantes praticavam o tráfico ilícito de entorpecentes.

Senão vejamos:

O Policial Militar Edilson afirmou que recebeu denúncia de que os réus traficavam no Campo Municipal de Altair. Dirigindo-se ao local deparou-se com MATHEUS HENRIQUE e FABIANO pela arquibancada, que ao perceberem a aproximação policial ambos saíram andando sendo que MATHEUS HENRIQUE dispensou algo no chão. Em abordagem pessoal foi com ele encontrado um aparelho celular. Retornando ao local que ele dispensou, localizou 13 pedras de substância que aparentava ser *crack* e 07 pinos contendo substância que aparentava ser cocaína. Com FABIANO, localizaram a quantia de R\$ 134,00 (cento e trinta e quatro reais) em cédulas diversas de R\$ 2,00, R\$ 10,00 e R\$ 20,00. Indagados, ambos admitiram que estavam realizando o comércio de entorpecentes e que vendiam cada pedra a R\$ 10,00 e o pino a R\$ 20,00.

No mesmo sentido o relato do Policial Militar Luciano.

As testemunhas da defesa de MATHEUS HENRIQUE, Lázara Margarida de Oliveira Teixeira e Aparecida da Silva Fernandes, não presenciaram os fatos e informaram apenas fatos abonadores da vida do réu.

O certo é que as circunstâncias que envolvem MATHEUS HENRIQUE e FABIANO e o ocorrido, a prisão em flagrante, a denúncia da

prática do tráfico pelos réus no local dos fatos, a tentativa de dispensa das drogas com a aproximação policial, sem êxito, os relatos dos Policiais Militares que confirmaram a apreensão da droga, a quantidade da droga apreendida e a forma como estavam acondicionadas sendo 07 (sete) microtubos de cocaína, com peso líquido de 1,20 gramas e 13 (treze) pedras de *crack*, com peso líquido de 2,68 gramas, apontam a ação da traficância.

Anote-se que uma fileira de cocaína é confeccionada com 0,100 a 0,125 gramas da droga, aproximadamente, e a pedra de *crack* tem em média 0,200 a 0,250 gramas o que evidencia que a droga apreendida era destinada a entrega a consumo de terceiros. Dessa forma, a quantidade de gramas era suficiente para o comércio e lesar a saúde pública.

Ademais, as circunstâncias apuradas dos fatos, a quantidade dos entorpecentes apreendidos e os valores apreendidos sem demonstração da origem lícita, não se coadunam à mera posse de drogas para consumo pessoal, nos exatos termos previstos no parágrafo 2º, do art. 28, da Lei nº 11.343/06, o que afasta a tese da desclassificação pretendida para o delito de uso próprio.

E não há razão para se duvidar da palavra dos Policiais Militares, posto que seus depoimentos merecem integral credibilidade, não havendo qualquer elemento apto a abalar a convicção, vez que a versão foi confirmada pelo auto de prisão em flagrante e por todo o conjunto probatório.

As circunstâncias apontam, efetivamente, para a traficância e a condenação era medida de rigor.

Consta, ainda, dos autos que os apelantes praticavam a mercancia de drogas no Campo de Futebol Municipal de Altair, sendo caso da incidência da majoração do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, pela proximidade de estabelecimento esportivo, tendo sido o crime praticado por volta das 20h10, redundando em perigo concreto dada a frequência efetiva de

pessoas aptas à aquisição de drogas no local.

Assim, fica mantida a majoração do inciso III, do art. 40, da Lei nº 11.343/06.

Quanto à dosimetria, as penas básicas dos apelantes foram fixadas 1/6 acima dos patamares mínimos, fundamentadas pela lesividade das apreendidas, porém merecem reparos.

Isto porque, a lesividade em questão já integra o próprio tipo penal, de modo que escapa aos ditames do art. 42, da Lei nº 11.343/06 e aos critérios elencados no art. 59, do Código Penal.

Assim, para **MAURÍCIO HENRIQUE** e **FABIANO** fixo as básicas nos patamares mínimos, resultando em 5 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa.

Para **MATHEUS HENRIQUE** embora presente a atenuante da menoridade penal (fls. 23/24 e 27), referida atenuante não conduz a pena aquém do patamar mínimo, nos termos dos arts. 59 e art. 68, ambos do Código Penal. A pena nessa fase é fixada entre o limite mínimo e máximo. Ademais, há o entendimento jurisprudencial consolidado no teor da Súmula 231, do STJ:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (Terceira Seção, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999, p. 76).

Também não há que se falar no reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, “d”, do Código Penal, quanto a **MATHEUS HENRIQUE**, porque em Juízo negou a propriedade das drogas e a prática do tráfico de entorpecentes no local dos fatos. Afirmou que tinha “problemas” com o Policial Adilson e que não revelou para ele onde comprava drogas. Disse que estava no local dos fatos apenas “fumando

baseados” e chamou FABIANO para fumar com ele. Negou que dispensou as drogas com a aproximação policial, afirmando que estava apenas com o “baseado” que havia consumido e que é usuário (fls. 470 – 17:31 a 22:56 min). Dessa forma, restou claro que MATHEUS HENRIQUE não admitiu a traficância, não se podendo falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

O i. Magistrado sentenciante entendeu presentes os requisitos do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, em benefício de MATHEUS HENRIQUE e FABIANO, reduzindo a reprimenda de ambos em 2/3 (dois terços), resultando as penas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Reconhecida a majorante do inciso III, do art. 40, da Lei nº 11.343/06, as penas de ambos foram majoradas em 1/6 (um sexto), perfazendo 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 193 (cento e noventa e três) dias-multa, tornando-se, assim, definitivas.

Apesar da primariedade dos apelantes MATHEUS HENRIQUE e FABIANO (cf. Folha de Antecedentes de fls. 467/468 e 459/460) inviável a substituição da carcerária por restritivas de direitos ou *sursis*, vez que tais benesses são incompatíveis com o delito de tráfico de entorpecentes, crime de natureza grave, flagelo mundial, que vem causando intranquilidade à população ordeira. Ademais, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos no art. 44, do Código Penal. No caso em tela, referida substituição só estimularia a prática do delito por ausência de punição adequada, de modo que não é medida socialmente recomendável, a substituição da pena privativa de liberdade ao condenado que se dedica ao comércio ilícito de drogas.

Os réus foram beneficiados com a adoção do regime semiaberto para cumprimento da reprimenda imposta que deve ser mantido face o

Princípio da Suficiência Penal. Anote-se que o regime inicial fechado é o único adequado para o crime de tráfico, tratando-se de delito equiparado a hediondo, que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente, cujas circunstâncias concretas justificam a fixação do regime mais gravoso, como forma de justa reprovação e repreensão e não há afronta às Súmulas 718 e 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Anote-se que regime diverso é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em andamento nessa E. Câmara são referentes a tráfico de drogas.

Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor. Rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante.

Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios.

Todavia, assim se conformou o i. Representante do Ministério Público.

Inviável a aplicação do art. 387, §2º, do Código de Processo Penal. MATHEUS HENRIQUE que respondeu ao feito solto condicionalmente, e para FABIANO em razão da ausência de informações exatas para o fim de aferir o tempo efetivo do cumprimento da prisão cautelar, tendo sido deferido o apelo em liberdade com imposição de medidas cautelares e, em caso de

descumprimento, deverá ser recolhido à prisão (fls. 552/554).

E o C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido:

APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 2º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 12.736/12. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES NOS AUTOS. ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

Não obstante a ausência de requerimento explícito da defesa quanto à matéria, não poderia me furtar à análise do entendimento do magistrado que não aplicou a detração prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, por considerar flagrante a ilegalidade perpetrada nesse ponto.

A meu ver, não pode o magistrado sentenciante deixar de aplicar o comando do referido dispositivo, com base na gravidade abstrata do delito, tendo em vista que inexistente previsão para tal discricionariedade e por contrariar a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, à vista da ausência, nos autos, de elementos necessários à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, determinando ao Juízo das Execuções que examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do paciente permite a fixação de regime mais brando." (STJ, HC 342.041/SP, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 16/03/2016).

Ademais, a fixação do regime não é determinada somente pelo desconto do decurso da pena provisória cumprida, mas também em conformidade com o art. 33, § 3º, e art. 59, ambos do Código Penal.

Registre-se ainda no tocante a insurgência ao *quantum* da pena de multa, que é cumulada com a pena privativa de liberdade, foi reconhecida constitucionalidade pelo C. STF - Tema 1178: *A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 é opção legislativa legítima para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena.*

Por fim, fica concedida a gratuidade da justiça postulada por

Fabiano, ressaltando que seu defensor conveniado com a Defensoria Pública (fls. 212), nos termos do artigo 98, §§ 1º e 3º, todos do Código de Processo Civil.

Isso posto, **dá-se parcial provimento aos apelos para afastar a elevação das penas básicas, sem reflexo na dosimetria para MATHEUS HENRIQUE MAURICIO ROCHA DIAS, e reduzindo as penas de FABIANO DA COSTA SOUZA para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 193 (cento e noventa e três) dias-multa, com concessão a gratuidade da justiça, nos termos do artigo 98, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil, mantida, no mais, a r. sentença.**

*José **Damião** Pinheiro Machado **Cogan***
Desembargador Relator