



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000429782

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501114-45.2024.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante/apelado MATHEUS LOURENÇO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

ISAURA CRISTINA BARREIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501114-45.2024.8.26.0587

Apelantes/Apelados: Matheus Lourenço e

Ministério Público

Origem: Vara Criminal do Foro de São Sebastião

Juíza de 1ª Instância: Dra. Gláucia Fernandes Paiva

VOTO nº 1817

Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO RECONHECIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REGIME PRISIONAL. PENA DE MULTA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DESPROVIDOS.

I. CASO EM EXAME

Recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e pelo réu MATHEUS LOURENÇO, contra sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o acusado à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 291 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, c.c. art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. O recurso do Ministério Público pleiteia o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a imposição de regime inicial fechado e a inaplicabilidade da pena substitutiva. O apelo defensivo busca a aplicação do redutor em seu grau máximo (2/3), a exclusão da pena de multa por hipossuficiência e o enfrentamento das questões constitucionais e federais suscitadas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Há três questões em discussão: (i) definir se é cabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, diante dos elementos do caso concreto; (ii) estabelecer se a fração da redução de pena poderia ser fixada no patamar máximo (2/3); (iii) determinar se é possível a exclusão da pena de multa imposta, em razão da hipossuficiência econômica do réu.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas é mantida, pois restou demonstrado que o réu era primário, não integrava organização criminosa nem se dedicava habitualmente ao tráfico, sendo o processo anterior por roubo objeto de absolvição definitiva.

A alegação de que o réu se dedicava ao tráfico, com base apenas em sua presença anterior em outro ponto de venda de drogas, é insuficiente para afastar o redutor, especialmente diante da confissão de que era seu primeiro dia na prática criminosa, corroborada pelo adolescente coautor e pelos próprios policiais.

A fração de redução da pena foi corretamente fixada em 1/2, com base na natureza e quantidade relevante dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína, crack e haxixe), sendo admissível a modulação da fração redutora na terceira fase da dosimetria, conforme orientação do STJ, desde que tais elementos não tenham sido considerados na fixação da pena-base.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime inicial aberto estão de acordo com o reconhecimento do tráfico privilegiado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

A pena de multa é sanção penal de aplicação obrigatória, prevista no preceito secundário do tipo penal, não sendo possível sua exclusão com fundamento em eventual hipossuficiência, devendo tal condição ser examinada na fase de execução penal.

O pedido de enfrentamento das questões constitucionais e federais resta prejudicado, diante da fundamentação suficiente para a manutenção da sentença nos termos em que proferida.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recursos desprovidos.

Tese de julgamento:

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas exige a demonstração de primariedade, ausência de participação em organização criminosa e de dedicação habitual à atividade criminosa.

A quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem ser consideradas na terceira fase da dosimetria da pena para definir a fração de redução do tráfico privilegiado, desde que não tenham sido valoradas na fixação da pena-base.

A pena de multa é sanção penal obrigatória e não pode ser afastada judicialmente com base na alegação de hipossuficiência econômica do condenado.

Dispositivos relevantes citados: Lei nº 11.343/2006, arts. 33, caput, § 4º, e 40, VI; Código Penal, arts. 65, III, “d”, e 33, § 2º, “c”; Código de Processo Penal, art. 386, VII; CF/1988, art. 5º, II.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 860367/SC, Rel. Min. Messod Azulay Neto, T5, j. 09.09.2024, DJe 13.09.2024; STJ, REsp 2123684/MG, Rel. Min. Daniela Teixeira, T5, j. 17.12.2024, DJe 23.12.2024; STJ, HC 365.305/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 27.04.2017, DJe 05.05.2017; STF, ARE 1112053/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2018.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e por **MATHEUS LOURENÇO**, em face da r. sentença de fls. 160/170, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o réu, ao cumprimento de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto e pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, piso mínimo, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei Federal nº 11.343/2006.

A pena privativa de liberdade estabelecida foi substituída por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Inconformados, recorrem o Ministério Público e o acusado.

O recurso ministerial visa o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como da pena restritiva de direito estabelecida e a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Alega o i. representante do *Parquet* que deflui dos elementos probatórios produzidos nos autos que o acusado se dedicava a atividade criminosa, até mesmo por estar respondendo pela prática do crime de roubo, nos autos nº 1501124-23.2022.8.26.0082; o local onde o réu foi preso é conhecido como ponto de venda de drogas, o que demonstra que para lá estar o acusado efetivamente se dedicava a prática do crime imputado, estando, inclusive associado a outras pessoas

ainda não identificadas, para fins de traficância, pois recebia remuneração de terceira pessoa pela prática delitiva, o que afasta a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, pois ele se dedicava, e se dedica, a atividade criminosa.

Outrossim, analisando concretamente a conduta do apelado, que traficava diversos entorpecentes, drogas da mais alta periculosidade, com enorme potencialidade lesiva, verifica-se que o regime fechado é o mais correto a ser aplicado ao caso, na forma do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

No caso em análise, fixar o regime aberto e substituir pena privativa de liberdade para quem traficava 121 porções de cocaína, 33 porções de haxixe e 12 porções de *crack* e, incentivar a prática de tal delito.

Afastada a aplicação do redutor e estabelecido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, deve-se afastar, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos (fls. 190/198).

A Defesa pede a reforma da r. sentença, para aplicar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da lei de Drogas em seu grau máximo (2/3); a isenção do pagamento da multa, por ser medida descabida e de valor desproporcional, haja vista que o réu não possui condições financeiras, tanto que necessita da atuação da Defensoria Pública em sua defesa, o que por si só já demonstra a sua insuficiência de recursos.

Por fim, postula que sejam ventiladas no V.

Acordão as questões federais e constitucionais suscitadas ao longo do presente recurso.

Sustenta que a causa de redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas não prevê nada sobre a natureza ou a quantidade das drogas, sendo assim, qualquer limitação da causa de diminuição referente a tais fatores consistirá inadmissível criação normativa – restritiva – pelo órgão judicial. Em outras palavras, preenchendo todos os requisitos legais, a aplicação máxima da causa de diminuição de pena prevista no dispositivo referido, em seu grau máximo, não constitui mera faculdade conferida ao Magistrado, mas direito subjetivo do réu.

Ademais, ainda que se admita a natureza e a quantidade de drogas como fator que influencie a dosimetria da pena, para fora dos limites da já pensada nocividade própria do tipo penal, a incidência seria necessariamente sobre a primeira fase do cálculo (fls. 205/210).

Recursos tempestivos, bem processados, contrariados (fls. 215/220 e 222/227), o parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento do recurso do Ministério Público e desprovimento do apelo da defesa (fls. 237/244).

É o breve relatório que se acrescenta ao da R. Sentença.

Não há como dar guarida aos recursos interpostos.

De acordo com a denúncia de fls. 96/98, no dia 22 de maio de 2023, no período noturno, na Rodovia SP 55, na Barra do Sahy, na comarca de São Sebastião, o acusado tinha em depósito e trazia consigo, para fins de consumo de terceiras pessoas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, drogas, consistentes em 68 porções de maconha; 121 porções de cocaína; 33 porções de haxixe; 12 porções de *crack*, conforme o laudo de constatação de fls. 28/29, sendo certo que a prática do tráfico de drogas envolveu adolescente.

No dia dos fatos, policiais militares em patrulhamento pelo local, lugar conhecido como ponto de venda de drogas, abordaram o acusado e o menor D. N. S.

De plano, foram encontradas drogas na posse do menor e do acusado.

Indagados, ambos disseram onde escondiam o restante das drogas, sendo encontrado e apreendido todo o entorpecente que consta nos autos.

O acusado e o menor confessaram a prática do crime de tráfico de drogas no local.

Esse o teor da denúncia.

A irresignação da Defesa e do Ministério Público restringe-se às penas aplicadas. O recurso ministerial pede, ainda, o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime fechado para cumprimento

da pena privativa de liberdade.

Ouvidos, em Juízo, os policiais confirmaram que era a primeira vez que viram o apelante no local, conhecido como ponto de venda de drogas.

Já conheciam o adolescente daquele ponto de tráfico e Matheus já tinha sido visto em outro ponto de drogas, localizado na Rua 2.

Confirmaram que com Matheus encontraram R\$63,00, em espécie, e quatro porções de maconha e cinco pinos de cocaína; a maior parte das drogas estava em uma sacola, no meio do mato.

Matheus e o menor admitiram a traficância, sendo que o réu afirmou que era o seu primeiro dia na biqueira e aceitou o convite do adolescente porque estava desempregado.

Questionaram o adolescente e ele confirmou a versão apresentada por Matheus, disse que o conhecia, e como ele estava desempregado, o chamou para trabalhar no local.

Interrogado, em Juízo, o réu afirmou que estava desempregado e aceitou o convite feito pelo adolescente, para praticar o tráfico.

Era o seu primeiro dia, na mercancia ilícita de drogas.

Afirmou que quando os policiais chegaram

havia outras três pessoas que foram dispensadas e que esses indivíduos também estariam traficando.

Com ele, foram encontradas apenas algumas porções de cocaína e de maconha.

Tanto ele, como o menor, se abastecia das drogas que eram deixadas em uma sacola que ficava escondida nas proximidades e que foi apreendida pelos policiais, graças a indicação deles.

Matheus afirmou que antes morava em Boituva e fazia pouco tempo que havia se mudado para o litoral e que o policial o via na Rua Dois, porque era onde ele morava. Tinha conhecimento de que adolescente tinha envolvimento com o tráfico, inclusive, o policial já o conhecia.

Deflui dos autos que Matheus contava 22 anos, na data dos fatos, e não há indicação que tivesse passagens pelo Juízo da Infância e Juventude, ou, antecedentes pela prática do crime de tráfico.

Na época, como apontado pelo Ministério Público e de acordo com a Certidão Estadual de Distribuições Criminais, o réu, tinha contra si, ação penal em andamento pela prática de roubo majorado, na forma tentada, crime que teria sido cometido em 02/08/2021, que estava suspenso nos termos do artigo 366, do Código de Processo Penal, desde 05/02/2024 (autos nº 1501124-23.2022.8.26.0082).

Em consulta aos autos na origem, verifica-se

que o acusado foi absolvido da imputação, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (sentença publicada em 13/11/2024), com trânsito em julgado para o Ministério Público, o réu e sua defensora em 18/11/2024 (fl. 240).

Tendo em vista os dados apurados na persecução penal em apreço, o acusado foi condenado pela prática do crime de tráfico previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, com a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, do mesmo texto legal, considerando que o crime foi praticado em associação com adolescente.

Matheus teve a pena-base estabelecida no mínimo legal: 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, piso mínimo.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea – artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, a pena permaneceu no mínimo legal, em atenção a Súmula 231 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira etapa, o Juízo *a quo* reconheceu a presença da causa de aumento do artigo 40, inciso IV, da Lei Federal nº 11.343/2006 e exasperou a pena em 1/6, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na sequência, em razão da primariedade do acusado e a ausência indícios concretos de que se dedicasse às atividades criminosas, antes dos dias dos fatos ou que integrasse organização criminosa e que processos em andamento não poderiam obstar o

reconhecimento do tráfico privilegiado, determinou a redução da pena, nesta etapa, na fração de 1/2, ante a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº 11.343/2006, resultando a pena final em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, piso mínimo.

O Juízo *a quo* justificou a escolha da fração de 1/2, pela causa de redução do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, com elevado potencial de causar dependência química aos seus usuários.

O Ministério Público pretende o afastamento da causa de diminuição em apreço e o recurso defensivo busca a aplicação do redutor máximo (2/3).

A despeito dos argumentos apresentados pelo Ministério Público não há como afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, na hipótese dos autos.

Como já anotado, o réu foi absolvido da acusação da prática do crime de roubo tentado, portanto, não há como afastar o redutor, com fundamento em tal registro que indicaria, em tese, sua dedicação às práticas criminosas.

Por outro lado, Matheus justificou que era o seu primeiro dia exercendo a traficância, sendo tal circunstância confirmada pelo adolescente que admitiu que o chamou para “trabalhar” na biqueira, ao saber que ele estava desempregado.

Além disso, os policiais disseram que, antes

dos fatos, não tinham visto o réu naquele local, diferentemente, do adolescente que já era conhecido.

Embora os policiais tivessem apontado que teriam visto Matheus em outro ponto de drogas, tal justificativa, não é suficiente para confirmar que ele se dedicava ao tráfico, ante o fato dele afirmado que residia no local indicado pelos agentes.

Não se ignora que o paciente tinha acesso a uma sacola, onde havia considerável quantidade de entorpecentes (maconha, cocaína, *crack* e haxixe), no entanto, tal circunstância não afasta o fato de que ele era iniciante na venda de drogas.

Outrossim, o réu acompanhava o adolescente que, na época, contava 17 anos de idade, e já “trabalhava” naquele ponto há mais tempo, como ele mesmo admitiu, fato confirmado pelos policiais.

O fato de estar associado a outras pessoas na mercancia ilícita e receber as drogas e a remuneração pela venda de terceira pessoa, só reforça a circunstância de que ele era iniciante no submundo do crime.

Em conclusão, não há como afastar a causa de redução de pena, reconhecida na r. sentença.

Quanto ao pleito defensivo, registre-se que não qualquer ilegalidade na utilização dos critérios de quantidade e natureza das drogas apreendidas, para a escolha da fração do redutor.

De acordo com recente julgado do E. Superior

Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELO RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO REDUTORA. POSSIBILIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. TRÂNSITO EM JULGADO DO DECRETO CONDENATÓRIO. MANEJO DO **WRIT** COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. PRECLUSÃO TEMPORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”. (STJ - AgRg no HC: 860367 SC 2023/0368306-7, Relator.: Ministro MESSOD AZULAY NETO, Data de Julgamento: 09/09/2024, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/09/2024).

Ao contrário do alegado pela Defesa, a quantidade e a natureza das drogas podem ser consideradas na terceira fase, para modular o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº 11.343/2006.

A vedação existente é de que se a quantidade de drogas e a natureza for utilizada para estabelecer a pena-base, nos

termos do artigo 42, do referido diploma legal, não pode servir para justificar a escolha da fração, na terceira etapa.

Nesse sentido:

“[...] 4. A quantidade e a diversidade de drogas apreendidas podem ser utilizadas como critério para modular a fração redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase da dosimetria, o que não configura bis in idem (STJ, AgRg no HC 842.630/SC). 5. No caso concreto, a quantidade de drogas apreendidas, embora relevante (19,70g de maconha; 60,10g de cocaína; e 50,50g de *crack*), não é expressiva a ponto de justificar o afastamento completo da minorante. Contudo, também não é ínfima, o que impede a aplicação da fração máxima de redução. 6. Mostra-se proporcional e adequada a aplicação da fração de 1/5 para a redução da pena, conforme estabelecido pelo Juízo de primeiro grau. 7. Com a aplicação da fração de 1/5, a pena do recorrente é redimensionada para 4 anos e 8 meses de reclusão, além de 466 dias-multa. O regime inicial semiaberto é mantido, em conformidade com os critérios do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA RESTABELECER A PENA FIXADA NA SENTENÇA EM 4 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO E 466 DIAS-MULTA, COM FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA” (STJ - REsp: 2123684 MG 2024/0044128-1, Relator.: Ministra DANIELA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 17/12/2024, T5 -

QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/12/2024).

Assim, deve ser mantida a causa de redução tal como estabelecida na r. sentença, em 1/2.

Mantido o reconhecimento do tráfico privilegiado, não há como estabelecer outro regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, senão, o aberto ou afastar a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos.

Por fim, não há como atender ao pleito de exclusão da pena de multa, em virtude da hipossuficiência econômica do acusado.

Ressalte-se que a pena de multa é sanção penal, compõe o preceito secundário do tipo penal do crime de tráfico, portanto, não pode ser afastada. Eventual incapacidade do réu para adimplir o pagamento da multa imposta deve ser objeto de comprovação junto ao Juízo da Execução, que decidirá o que entender de direito.

Demais disso, como reconhecido pelo C. Supremo Tribunal Federal, “(...) o Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam condutas elencadas em norma penal incriminadora” (ARE 1112053/SC, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 08/03/2018).

O E. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que se trata de sanção de aplicação cogente e inexistente previsão legal que possibilite a isenção do preceito secundário

contido no tipo penal incriminador.

Vide julgado:

“(…) É descabida a pretensão de afastamento da pena de multa, por tal sanção não se coadunar com a via do *habeas corpus*, já que o não cumprimento da pena de multa não enseja a conversão em pena privativa de liberdade, mas também porque, nos termos do entendimento desta Corte Superior, a impossibilidade financeira do réu não afasta a imposição da pena de multa, inexistindo previsão legal de isenção do preceito secundário do tipo penal incriminador (HC 298.169/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016)”. (STJ - HC 365.305/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017).

Neste contexto, o julgador não tem o condão de deixar de impor uma pena prevista no Código Penal ou na Lei Especial, para determinado crime com vistas a beneficiar um ou outro acusado, considerando situações particulares.

Nesse contexto, não há como prover os recursos, devendo a r. sentença ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Posto isto, **NEGA-SE** provimento aos recursos.

Isaura Cristina Barreira
Relatora