



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.00000000099

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500984-84.2024.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante MARCOS HENRIQUE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, negaram provimento ao recurso Defensivo**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO DE LORENZI (Presidente) E HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 2 de janeiro de 2025.

FÁTIMA GOMES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 12.875

APELAÇÃO nº 1500984-84.2024.8.26.0642

COMARCA: Ubatuba – 1ª Vara Judicial

APELANTE: Marcos Henrique Oliveira

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto por Marcos Henrique Oliveira contra sentença que o condenou por tráfico de drogas, com pena de cinco anos de reclusão em regime fechado e o pagamento de 500 dias-multa. A Defesa pleiteou o direito de recorrer em liberdade, o reconhecimento do tráfico privilegiado, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de recorrer em liberdade, (ii) o reconhecimento do tráfico privilegiado, e (iii) a adequação do regime prisional e substituição da pena.

III. Razões de Decidir

3. O direito de recorrer em liberdade foi negado, pois o réu permaneceu preso durante todo o processo, e a sentença condenatória reforça a necessidade da prisão.

4. O tráfico privilegiado não foi reconhecido devido à dedicação a atividades criminosas, evidenciada por processo anterior de mesma natureza.

5. A fixação de regime fechado e a não substituição da pena por restritiva de direitos foram mantidas, considerando a gravidade do delito e a quantidade de pena imposta.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso não provido.

Tese de julgamento: 1. A manutenção da prisão após sentença condenatória é justificada pela gravidade dos fatos e reincidência. 2. O tráfico privilegiado não se aplica quando há indícios de dedicação a atividades criminosas. 3. O regime fechado é adequado para tráfico de drogas.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e §4º; Código Penal, art. 59; Súmula nº 231 do STJ.

Jurisprudência Citada:

STJ, EREsp 1431091/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 14/12/2016.

TJSP, Apelação Criminal nº 0000008-85.2012.8.26.0412, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 12/12/2013.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por **Marcos Henrique Oliveira**, contra a sentença de fls. 253/258, cujo relatório se adota, que o declarou como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, condenando-o à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento 500 (quinhentos) dias-multa, fixados em valor unitário mínimo.

Inconformado, apelou o acusado. Em suas razões recursais, pugnou que seja concedido o direito de recorrer em liberdade. No mérito, postulou pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, aduzindo ser o acusado primário, não se dedicar a atividades criminosas e não faz parte de organização criminosa, além de possuir residência fixa e ocupação lícita. Requereu, ainda, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos (fls. 288/296).

O recurso foi recebido, sendo apresentadas contrarrazões às fls. 299/303.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 313/320).

É o relatório.

Ab initio, não há que se falar na possibilidade do réu recorrer em liberdade.

Com efeito, não houve irregularidade alguma quanto ao entendimento adotado a respeito, sendo consignado na r. sentença: “(...) *Presentes os pressupostos de manutenção da prisão cautelar do sentenciado. Com efeito, a comprovação da materialidade e da autoridade delitiva encontram-se devidamente fundamentadas nas linhas acima. Com relação ao periculum libertatis, verifica-se a necessidade da segregação cautelar do apenado para a garantia da ordem pública, considerando a gravidade dos fatos praticados, tendo em vista a natureza das drogas apreendidas, expondo a sociedade local ao risco concreto, bem como a prova colhida no sentido de que o réu há algum tempo tem se dedicado ao comércio de entorpecentes, indicando a sua periculosidade em concreto. Ainda, há risco concreto de reiteração delituosa, inclusive específica, pois o réu fora preso em flagrante nas mesmas circunstâncias, pela prática, em tese, de delito de tráfico, apenas alguns dias antes (processo nº 1500237-85.2024.8.26.0626), em 24/05/2024. Ademais, fixado o regime fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, inexistente desproporcionalidade na permanência da prisão provisória. Assim, nego o direito de o apenado recorrer em liberdade. Anote-se*” (fls. 257/258).

Deveras, tem-se que o acusado permaneceu preso cautelarmente durante o processo e, com mais razão, deve assim continuar após encerrada a instrução e proferida sentença condenatória.

É pacífico na jurisprudência o entendimento de que o direito de recorrer da sentença penal condenatória em liberdade não se aplica ao réu já preso em decorrência de flagrante ou de prisão preventiva, que assim permaneceu durante todo o curso da instrução criminal.

Confira-se, a respeito, o posicionamento desta C. Corte, ao decidir questões semelhantes:

“Habeas Corpus. Tráfico ilícito de drogas. Sentença condenatória. Pedido de apelo em liberdade. Inadmissibilidade. Paciente permaneceu sob custódia do Estado durante a instrução processual. Ordem denegada” (HC nº 0276546-35.2011.8.26.0000, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 16/02/2012, V.U.) Grifei.

“HABEAS CORPUS – Tráfico de Entorpecentes – Regime inicial fechado – Fixado de acordo com a legislação vigente – Apelo em liberdade vedado – Réu que permaneceu preso durante o processo – Não ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência – Ordem denegada.” (HC nº 0181659-59.2011.8.26.0000, Rel. Des. Miguel Marques e Silva, j. 12/04/2012, V.U.) Grifei.

O C. Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou a respeito, afirmando: *“A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que*

permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal”
(RHC nº 23.319 – MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12/08/2008).

Realmente, não haveria qualquer lógica em manter o acusado preso durante toda a instrução e, sobrevindo condenação, ainda que não transitada em julgado, soltá-lo para aguardar o julgamento de recurso interposto. Ao contrário, a prolação de sentença condenatória reforça e ratifica o cabimento da prisão.

E, quanto à alegada violação à presunção de inocência, vale a transcrição da Súmula nº 09 do C. STJ:

“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Assim, sem que tenha sido constatada qualquer irregularidade que pudesse macular o desfecho destes autos, não há que se falar em direito do réu em recorrer em liberdade.

Deste modo, afastada a questão prejudicial, passa-se ao exame da matéria de fundo.

Consta da denúncia que, no dia 17 de junho de 2024, por volta das 16h30, na esquina da Avenida São Paulo com a Rua Palmeiras, Estufa II, na cidade e comarca de Ubatuba, o apelante **MARCOS HENRIQUE OLIVEIRA** tinha em depósito e trazia consigo, para fins de tráfico, 06 pinos de cocaína (5,47g), sem autorização e em

desacordo com determinação legal e regulamentar.

Não há irresignação das partes quanto à condenação do acusado, não mais se discutindo, portanto, a materialidade e autoria do crime.

Passa-se, portanto, à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosagem, a MM. Magistrada *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase da dosagem da pena, embora verificada a presença da circunstância atenuante da confissão espontânea, tem-se que a pena-base foi aplicada no mínimo legal, não havendo que se falar em diminuição da reprimenda, eis que a presença de causas de diminuição da pena, nesta fase, não pode levar a pena aquém do mínimo, consoante o disposto na Súmula nº 231, do C. Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese não ser vinculante, referida Súmula é de aplicação recorrente por grande parte dos tribunais brasileiros e, uma das justificativas utilizadas é em razão de tratar-se de posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o tema Guilherme Nucci leciona que:

(...) as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não tem o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador (Comentários ao Código Penal, 2006, p. 436-437).

Nada foi considerado na terceira fase da dosimetria, restando como definitiva a reprimenda de **05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.**

Observe-se não se tratar de hipótese se aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Frise-se que o artigo em comento trata da figura do traficante “privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, na qual se estabelece a redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, portador de bons antecedentes, **não se dedique às atividades criminosas** e nem integre organização criminosa, **requisitos estes**

cumulativos.

Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente. III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à

*atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça” (EResp 1431091 / SP EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL 2014/0015576-0, **Relator** Ministro FELIX FISCHER, j. 14/12/2016) (Informativo 596, STJ, 1º de março de 2017) – Grifei.*

No caso em tela, em que pese a primariedade do acusado, foi em seu poder encontrado entorpecente de alto poder nocivo, qual seja, cocaína, droga que possui maior potencial para causar dependência, fato que, por si só, já impediria a concessão do benefício.

Outrossim, tem-se que o apelante responde ao processo nº 1500237-85.2024.8.26.0626, por fato de mesma natureza, praticado poucos dias antes do delito ora em análise, a indicar sua dedicação a atividades criminosas, não incidindo, na hipótese, a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, havendo indícios de que o acusado faz da mercancia ilícita seu meio de vida. Registre-se que os fatos aqui tratados se deram menos de um mês após a concessão de liberdade provisória naqueles autos, o que revela a ocorrência de reiteração delitiva e dedicação ao desenvolvimento de atividades ilícitas, fato impeditivo à concessão do benefício.

Diante do delito praticado pelo apelante, não é caso de substituição da pena corporal por restritivas de direitos e de

fixação de regime diverso do fechado, uma vez que referida substituição e a fixação de regime menos gravoso, além de incompatíveis com a gravidade do delito, seriam insuficientes para a reprovação e prevenção do crime. Ademais, a pena imposta é superior a quatro anos de reclusão, sendo incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Com efeito, é inviável cogitar de regime inicial diverso do fechado, sob pena de se vulnerar o já exaltado princípio da *suficiência* da pena, que impera não só no tocante à sua quantidade, mas, também, quanto ao seu modo de execução. É imperioso garantir que a sanção se mostre suficiente para punir a conduta.

Vale conferir, inclusive, precedentes desta Corte que apontam para a imposição de regime inicial fechado ao se constatar, *in concreto*, a utilização de drogas particularmente pesadas, como na hipótese dos presentes autos:

“Mantenho, contudo, o regime fechado. Está-se diante de tráfico envolvendo, além de maconha, cocaína, droga pesada, sabidamente de maior potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma. Outro regime, na hipótese, não atenderia ao princípio da suficiência. Não o atenderiam, outrossim, a concessão de qualquer benefício legal, tal a aplicação de penas alternativas ou a concessão de sursis”
(Apelação Criminal nº 0000008-85.2012.8.26.0412, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 12/12/2013, v.u.) Grifei.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso Defensivo, mantida a r. sentença prolatada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FÁTIMA GOMES

Relatora