



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000306547

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501321-21.2024.8.26.0530, da Comarca de Cravinhos, em que é apelante NATHAN DA SILVA FERNANDES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª 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 MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 28 de março de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501321-21.2024.8.26.0530

Comarca de Cravinhos – 1ª Vara

Apelante: Nathan da Silva Fernandes

Apelado: Ministério Público

Voto nº 28664

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – NÃO ACOLHIMENTO – Não se tratando o réu de pequeno e eventual traficante, mas de pessoa envolvida na atividade criminosa do tráfico, inviável a redução da pena com base no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Recurso não provido.

Vistos.

Nathan da Silva Fernandes interpôs recurso de Apelação da r. sentença, datada de 28.08.2024, proferida pela MMª Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cravinhos, que o condenou à pena de 05 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput” da Lei nº 11.343/06 (fls. 186/191).

Em suas razões, a Defesa requereu a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas e a fixação do regime inicial aberto (fls. 205/212).

Por sua vez, o Ministério Público, nas contrarrazões, reiterou as alegações finais e requereu o não provimento do recurso (fls. 217/220).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de

Justiça opinou, também, pelo não provimento do apelo (fls. 285/289).

É o relatório.

O ora apelante foi denunciado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 25.04.2024, por volta das 15h05, na Rua Dona Maria Marcozi, nº 47, Bela Vista, na cidade e Comarca de Cravinhos, guardava, para fins de tráfico, 02 porções de cocaína, com peso total de 7,02g, substância que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (fls. 98/100).

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença que o condenou, nos termos da inicial.

Em que pesem as razões apresentadas, o recurso interposto não pode ser provido, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele foi avaliado com propriedade pela MM^a Juíza de Direito sentenciante.

Inicialmente, anoto que, muito embora não tenha havido irresignação quanto à condenação do ora apelante, a materialidade e a autoria do delito ficaram bem demonstradas.

Com efeito, indiscutível a materialidade do delito em face do boletim de ocorrência (fls. 10/13), do auto de exibição e apreensão, da fotografia de fls. 17, do laudo de constatação (fls. 20/22), do disque denúncia (fls. 23/25), do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 81/83), do laudo de exame da balança de precisão (fls. 84/86), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é incontestada, tendo

em vista que a confissão do réu em Juízo (fls. 194 – gravação audiovisual) foi corroborada pelos demais elementos de provas trazidos aos autos, tais como o depoimento das testemunhas Fernando Bragatte Santanna e Roberto Donizeti Carlos Júnior (fls. 194 – gravação audiovisual).

Assim sendo e comprovadas, de forma clara e irrefutável, a materialidade e autoria do delito, correta a solução condenatória.

Quanto à pena, a sentença não merece reparo.

A MM^a Juíza sentenciante, na primeira fase da dosimetria, atenta ao disposto no artigo 59 do CP, fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, as penas foram mantidas sem alteração, uma vez que, mesmo reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea, tal circunstância não pode diminuir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: "*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal*".

De fato, assim como as circunstâncias agravantes não podem ser utilizadas para aumentar a pena acima do máximo legal, as circunstâncias atenuantes não têm o condão de reduzir a pena abaixo do mínimo previsto, já que a extrapolação dos limites impostos pela lei somente pode ocorrer na terceira etapa da dosimetria, quando da aplicação das causas de aumento e diminuição, raciocínio esse que se mostra plenamente compatível com a ordem constitucional vigente e com os princípios da legalidade e da individualização da pena.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já consolidou sua posição sobre esse tema, no sentido da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstâncias atenuantes, posicionamento esse que vem sendo adotado por aquele E. Tribunal desde a década de setenta, conforme se verifica dos seguintes julgados: HC nº 56.723. Rel. Min. Décio Miranda. DJ 06.03.1979; HC nº 64.870. Rel. Min. Octavio Gallotti. DJ 24.04.1987; HC nº 70.883. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 24.06.1994; HC nº 92.203. Rel. Min. Eros Grau. DJ 11.09.2008.

Ressalto ainda que o pleno do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, reafirmou tal posicionamento durante o julgamento da repercussão geral em recurso extraordinário, com a seguinte ementa: *“AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”* (RE 597270-RG/RS – Repercussão geral na questão de ordem no recurso extraordinário. Rel. Min. CÉSAR PELUSO. JULG. 26.03.2009).

Assim, ainda que reconhecida circunstância atenuante em favor do réu, inviável a redução de suas penas, uma vez que estas foram fixadas no mínimo legal.

Consigne-se ainda que, na terceira fase, deixou-se corretamente de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado “*poderá*” reduzir a pena fixada ao agente, de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não

possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. No caso dos autos, porém, apesar de o réu ser primário e não ter maus antecedentes, restou amplamente demonstrado que ele se dedicava à atividade criminosa, pois, como demonstrado pelas certidões de fls. 47/48 e 49, e destacado na r. Sentença, *"há indícios de que se dedica à traficância desde a menoridade, possuindo diversas passagens anterior pela vara da infância por ato infracional análogo ao tráfico. No mais, após completar a maioridade, o réu já foi flagrado anteriormente, respondendo a processo pelo mesmo fato perante a 2ª vara"* (fls. 190). Ademais, embora modesta a quantidade de droga apreendida, duas porções de cocaína, com peso líquido de 7,02 gramas, também houve apreensão de dinheiro (R\$ 209,00 – fls. 15/16), produto da venda de diversas outras porções, e uma balança de precisão (fls. 84/86), o que afasta definitivamente o reconhecimento de tal benefício.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não apenas em razão da quantidade de pena e da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por se verificar que, *in casu*, face à evidência de não se tratar de pequeno e eventual traficante, tal medida não seria socialmente recomendável.

Anote-se, a propósito, que, não obstante a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução da expressão *"vedada a conversão em penas restritivas de*

direitos” do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, além da quantidade de pena ser incompatível com o benefício, a natureza da droga apreendida, somadas à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções, e à balança de precisão demonstram a altíssima reprovabilidade da conduta do acusado.

Dessa forma, ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, face à quantidade de pena, à maior reprovabilidade da conduta e à negativa conduta social, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pelas mesmas razões, anota-se que o réu também foi beneficiado com a fixação do regime inicial semiaberto, quando o mais adequado seria o fechado. No entanto, não tendo havido recurso do Ministério Público, inviável a alteração da sentença nesse ponto. Consequentemente, também não há que se falar em fixação do regime inicial aberto.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo interposto, mantendo integralmente a sentença, por seus próprios fundamentos.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator