



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000372102

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501997-30.2023.8.26.0618, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante MISAEL GUSTAVO BORGES DUARTE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 FARTO SALLES (Presidente) E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 15 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1501997-30.2023.8.26.0618

Apelante: Misael Gustavo Borges Duarte

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Pindamonhangaba

Magistrado: João Costa Ribeiro Neto

Voto 11127

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS Provas seguras de autoria e materialidade. Conjunto probatório seguro e coeso. Versão das testemunhas corroboradas pela confissão do réu. Validade. Responsabilização inevitável. Legalidade e compatibilidade evidenciadas. Traficância caracterizada. Pena-base motivadamente fixada acima do mínimo legal por conta de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Atenuante da confissão reconhecida. Incabível o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11343/06. Peculiaridades do crime revelam que o réu se dedica a atividades criminosas. Acusado admitiu vender drogas há pelo um mês, lapso temporal relevante que afasta o caráter eventual e evidencia a conduta reiterada destinada ao tráfico de drogas. Circunstância impeditiva da aplicação do redutor. Condição corroborada pela quantidade de papelotes de drogas apreendidas na sua posse, em um conhecido ponto de venda de drogas, atípica para neófitos. Fixação de regime prisional inicial fechado. Dentro dos limites legais e de forma individualizada. Apelo desprovido.

Trata-se de apelação interposta por Misael Gustavo Borges Duarte contra a sentença (fls. 136/147), que o condenou como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, a cumprir uma pena de 06 anos de reclusão, bem como ao pagamento de 600 dias-multa, no piso legal, em regime prisional inicial fechado.

A Defesa apelou, buscando a diminuição da pena, com o reconhecimento da causa de diminuição, prevista no § quarto, do artigo 33, da Lei de Drogas (fls. 145/146).

Foi contrarrazoado o apelo (fls. 151/154).

Em seu parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 174/175).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O acusado Misael Gustavo Borges Duarte foi condenado porque, segundo a peça inicial acusatória, em 09 de novembro de 2023, por volta das 16h30min, na Rua Joana Guedes Pereira, nas proximidades do prédio 63, no Residencial Nova Esperança, em Araretama, na Cidade e Comarca de Pindamonhangaba, tinha em depósito, guardava e trazia consigo, para entregar e fornecer a consumo de terceiros, 18 porções de crack, com peso bruto total de 22 gramas, 19 porções de cocaína, com peso bruto total de 41,5 gramas, e 21 porções de maconha, contendo tetrahidrocannabinol, com peso bruto total de 105,2 gramas, drogas essas aptas a causar dependência, sem a autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, o réu Misael guardava, tinha em depósito e trazia consigo as porções das drogas referidas, todas elas embaladas individualmente e destinadas à venda e à entrega a consumo de terceiros. E, para dificultar o encontro das drogas pela Polícia, ele as mantinha dentro de uma sacola plástica, atrás de uma cerca de alambrado.

Os policiais militares avistaram o acusado, já conhecido no meio policial por envolvimento com o tráfico de drogas, agachado defronte ao imóvel 63, onde mexia em algo para dentro de uma cerca de alambrado.

Ao avistar a aproximação das motocicletas da Polícia Militar, o réu imediatamente se levantou e empreendeu fuga correndo e dispensou no chão um objeto que, mais tarde, foi arrecadado e constatado tratar-se de um invólucro contendo maconha.

Os agentes públicos conseguiram detê-lo e, durante a busca pessoal, encontraram com o acusado, um aparelho de telefone celular da marca Samsung, modelo antigo, com a tela danificada, e uma importância em dinheiro (R\$ 49,00).

Em seguida, os policiais retornaram ao local onde inicialmente Misael fora flagrado e, do lado de dentro da cerca de alambrado, encontraram uma sacola plástica, contendo 18 porções de crack, 19 de cocaína e 20 de maconha.

A Defesa apelou somente no tocante à dosimetria da

pena, de forma que passo a apreciar a materialidade e autoria de forma sucinta.

Nesse ponto, observo que o recurso ataca parcialmente a sentença, devendo assim ser analisada, nos estritos termos do artigo 599 do Código de Processo Penal:

“Artigo 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele”.

Diante disso, indiscutível que as partes possuem livre arbítrio para questionar, total ou parcialmente, a decisão de primeiro grau, transmitindo a esta Corte a possibilidade de conhecimento limitado da matéria, especialmente em atenção ao princípio “*tantum devolutum quantum appellatum*” e, consequentemente, impedindo a análise de matéria diversa daquela recorrida.

Nesse sentido:

*“Embora o recurso de apelação seja dotado de efeito devolutivo amplo no que concerne à profundidade (cognição vertical), no plano horizontal, o órgão julgador, em regra, fica adstrito às matérias expressamente impugnadas no apelo, em respeito ao postulado do *tantum devolutum quantum appellatum*. Vale dizer: a apelação não impõe, ao Tribunal, a revisão de todo o processo-crime – premissa que não se altera mesmo diante da possibilidade de concessão de habeas corpus, de ofício. Essa iniciativa – exclusiva do Magistrado, e que visa a sanar ilegalidades em causas nas quais foi inaugurada a sua competência –, não se presta à obtenção de pronunciamento judicial sobre questões que nem passaram pelo juízo de admissibilidade”* (Agravado Regimental no Habeas Corpus 702.446/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, Julgado em 15/03/2022, DJE 22/03/2022).

No presente caso, diante dos elementos de prova que constam no processo, não era mesmo de se cogitar a absolvição do acusado, devendo permanecer inalterada a sentença.

A autoria e a materialidade do crime são incontestáveis, visto que o réu foi preso em flagrante pelos policiais, na posse das drogas, tudo corroborado pela confissão do acusado em Juízo, oportunidade em que descreveu a ação delituosa, inclusive revelando que estava naquela atividade de mercancia ilícita de drogas, entre um e dois meses, não sendo, sequer, alvo de inconformismo da defesa.

Assim, uma vez configurado o crime de tráfico de drogas, o desfecho condenatório era de rigor, posto que devidamente comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção colhidos ao longo da *persecutio*

criminis, não se verificando, no caso em tela, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386, “caput”, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

Passo à análise das reprimendas.

Na primeira fase, a pena base foi fixada acima do mínimo legal, em 07 anos de reclusão, mais o pagamento de 700 dias-multa, por conta de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial a conduta social, pois *“ao réu foi concedida a liberdade provisória nestes autos. Contudo, quando colocado em liberdade, o réu praticou os delitos de latrocínio (pelo qual foi condenado, ainda que sem trânsito em julgado) e furto. Praticou faltas graves durante cumprimento de pena anterior. Portanto, o réu ostenta conduta social particularmente negativa”*, além, logicamente, da natureza da maioria dos entorpecentes apreendidos (cocaína e crack), ambos com elevado poder viciante, bem como, por se tratar de substâncias que exigem expertise em técnicas laboratoriais para a produção, inclusive, em regra, com o acréscimo de materiais de uso comum para aumentar o volume final e potencializar os ganhos, portanto, acentuando a reprovabilidade.

Nesse ponto, a valoração negativa em relação a natureza dos entorpecentes apreendidos, nos termos do artigo 42, da Lei Federal 11343/2006, é preponderante sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59, do Código Penal, e, por si só, já poderia justificar a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Nessa linha, vale atentar aos precedentes da jurisprudência superior:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PARTICIPAÇÃO DE MENORES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. 3. Nos termos do art. 42 da Lei 11343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo

legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado. 4. Hipótese em que a pena-base foi majorada, motivadamente, em um ano de reclusão, considerando o envolvimento de adolescentes no comércio ilícito de drogas, assim como a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas (25 buchas de cocaína e 19 de crack), o que não se mostra desproporcional. 5. O regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do artigo 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes. Habeas corpus não conhecido" (STJ, Habeas Corpus 371303/RS, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Publicado em 25/11/2016).

Por outro lado, sabe-se que a fixação da pena base é procedimento de discricionariedade juridicamente vinculada, visando estabelecer sanção suficiente e necessária para a prevenção e reprovação do delito.

Assim, o juiz detém margem para externar sua convicção. Coerente esse subjetivismo quando o somatório das circunstâncias judiciais apresente justificativa bastante para a quantificação da pena-base acima do mínimo legal.

A lei não determina qualquer critério lógico ou matemático a ser seguido na dosagem do quantum da pena. Tão somente devem ser observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da individualização.

Nesse sentido:

DOSIMETRIA. PENA BASE. EXASPERAÇÃO EM 3/4 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. MODUS OPERANDI DO DELITO. PREMEDITAÇÃO. PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM PROPORCIONAL. A análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (Agravo no REsp 143.071/AM, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJE 06.05.2015). (Habeas Corpus 479.693/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Julgado em 07/02/2019, DJE 14/02/2019).

Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da confissão, resultando na diminuição da pena para 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

Por fim, na terceira fase, ausente causa de aumento ou diminuição, a reprimenda se tornou definitiva nos termos anteriores.

O Juízo de primeiro grau corretamente entendeu incabível o benefício do redutor previsto no § quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, tendo em vista que o réu, além de já ser conhecido naquela região pela prática de venda de drogas, nas duas oportunidades em que foi ouvido, afirmou que estava realizando aquela atividade ilícita há pelo menos um mês (destacando que na delegacia asseverou que eram dois meses naquela função), condição confirmada pela quantidade de papелotes de drogas apreendidas na sua posse (58 porções de três tipos diferentes de entorpecentes), em um conhecido ponto de venda de drogas, ou seja, condições atípicas a neófitos.

Os requisitos previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06 (primariedade, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa) são de observância cumulativa, de modo que a ausência de qualquer deles, enseja a não aplicação da causa de diminuição de pena.

Ora, as peculiaridades descritas demonstram que o acusado se dedica às atividades criminosas, especialmente o tempo de envolvimento (ainda que, hipoteticamente considerando apenas um mês), já evidencia a conduta reiterada destinada ao tráfico de drogas, circunstância impeditiva da aplicação do redutor, tudo a demonstrar que o réu faz do tráfico de drogas meio de vida, demonstrando seu envolvimento com a atividade criminosa.

Ademais, cumpre destacar que inquérito policiais e ações penais em andamento, embora não possam caracterizar maus antecedentes, podem impedir a concessão do benefício do artigo 33, parágrafo quarto, da Lei de Drogas, por caracterizar dedicação às atividades criminosas.

Nesse sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que, além da reincidência e dos maus antecedentes, até mesmo inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § quarto, da Lei 11343/06, quando indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas” (Agravado no Habeas Corpus 603.339/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 22/09/2020).

Não há que se falar, ainda, em violação aos princípios

constitucionais da individualização da pena, da isonomia, da exteriorização ou materialização do fato, da proporcionalidade ou da dignidade da pessoa humana ante a não aplicação da redução da pena previsto no § quarto, do artigo 33, da Lei de Drogas, pois houve plena observância às condições determinadas pelo próprio ordenamento jurídico objetivando o consentimento de tal redução.

Induvidoso que, ao prever no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei de Drogas, a possibilidade de ser o agente beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa, pretendeu o legislador, com o chamado tráfico privilegiado, punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, “aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida”. Situação, por óbvio, não caracterizada no caso vertente.

Sobre o benefício do parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, sem representar direito subjetivo do acusado, configurando mera faculdade do Juiz, que na dosimetria da pena deve se ajustar, com rigor e precisão, às diretrizes dos artigos 42, da Lei de Drogas, e 59, *caput*, do Código Penal. Até porque se o favor legal fosse pelo legislador entendido como direito do réu, teria se utilizado do verbo “dever”, ao invés de fazer constar naquele dispositivo, “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”. Daí porque, valoradas as circunstâncias analisadas, não faz ela jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo quarto, da Lei Federal 11343/06.

Portanto, claro está que as provas carreadas aos autos, evidenciam, ao menos, a dedicação do acusado a atividades criminosas e, portanto, deixando de preencher os requisitos legais dessa causa de diminuição de pena, previstos no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/06.

O regime fechado foi corretamente fixado, especialmente por conta do total da pena, somado às circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo o único dotado de suficiência para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, considerando o disposto no artigo segundo, § primeiro, da Lei Federal 8072/90.

Cabe invocar ensinamento do STF: “*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu*

parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59” (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Merece destaque o julgado do STJ: *“A Lei Federal 11464/2007, ao introduzir nova redação ao artigo segundo, parágrafo primeiro, da Lei Federal 8072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda aos condenados pela prática desses tipos de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade da sanção firmada (Habeas Corpus 188.950/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 05.04.2011, DJE 06.05.2011).*

Importante salientar que a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado para os crimes hediondos e assemelhados, em verdadeiro mandado de criminalização, o que denota, que a sua não observação representaria, inclusive, descumprimento ao princípio da força normativa e ao caráter vinculante das normas constitucionais.

Houve, em suma, motivação suficiente e em sintonia com o caso concreto, e se justifica a fixação do regime fechado.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo.

JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS

RELATOR