



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000296571

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501922-24.2024.8.26.0628, da Comarca de Itapevi, em que é apelante KENNEDY GOMES DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento parcial ao recurso para reduzir a pena para três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão e trezentos e trinta e três (333) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), RENATO GENZANI FILHO E CARLA RAHAL.

São Paulo, 27 de março de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16156

Apelação Criminal nº 1501922-24.2024.8.26.0628

Comarca: Vara Criminal de Itapevi

Juiz de Direito: doutor Udo Wolff Dick Appolo do Amaral

Apelante: Kennedy Gomes dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVIMENTO PARCIAL.

I. Caso em Exame

1. Kennedy foi condenado a três anos e oito meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de trezentos e oitenta dias-multa, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de um salário mínimo, por tráfico de drogas. Em 10.9.2024, em Itapevi, SP, foi flagrado com 691 invólucros de maconha, 854 de cocaína e 173 de crack. Confessou o crime ao ser abordado por policiais.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, se deve haver atenuação pela confissão espontânea, se o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 deve ser aplicado em seu patamar máximo e se o regime inicial deve ser aberto.

III. Razões de Decidir

3. A materialidade e autoria do delito são incontroversas e foram comprovadas por diversos documentos e depoimentos. A confissão judicial do apelante está em sintonia com as provas colhidas.

4. A pena-base foi ajustada devido à quantidade e variedade de drogas. A confissão espontânea foi considerada para atenuação da pena.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido parcialmente para reduzir a pena para três anos e quatro meses de reclusão e trezentos e trinta e três dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.

Tese de julgamento: 1. A quantidade e variedade de drogas justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. 2. A confissão espontânea atenua a

pena.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput e § 4º; Código Penal, art. 33, § 3º, e 59, inc. III.

Jurisprudência Citada:

TJSP, Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, j. 29.1.2020; STJ, HC 502098/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 30.5.2019.

I- Relatório em acréscimo ao de fls. 130

O apelante, **Kennedy**, foi condenado à pena de três (3) anos e oito (8) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, em caso de conversão, além do pagamento de trezentos e oitenta (380) dias-multa, no mínimo estabelecido em lei, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período, e por prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, como incurso no **artigo 33, “caput”, e § 4º, da Lei nº 11.343/2006**, porque, em **10.9.2024**, por volta de **00h30**, na Rua Cândido Portinari, 10, Jardim Ruth, em Itapevi, SP, trazia consigo, para fins de tráfico, 691 invólucros contendo "maconha" (1.715,2 gramas), 854 invólucros e microtubos contendo cocaína (495,6 gramas) e 173 invólucros contendo "crack" (66,89 gramas), tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. O apelante trazia consigo os entorpecentes acima descritos, em via pública, quando foi flagrado por policiais. Ele tentou fugir, mas foi detido e abordado logo em seguida. Indagado, confessou informalmente a prática do delito, sendo realizada a sua prisão em flagrante.

Nas razões de apelação oferecidas pela Defensoria Pública, requereu-se **a)** pena-base no mínimo legal ou que sua elevação seja limitada a 1/8; **b)** atenuação pela confissão espontânea; **c)** diminuição, na terceira fase da dosimetria, pelo redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, pois

preenchidos todos os seus pressupostos; e **d)** regime inicial aberto (fls. 146/152).

Contrarrazões a fls. 156/158, para manutenção da r. sentença.

Houve trânsito em julgado para o Ministério Público, em 3.2.2025 (fls. 159).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 168/174).

A prova oral foi colhida e registrada em meio audiovisual no SAJ, estando disponível a fls. 129.

II – Fundamentação

O recurso comporta parcial acolhimento, respeitando o entendimento do culto Magistrado, doutor Udo Wolff Dick Appolo do Amaral.

A *materialidade delitiva* e a *autoria*, além de incontroversas, foram comprovadas pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1 e 6/8, boletim de ocorrência de fls. 2/5, auto de constatação preliminar de fls. 11/14, auto de exibição e apreensão de fls. 15, laudo de exame químico toxicológico de fls. 66/68, laudo pericial de fls. 78/105, bem como pela prova oral produzida em Juízo, cocaína, “crack” e “maconha” foram apreendidos.

Silente na fase inicial (fls. 8), o **apelante confessou a prática do tráfico, em juízo**. Realmente estava traficando, sendo verdade o que os policiais disseram. Passou por uma situação difícil no começo do ano, o que o levou ao vício em drogas e a realizar o tráfico. Faz isso apenas para poder usar entorpecentes. Não sabe dizer exatamente a quantidade de entorpecentes que trazia consigo, porque tinha acabado de receber a mochila. Pela venda do material,

receberia R\$ 100,00 em dinheiro e R\$ 100,00 em drogas.

E a confissão judicial está em sintonia com o restante da prova oral colhida em contraditório.

Wagner, policial militar, esclareceu que, durante regular patrulhamento, realizaram incursão a pé na comunidade, palco de vários crimes, principalmente de tráfico. No escadão, viram o apelante com uma mochila azul nas costas e segurando um saco plástico na mão. **Quando ele notou a presença policial, saiu correndo, mas foi alcançado e abordado. Havia entorpecentes tanto na mochila quanto na embalagem plástica que ele trazia consigo. Indagado, confessou a realização do comércio espúrio e revelou que recebia R\$ 200,00 por "turno".**

Ivan, policial militar, depôs no mesmo sentido, confirmando que, ao descerem o escadão, avistaram o apelante, que fugiu ao perceber a presença dos policiais. **Conseguiram abordá-lo alguns metros à frente, na posse das drogas. Ele admitiu que recebia R\$ 200,00 para trabalhar na mercancia ilícita.**

Como se viu, os policiais militares, em depoimentos firmes e coesos, incriminam o recorrente, confirmando a apreensão das porções ilícitas em seu poder e a admissão da prática do comércio proscrito, inexistindo razão para rechaçar suas narrativas, **prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.**

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

Diante desse cenário, as provas são robustas e suficientes para embasar a condenação.

Ele trazia consigo, para fins de tráfico - 691 invólucros contendo "maconha" (1.715,2 gramas), 854 invólucros e microtubos contendo cocaína (495,6 gramas) e 173 invólucros contendo "crack" (66,89 gramas). Ele admitiu isso em juízo e a confissão foi confirmada, como se viu, pelos depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante.

Cumprе notar que, para a caracterização do crime de tráfico, não se exige a comprovação dos atos de comércio. É que o artigo 33 da Lei de Drogas possui múltiplo conteúdo, de maneira que basta a prática de qualquer uma das condutas descritas no tipo penal para a sua configuração, como ocorreu na hipótese vertente (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* - 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Guilherme G. Strenger - J. 29.1.2020).

Em consequência, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório, tanto que a Defensoria Pública, em suas razões de apelo, limitou-se a pleitear a redução da pena e a fixação de regime prisional aberto para o início da expiação.

A dosimetria, porém, exige pequeno ajuste.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista a variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos destinados ao comércio – mais uma vez lembrada, 691 invólucros contendo "maconha" (1.715,2

gramas), 854 invólucros e microtubos contendo cocaína (495,6 gramas) e 173 invólucros contendo "crack" (66,89 gramas) - circunstâncias que denotam, de fato, a maior censurabilidade da conduta e a justifica o rigor adotado, pelas nefastas consequências a usuários e viciados, com preocupação dos respectivos colegas, amigos e familiares, com prejuízo à saúde, não só genérica, mas para cada um dos integrantes da sociedade e, porque não, motivação para outras infrações penais, pois geralmente quem se vê na condição, não raras vezes, comete pequenos delitos para possibilitar a compra de drogas.

De acordo com a Lei 11.343/2006, art. 42, a **quantidade e natureza da droga apreendida** são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado (*HC 502098/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 30.5.2019 – Dje 4.6.2019). No mesmo sentido: *HC 479977/SP* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 14.5.2019 – DJe 23.5.2019 e *HC 489860/RJ* – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – J. 23.4.2019 – DJe 30.4.2019.

Diante disso, é suficiente a elevação de 1/5, tendo-se seis (6) anos de reclusão e pagamento de seiscentos (600) dias-multa.

Na segunda fase, em razão da presença da confissão espontânea, atenua-se a pena em 1/6, tendo-se cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa. Não há outras atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, ele foi beneficiado com a incidência da causa de diminuição do **artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006**, pela primariedade (fls. 76/77) e ausência de prova de integrar a criminalidade organizada. De outro lado, ele contribuiu para a descoberta da verdade real: admitiu aos policiais a traficância, e em Juízo. Assim, fica mantida a diminuição de 1/3, alcançando-se

três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão e trezentos e trinta e três (333) dias-multa, fração que se mostrou adequada e pertinente ao caso concreto.

A causa de diminuição não foi afastada, ao contrário, ela incidiu no caso dos autos, entretanto, usando-se de ponderação e proporcionalidade, fixou-se um "quantum" entre o mínimo e o máximo, em conformidade com a correta discricionariedade judicial. Na norma legal não há imposição de sempre aplicar a fração de 2/3: "§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Fere o princípio da isonomia tratar alguém com quem fora apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes, tal qual na espécie, comparado com quem está realizando o tráfico de 10 ou 20 porções da mesma droga. Aquele deve ser apenado de maneira mais severa, porque lesa a saúde pública de maneira mais intensa, com risco a fornecimento a mais usuários e a mais viciados, com prejuízo de suas vidas. Ademais, como bem ressaltado na respeitável sentença, ele não demonstrou o exercício de ocupação lícita, a indicar que fazia do comércio vil não apenas o seu meio de obter drogas para o consumo pessoal, mas também como sustento.

O valor unitário do dia-multa foi acertadamente estabelecido no mínimo, por falta de informações acerca da condição financeira do recorrente.

O **regime inicial é o semiaberto**, para o caso de descumprimento das penas alternativas abaixo mencionadas, por força do art. 33, § 3º, e 59, inc. III, do Código Penal, satisfazendo-se, assim, o binômio necessidade/suficiência.

Com a nova sistemática promovida pela Lei nº 13.964/2019, há de se reconhecer que o tráfico privilegiado deixou de ser considerado hediondo, a corroborar o entendimento já pacificado pela Jurisprudência dos Tribunais Superiores (*Pet 11796/DF* – S3 – Terceira Seção – Relatora Ministra Maria

Thereza de Assis Moura – J. 23.11.2016 – DJe 29.11.2016, que se reporta ao **HC 118.533/MS** do Supremo Tribunal Federal, acrescente-se que julgamento foi em 27.6.2012 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Dias Toffoli). No mesmo sentido: **HC 522614/BA** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. 10.12.2019 – DJe 19.12.2019 e **HC 497365/SP** – T5 – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – J. 11.4.2019 – DJe 29.4.2019, para exemplificar.

Ora, não adiantaria nada ser maleável quanto ao "quantum" da pena se não se fosse com relação ao regime, por isso mesmo pode haver uma gradação entre "fechado", "semiaberto" e "aberto".

Por outro lado, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

"3. Uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJ 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal - com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006." (**AgRg no HC 769166/MS** – T6 – Sexta Turma – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – J. 4.10.2022 – DJe 17.10.2022).

No caso presente, considerando a ausência de reincidência e a concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas em

atenção às circunstâncias da prisão em flagrante, sobretudo a considerável quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, a indicar a disseminação em larga escala, **afigura-se razoável a fixação do regime intermediário** para o início da expiação, em caso de conversão.

O apelante, jovem, com 25 anos de idade à época, não tinha experiência com o crime, todavia, quando se envolveu em uma atividade criminosa, já foi com o comércio de drogas, delito grave, pelas danosas consequências que causa à pessoa individualmente e à sociedade. Mostrou-se audaz e perigoso. Desejava o ganho fácil e rápido, impensável nos tempos hodiernos, quando se sabe da lesão causada a usuários e viciados, de forma intensa e prolongada.

A imposição do módulo carcerário inicial semiaberto, calcada nos graves contornos fáticos do caso presente, harmoniza-se com todas as regras e princípios jurídicos de regência da matéria, alinhando-se, ademais, com a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

No regime escolhido ele fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, parágrafo 1º, do Código Penal). O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal).

Em regime inicial intermediário, ainda, poderá refletir sobre a erronia de sua conduta, ao mesmo tempo, é repreendido do ato que realizou, previne-se que não o faça mais e outros delitos, por fim, efetiva-se sua integração social.

Por fim, **houve a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de um salário mínimo)**. Em caso de descumprimento e conversão, o

regime, como dito, será o inicial semiaberto.

Diante das circunstâncias do caso concreto, sobretudo da significativa quantidade de drogas apreendidas, de natureza altamente deletéria, pode-se afirmar que o apelante foi, deveras, beneficiado, com a substituição.

Todavia, por inexistir recurso da Acusação, nada se modifica. Respeita-se, portanto, o entendimento do Juízo de Primeiro Grau, que alicerçou sua convicção nas provas e na conjuntura em que exerce a jurisdição.

III – Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo provimento parcial do recurso para reduzir a pena para três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão e trezentos e trinta e três (333) dias-multa, mantidos os demais termos da respeitável sentença.

Recurso livre, fls. 134.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.