



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000378855

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500068-71.2024.8.26.0441, da Comarca de Peruíbe, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados JEFFERSON KAUE MOURA DO NASCIMENTO e RAFAEL SANTANA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, para majorar as penas aplicadas, fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, ficando os réus Jefferson Kaue Moura do Nascimento e Rafael Santana dos Santos condenados, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 520 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau. 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, 16 de abril de 2025.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500068-71.2024.8.26.0441

Comarca de Peruíbe – 1ª Vara

Apelante: Ministério Público

Apelados: Jefferson Kaue Moura do Nascimento e Rafael Santana dos Santos

Voto nº 29778

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – RECURSO MINISTERIAL VISANDO AO AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - ACOLHIMENTO. Existindo nos autos evidências de não se tratarem os réus de pequenos e eventuais traficantes, mas de pessoas envolvidas na atividade criminosa do tráfico, impõe-se o afastamento da redução da pena com base no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Recurso Ministerial provido, para majorar as penas aplicadas aos réus, afastar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e fixar o regime inicial fechado.

Vistos.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso de Apelação da r. sentença datada de 21.11.2024, prolatada pelo MMº Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Peruíbe, que condenou os réus Jefferson Kaue Moura do Nascimento e Rafael Santana dos Santos às penas de 01 ano, 08 meses e 25 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 173 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, no

valor de 01 salário-mínimo, e prestação de serviços à comunidade, por tempo igual ao da condenação, como incursos no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (fls. 238/249).

Em suas razões, o Ministério Público pleiteou o afastamento da redução aplicada com base no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06; a fixação do regime inicial fechado; e o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 262/268).

Por sua vez, a Defesa, em contrarrazões, requereu o não provimento do recurso Ministerial (fls. 284/291).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso do Ministério Público (fls. 361/374).

É o relatório.

Os apelados foram denunciados como incursos no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, c. c. o artigo 29, “caput” do Código Penal, porque, no dia 15.01.2024, por volta das 19h40, na Rua Beira Rio, nº 100, Jardim Veneza, na cidade e Comarca de Peruíbe, em unidade de desígnios e comunhão de propósitos e contando com a participação do réu Rafael Santana dos Santos, o acusado Jefferson Kaue Moura do Nascimento trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, 455 porções de cocaína, com peso bruto de 436,82g; 142 porções de maconha, com peso bruto de 560,82g; 362 porções de “crack”, com peso bruto de 117,27g; e 118 porções de “skunk”, com peso bruto de 315,99g, substâncias que causam dependência física e psíquica, sem

autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (fls. 70/72).

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença que condenou os ora apelados, como incursos no artigo 33, “caput” e § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Em que pesem as contrarrazões da Defesa, o recurso do Ministério Público deve ser provido, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foram adequadas ao caso.

Inicialmente, anoto que, muito embora não tenha havido irresignação quanto às condenações dos ora apelados, a materialidade e a autoria do delito ficaram bem demonstradas.

Com efeito, indiscutível a materialidade do delito em face do boletim de ocorrência (fls. 11/15), do auto de exibição e apreensão (fls. 16/17), do auto de constatação preliminar (fls. 18/19), das fotografias (fls. 34, 36/40), do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 222/225), do laudo pericial (fls. 304/308), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste, tendo em vista que as confissões dos réus em Juízo (fls. 235/236 – gravação audiovisual) foram corroboradas pelos demais elementos de prova trazidos aos autos, tais como o depoimento da testemunha Paulo Rogério Casemiro, policial militar (fls. 235/236 – gravação audiovisual).

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

Quanto às penas, contudo, a sentença merece reparo.

O MMº Juiz, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do CP e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixou a pena-base acima do mínimo legal para ambos os acusados, em 06 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 625 dias-multa, no valor unitário mínimo, o que se mostrou adequado, já que foram apreendidas 142 porções de maconha, com peso bruto de 560,82g; 118 porções de “skunk”, com peso bruto de 315,99g; 455 porções de cocaína, com peso bruto de 436,82g; e 362 porções de “crack”, com peso bruto de 117,27g – estas últimas substâncias que geram dependência química rápida, a demonstrar o alto grau de reprovabilidade da conduta dos acusados, merecendo, por isso, tratamento mais severo.

A propósito: “O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos” (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje. de 05-06-12, grifei).

Na segunda fase, para ambos os réus, considerando presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, as penas foram reduzidas em 1/6, resultando em 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 520 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na derradeira etapa, considerando que os réus são primários, não têm maus antecedentes e por entender que não existem evidências de que estejam envolvidos com organização criminosa ou se dediquem a atividades criminosas, o sentenciante

reduziu as penas no patamar de 2/3, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, resultando em 01 ano, 08 meses e 25 dias de reclusão e pagamento de 173 dias-multa, no valor mínimo legal.

No entanto, entendo que, *in casu*, não é possível aplicar o benefício previsto no 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 os réus serem primários e não terem maus antecedentes, restou amplamente demonstrado que eles se dedicavam à atividade criminosa, pois não se pode imaginar que traficantes iniciantes e eventuais tivessem em seu poder tamanha quantidade de drogas (455 porções de cocaína, com peso bruto de 436,82g; 142 porções de maconha, com peso bruto de 560,82g; 362 porções de “crack”, com peso bruto de 117,27g; e 118 porções de “skunk”, com peso bruto de 315,99g), além de ter havido a apreensão, com o réu Jefferson, de R\$ 88,00 em notas diversas, as quais ele confessou serem produto da venda de outras porções, além de anotações da contabilidade da traficância, o que afasta definitivamente o reconhecimento de tal benefício.

Nesse contexto, nesta fase da dosimetria, atendendo ao apelo Ministerial, afasto a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, resultando as penas em 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 520 dias-multa, no valor unitário mínimo, penas essas que torno definitivas, à míngua de outras causas modificativas.

Com relação à fixação do regime aberto, a sentença também merece reparo, tal como pleiteado pelo Ministério Público.

De fato, diferentemente do disposto na sentença monocrática, o regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto) não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado não apenas em razão 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 não serem os réus de ínfimos e eventuais traficantes, tendo em vista a quantidade de drogas, somada à apreensão de quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, e anotações acerca da contabilidade do tráfico de drogas, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado.

Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.

No mais, ainda que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, por maioria, tenha deferido a ordem e declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando,

portanto, o regime integral fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos e assemelhado, posteriormente, houve por bem o Poder Legislativo editar a Lei nº 11.464/2007, para disciplina da Lei nº 8.072/90, estabelecendo, sim, a obrigatoriedade do regime fechado para os agentes dos crimes em comento, mas apenas para o início do desconto da pena privativa de liberdade.

A dinâmica da realidade fez com que, já em face do novo diploma legal, a Suprema Corte declarasse, *incidenter tantum*, também a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com o especial escopo de expungir a obrigatoriedade do regime fechado, ainda que para o limiar da execução penal.

Contudo, saliento que a declaração de inconstitucionalidade da norma que estabelece o regime inicial fechado aos agentes condenados por crimes hediondos e assemelhados, recentemente proclamada pela Suprema Corte, não tem reflexo sobre os casos em geral, mormente em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas *inter partes*, enquanto não acionado o mecanismo previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Dessa forma, como não publicada ainda a correspondente resolução por parte do Senado Federal, pode-se afirmar que a norma infraconstitucional em questão ainda conserva a sua validade e eficácia, não tendo como se falar em inconstitucionalidade.

Da mesma forma, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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 agora estabelecida ser incompatível com o benefício, como já mencionado, a quantidade de entorpecentes demonstra a altíssima reprovabilidade da conduta dos acusados.

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.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, para majorar as penas aplicadas, fixar o regime inicial fechado e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, ficando os réus Jefferson Kaue Moura do Nascimento e Rafael Santana dos Santos condenados, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 anos, 02 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 520 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA
Relator