



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000405226

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501514-68.2024.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante KAUÃ AMARAL DOS REIS, 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 parcial provimento ao recurso para reconhecer a menoridade relativa, sem alteração da pena final, no mais, a respeitável sentença é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 16318

Apelação Criminal nº 1501514-68.2024.8.26.0196

Comarca: 3ª Vara Criminal de Franca

Juiz(a) de Direito: doutor(a) Rodrigo Miguel Ferrari

Apelante: Kauã Amaral dos Reis

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

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

I. CASO EM EXAME

1. Kauã foi condenado a um ano e oito meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de três salários mínimos, por tráfico de drogas. No dia 18.3.2024, em Franca/SP, foi flagrado com 16 porções de cocaína e uma porção de maconha, sem autorização legal. A defesa apelou pela desclassificação para uso pessoal e absolvição.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em (i) a desclassificação do crime de tráfico para uso pessoal e (ii) a absolvição com base na inexistência de cometimento de infração penal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e autoria do tráfico de drogas foram comprovadas por depoimentos de policiais e provas documentais.

4. A negativa do réu não convence frente aos depoimentos coesos dos policiais, que gozam de presunção de legitimidade.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Recurso parcialmente provido para reconhecer a menoridade relativa sem alteração da pena final.

TESE DE JULGAMENTO: 1. As circunstâncias do caso concreto comprovam que as drogas destinavam-se ao tráfico de drogas, não sendo possível a desclassificação para consumo próprio. 2. Reconhecimento da menoridade relativa, mas a pena não fica aquém do mínimo em atenção à Súmula 231 do STJ.

LEGISLAÇÃO CITADA:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Lei nº 11.343/06, art. 33; Código Penal, art. 33, § 2º, alínea "c";
Constituição Federal, art. 5º, inciso XLIII.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STF, HC 118.533/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.6.2012.

TJSP, Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050, Rel. Des.
Guilherme G. Strenger, j. 29.1.2020.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 174/175

O apelante, **Kauã** (18 anos, fls. 9), foi condenado à pena um (1) ano e oito (8) meses de reclusão, em **regime inicial aberto**, e ao pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no mínimo legal, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de três (3) salários mínimos, como incurso no **artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06**, facultado o apelo em liberdade, porque no dia **18.3.2024**, **às 3h27min**, na Rua Heitor Vilalobos, nº 401, Recreio Campo Belo, Franca/SP, trazia consigo e transportava 16 porções de cocaína e uma porção de maconha, visando o consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Policiais Militares, em patrulhamento ostensivo, receberam denúncia anônima de que o apelante estava promovendo o crime de tráfico de drogas no local dos fatos. Considerando que ele é conhecido nos meios policiais por este delito, rumaram para a localidade, onde o visualizaram. Assim que Kauã viu a viatura, empreendeu fuga, visando se desvencilhar de eventual abordagem. Durante a tentativa de fuga, jogou um objeto ao solo. Após breve busca pelos policiais, uma pequena sacola foi encontrada, contendo 16 porções de cocaína e uma porção de maconha. Informalmente, Kauã afirmou que é usuário e que tais entorpecentes são para seu uso pessoal.

Nas razões de apelação, sustentou-se **a)** desclassificação para a rubrica do artigo 28 da Lei de Drogas; e **b)** absolvição com fundamento no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal (fls. 191/201).

Contrarrazões da Acusação (fls. 205/214), requerendo a manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado ao Ministério Público em 4.2.2025 (fls. 188).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 205/214).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, a mídia digital encontra-se disponível no SAJ (fls. 143).

II – Fundamentação

O apelo comporta parcial acolhimento, respeitando o entendimento do culto e dedicado Magistrado, doutor Rodrigo Miguel Ferrari.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1, boletim de ocorrência de fls. 2/5, auto de exibição e apreensão de fls. 20, laudo de constatação de fls. 22/26, exames químicos toxicológicos de fls. 70/72, 73/75 e prova produzida em Juízo, cocaína e maconha foram apreendidas.

A *autoria* é certa e atribuível ao apelante.

No distrito, negou a acusação. Estava indo para a sua residência, momento em que, visualizou uma viatura da Polícia Militar e saiu em debandada carreira, já que estava com as drogas apreendidas. É usuário de drogas e as substâncias são para o seu consumo próprio (fls. 12).

Em Juízo, **reiterou a versão**. Mora com a família no Conjunto Habitacional. Foi abordado nas proximidades da portaria. Havia acabado de adquirir as drogas apreendidas. Fugiu por medo. Os entorpecentes eram para uso próprio. Estava com mais dois indivíduos. Foram 16 papelotes de cocaína e 15 gramas de maconha. Foi apreendido quando menor de idade. Fazia "bicos" de pintor. Pagou R\$ 200,00.

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, art. 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (art. 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A negativa não convence.

Danilo, policial militar, depôs que **a equipe recebeu uma denúncia direta informando que Kauã, já conhecido dos meios policiais, estaria praticando o tráfico de drogas no Conjunto Habitacional**. Precisaram de apoio devido às rotas de fuga. **Visualizaram o apelante. Ao perceber a presença policial, tentou fugir**. Ele foi acompanhado à pé. **No trajeto, dispensou um saco plástico**. Ele tentou esconder-se em um apartamento. **Retornaram ao local em que o saco foi dispensado, encontrando cocaína e maconha. Ao ser abordado, assumiu a propriedade da droga**. Desde o início, a denúncia chegou em nome

dele. Viram nitidamente o momento em que ele dispensou a droga. **Já prendeu o apelante outra vez por tráfico de drogas, não se recorda se na época era menor de idade.** Kauã alegou que a droga era para seu consumo. Apresentava-se lúcido. Não encontraram dinheiro. Não encontraram utensílios para o consumo de drogas.

No mesmo sentido, o depoimento do policial militar Thiago. Acrescentou que assim que ingressaram no condomínio, Kauã empreendeu fuga à pé. Ele foi acompanhado. No trajeto, dispensou algo. Foi detido tentando se esconder. Encontraram maconha e cocaína no saco dispensado. **Kauã assumiu a propriedade das drogas. Já era conhecido da equipe. Prendeu ele antes.** Não se recorda muito bem, mas acredita que era menor de idade. Quando detido demonstrava plena lucidez. Não encontraram dinheiro. Não encontraram utensílios para o consumo de drogas. O apelante disse que residia no condomínio. Ele estava sozinho quando encontrado.

Os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há razões para rechaçar seus depoimentos. Pelo contrário, é fundamental ressaltar a ausência de indícios de qualquer intenção deliberada de prejudicar o recorrente. Tampouco há evidências de falsidade em suas declarações. Seu propósito é expor os resultados de seu trabalho, visando coibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (art. 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

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.

As provas são robustas e incriminam o recorrente.

A responsabilidade criminal pelo delito de tráfico de drogas ficou bem comprovada. Conforme se viu, os policiais militares receberam denúncia de que o narcotráfico estaria sendo praticado no local dos fatos por Kauã, já conhecido nos meios policiais por diversos atos infracionais na menoridade, incluindo tráfico de drogas (fls. 82 e certidões de 95/98).

Assim que visualizou a equipe policial, Kauã tentou fugir, dispensando uma sacola com os entorpecentes apreendidos (16 porções de cocaína de 7,8 gramas e uma porção bruta de maconha de 15,3 gramas, fls. 24).

Nos termos do **artigo 33 da Lei nº 11.343/06**, as condutas penalizadas são diversas. Salienta-se que, para a configuração deste delito, não se faz necessário que o agente seja flagrado durante o ato explícito de comercialização das substâncias proscritas. Para isso, basta que seja pratique qualquer das condutas incriminadoras descritas no tipo penal, como no caso em comento.

Para a configuração do narcotráfico não se exige a visualização de

qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo despicienda a “traditio” para consumação do delito (RJTJSP - vol. 97, pág. 512) (cf. *Apelação Criminal nº 0023429-16.2018.8.26.0050* - 11ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Guilherme G. Strenger - J. em 29.1.2020).

Não se cogita a desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Ainda que a quantidade de maconha seja inferior a 40 gramas, é certo que o contexto da prisão em flagrante demonstra que as drogas se destinavam ao comércio proscrito. Isso porque havia denúncia prévia e não se tratava apenas de maconha, mas também 16 porções de cocaína. A variedade de entorpecentes não sugere o consumo próprio. Além disso, ele é conhecido nos meios policiais pela prática de ilícitos, incluindo o tráfico de drogas.

Outrossim, não se encontrou qualquer aparato voltado ao consumo e eventual condição de usuário não afasta, por si só, a traficância.

Sobre a questão já se manifestou esta C. Corte: “A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (TJSP HC 42.229-3 Rel. Onei Raphael RJTJSP 101/498) (*Apelação Criminal nº 0005242-67.2018.8.26.0564* - 8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - Rel. Des. Marco Antônio Cogan - J. 8.8.2019, publicação eletrônica no site, p. 15).

Portanto, outra não poderia ser a solução adotada, que não a prolação de decreto condenatório.

A dosimetria não exige reparo.

Na **primeira fase**, a pena-base foi fixada no mínimo legal, tem-se cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

Na **segunda fase**, deve-se reconhecer a menoridade relativa (18 anos, fls. 9), todavia, a pena não fica aquém do mínimo em atenção à Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”. Posição esta que, majoritariamente, prevalece no Estado de São Paulo: cf. RT 795/623, 755/615, 735/588, apenas para ilustrar. Não há outras atenuantes ou agravantes.

Na **terceira fase**, o recorrente foi beneficiado com a aplicação do redutor previsto no **§ 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, na fração de 2/3**, por ser primário e não haver prova de que integre organização criminosa.

Em verdade, a causa especial de diminuição de pena poderia ter sido afastada pela evidente dedicação ao tráfico, ele respondeu a ato infracional (fls. 82) e, pouco tempo depois, foi condenado pelo mesmo delito (fls. 141/142). Por falta de recurso da Acusação, mantém-se a sentença para evitar *reformatio in pejus*.

Sendo assim, a pena totalizou um (1) ano e oito (8) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa.

A pena é final, pois nada mais a modifica.

O valor unitário do dia-multa fica no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o inicial aberto.

O art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, permite essa escolha.

Pela redação da Constituição Federal, promulgada em 5.10.1988, a lei vai considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (art. 5º, inciso XLIII).

Pelo rigor de tratamento com os crimes hediondos, o tráfico em comento foi equiparado à essa modalidade de infração penal, todavia, com a vigência da Lei nº 11.343/2006, possibilitou-se a diminuição da pena, de 1/6 a 2/3, no art. 33, § 4º, logo, houve uma modificação na interpretação, *in bonam parte*, ou seja, quando esse dispositivo legal incide, não se equipara o delito ao delito hediondo (*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.

A Lei nº 13.969/2019, Pacote Anticrime, estabeleceu no art. 112, § 5º, da Lei de Execução Penal, em conformidade à exegese jurisprudencial: "Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo (progressão - acresceu-se), o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006.

E não padece de inconstitucionalidade a norma em questão, numa

primeira leitura, porquanto o tráfico não é, textualmente, segundo redação da Carga Magna, crime hediondo ou equiparado a ele, deve ser insuscetível de fiança, graça ou anistia, mas não para outros efeitos. Ademais, pelas condições objetivas e subjetivas necessárias para a diminuição, primariedade, bons antecedentes, não reiterar no crime ou integrar organização criminosa, condiz com o espírito da lei ser mais flexível quando o agente comete esse tipo de comércio ilegal de drogas e afins, ao contrário, faz-se efetivar a individualização da pena, a proporcionalidade e a razoabilidade, princípios inerentes à aplicação da pena.

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".

Kauê era primário ao tempo dos fatos (fls. 141/142) e a quantidade de droga apreendida não foi exagerada.

Sobre a possibilidade de escolha de regime mais benéfico no caso, especificamente aberto, veja-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: **RHC 113380/DF** – T2 - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - J. em 28.08.2012 e **HC 109583/MS** - T2 - Rel. Min. Gilmar Mendes - J. em 15.05.2012.

Por fim, **aplicando-se o art. 44, § 2º c. c. o art. 77, inciso III, ambos do Código Penal, substituiu-se a pena corporal por prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, cujo melhor disciplinamento será feito no Juízo das Execuções, verificando-se as aptidões do sentenciado e disponibilidade de tempo, segundo o art. 46 e parágrafos do estatuto repressivo; e prestação pecuniária de três (3) salários mínimos, para correta repressão, prevenção (especial – não cometimento do mesmo delito e geral – realização de outras infrações penais) e ressocialização criminais (com convívio harmônico em sociedade, já que é imprescindível.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

A substituição é permitida, desde que haja requisitos legais, pelo HC nº 97.256-RS (Rel. Min. Ayres Britto do STF, de setembro de 2010) e Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal.

Para o caso de descumprimento e conversão, o regime será o inicial aberto, como já dito.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para reconhecer a menoridade relativa, sem alteração da pena final, no mais, a respeitável sentença é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso livre (fls. 179), nada a deliberar.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.