



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000310858

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500560-68.2024.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSÉ ANTONIO AQUINO ALVES DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso minsiterial e, de ofício, alteraram o regime inicial de cumprimento a pena imposta a JOSE. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), MARCOS ZILLI E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 31 de março de 2025.

LEME GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

16ª Câmara de Direito Criminal
APELAÇÃO n. 1500560-68.2024.8.26.0407
Comarca: OSVALDO CRUZ
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO
Apelado: JOSÉ ANTONIO AQUINO ALVES DE OLIVEIRA
Voto: 32496

APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Autoria e materialidade incontroversas. Recurso ministerial. Pleito de afastamento do redutor previsto no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. Não cabimento. Acusado primário, sem demonstração de que se dedique a atividades criminosas ou que pertença a organização criminosa, preso com quantidade de drogas não expressiva. Tráfico privilegiado bem reconhecido. Pena-base elevada na razão de 1/6, em virtude das circunstâncias do crime, posto que o apelante empreendeu fuga, colocando em risco a vida dos policiais militares, bem como de pessoas que transitavam pela rodovia. Em que pese a considerável quantidade de entorpecente apreendida (835,25g), a natureza da droga (maconha), permite a redução da pena em seu grau máximo. Cabível a fixação do regime inicial aberto em razão do quantum da pena e a primariedade do réu, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Negado provimento ao recurso ministerial e operada, ex-officio, reformatio in melius em favor do apelado.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra a r. sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Lívia Maria Macagnan Ciciliati, da 2ª Vara da Comarca de Osvaldo Cruz, que condenou JOSÉ ANTONIO AQUINO ALVES DE OLIVEIRA à pena de 01 ano e 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 194 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 252/260).

Em razões de recurso, o Ministério Público requer o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda (fls. 276/282).

Em contrarrazões, manifesta-se a Defesa pelo não provimento do recurso ministerial (fls. 293/306).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Perseu Gentil Negrão, opina pelo provimento do recurso ministerial (fls. 315/320).

É o breve relatório.

O recurso não comporta provimento.

O acusado foi condenado porque, no dia 26 de junho de 2024, por volta das 21h40, na Avenida São Paulo, n. 1194, Parapuã, na cidade de Osvaldo Cruz, transportava e trazia consigo, para fins de tráfico, 01 tijolo de maconha, pesando 835,25g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Narra a denúncia que, na data dos fatos, na condução do veículo VW/Golf, o apelado desobedeceu sinal de parada. Ato contínuo, foi iniciada perseguição policial, que ocorrera desde a cidade de Osvaldo Cruz até a cidade de Parapuã, local em que o réu foi interceptado, pois perdeu o controle da direção do referido veículo e bateu em uma sarjeta.

Em revista pelo mencionado veículo, os policiais militares lograram êxito em localizar debaixo do banco traseiro, o tijolo de maconha acima referido, além da quantia de R\$ 75,00, em dinheiro, bem como dois aparelhos de telefonia celular.

De início, cumpre asseverar que a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas restaram demonstradas a partir do consistente conjunto probatório, de tal modo que a Defesa sequer se insurgiu contra a r. sentença. A irresignação do Ministério Público se refere à dosimetria da pena e ao regime inicial fixado para o seu cumprimento, razão pela qual passo à análise das teses ministeriais.

Na primeira etapa, a pena-base, de modo eskorreito, foi elevada na razão de 1/6, ante as circunstâncias negativas do crime, posto que conforme consignado pelo d. juízo *a quo* "O réu empreendeu fuga pela rodovia em altíssima velocidade, realizou manobras perigosas, conduziu pela contramão, fez ultrapassagens pelo acostamento e, com isso, colocou em risco a vida e a segurança dos policiais militares e das demais pessoas que trafegavam pelo local" (fls. 258).

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, a pena se manteve inalterada.

Na terceira etapa, a despeito da preclara argumentação ministerial, era mesmo de rigor o reconhecimento do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, uma vez que o acusado foi surpreendido 835,25g de maconha

que, diante sua natureza, não se revela excessiva, e não há provas nos autos de que ele se dedique a atividades criminosas ou que pertença a organização voltada à prática de delitos.

Desta forma, considerando as circunstâncias do delito, escorreito o reconhecimento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, totalizando 01 ano, 11 meses 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Tampouco assiste razão ao Ministério Público quanto ao pleito de recrudesimento do regime prisional fixado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Malgrado o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90 determine o início do cumprimento da pena referente ao delito de tráfico de drogas em regime fechado, a inconstitucionalidade da referida norma já foi reconhecida em controle incidental pelo plenário do Supremo Tribunal Federal¹.

De qualquer forma, é de se observar que no caso dos autos houve o reconhecimento do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, cuja hediondez foi afastada pelo Pretório Excelso, no julgamento do HC n. 118.533/MS, de relatoria da Min. Cármen Lúcia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E
PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

¹ HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013.

APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. **1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida².**

A propósito, na mesma linha, a Lei n. 13.964/19, que trouxe inovações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, ao tratar da progressão de regime, previu expressamente que não se considera o crime de tráfico privilegiado, previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, como crime hediondo ou equiparado³.

Em vista disto, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser feita com base nas normas gerais estabelecidas no Código Penal.

Com fulcro no artigo 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 do CP deve ser o norte para determinar o regime adequado ao início do cumprimento da reprimenda, respeitados os limites estabelecidos no § 2º, do artigo 33, do mesmo diploma legal.

² HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016.

³ Art. 112, § 5º, LEP - Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Incluído pela Lei n. 13.964/2019).

Todavia, entendo que a consideração de apenas uma circunstância judicial negativa não induz necessariamente à fixação do regime intermediário, sendo, *in casu*, a imposição do regime inicial aberto suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Nesse sentido, vale mencionar:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL ABERTO. ADEQUAÇÃO. 1. No caso, considerando a pena final aplicada aos agravados, que não ultrapassa 4 anos de reclusão, e a primariedade, adequada a fixação do regime aberto, não obstante a presença de circunstância judicial desfavorável. 2. O "§ 3º do art. 33 do CP, segundo o qual o regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância aos critérios do art. 59 do mesmo diploma legal, não impõe ao julgador, presente circunstância judicial desfavorável, a obrigatoriedade de estabelecer regime mais gravoso, quando aquele cominado ao quantum de pena imposta se mostre suficiente à reprovação do delito" (REsp n. 1.746.489/DF, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/4/2019, DJe 3/5/2019). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 1.476.225/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, j. 03.08.2021 03/08/2021, T6 - SEXTA TURMA, DJe 12.08.2021).

Assim, não há razão para justificar o estabelecimento do regime semiaberto, apenas por se tratar de condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Com efeito, não pode a gravidade abstrata do crime ser suscitada pelo juízo para fixar o regime mais radical, conforme entendimento da Corte Suprema, sumulado:

Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui

motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Portanto, importa repetir, não justifica a fixação de regime inicial mais gravoso a consideração de apenas uma circunstância judicial negativa, porquanto as demais circunstâncias foram consideradas favoráveis.

Desta forma, não há impedimento legal no presente caso para a concessão de regime prisional menos gravoso, até porque a Lei de Drogas não faz nenhuma referência ao regime inicial.

Assim, a despeito da ausência de recurso defensivo e por se tratar de reformatio *in melius*, considerando o *quantum* de pena imposta, aliado à primariedade do apelante, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, fixo o regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

Da mesma maneira, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme a Resolução nº 5/2012 do Senado Federal suspendendo a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º do artigo 33 da Lei de drogas, declarada inconstitucional por decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n. 97.256/RS, considero que as penas alternativas são plenamente aplicáveis no presente caso, porquanto suficientes para a prevenção e reprovação do delito.

No presente caso, estão presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, porquanto o acusado é primário e não possui maus antecedentes e não se trata de crime praticado com violência ou grave ameaça. No mais, adequada ao caso a substituição, pois a aplicação do redutor demonstra menor culpabilidade.

Presentes, portanto, os requisitos estabelecidos no artigo 44, do Código Penal e por ser medida socialmente recomendável substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena privativa de liberdade, e prestação pecuniária no valor de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso ministerial e, de ofício, altero o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta a JOSÉ ANTONIO AQUINO ALVES DE OLIVEIRA, do semiaberto para o aberto, bem como determino a sua substituição por duas penas restritivas de direitos, nos termos acima estabelecidos, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

LEME GARCIA

Relator