



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000315480

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1510642-21.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado WALLACE BITENCOURT LOTERIO.

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. 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) 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. 1510642-21.2021.8.26.0228
Comarca: SÃO PAULO
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO
Apelado: WALLACE BITENCOURT LOTERIO
Voto: 32134

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. Condenação por fato posterior que não pode ser utilizada para justificar o afastamento do benefício. Precedente do E. STJ. Pena fixada no mínimo legal e reduzida no máximo, mantida. Regime inicial aberto devidamente aplicado em razão do quantum da pena e da primariedade do réu. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Negado provimento ao recurso ministerial.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra a r. sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Fernanda Galizia Noriega, da 28ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, que condenou WALLACE BITENCOURT LOTERIO à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 01 salário-mínimo (fls. 195/200).

Em razões de recurso, o Ministério Público requer o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda (fls. 232/236).

Em contrarrazões, manifesta-se a Defesa pelo não provimento do recurso ministerial (fls. 254/258).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Leonardo Bellini de Castro, opina pelo provimento do recurso ministerial (fls. 269/274).

É o breve relatório.

O recurso não comporta provimento.

O acusado foi condenado porque, no dia 28 de abril de 2021, por volta das 17h, na Rua Jacinto Vieira, altura do n. 51, Bairro Cidade Ademar, São Paulo, trazia consigo, guardava e ocultava, para fins de tráfico, 16 porções de cocaína (peso líquido de 10,5g), 26 porções de *crack* (peso líquido de 3,8g), 13 porções de maconha (peso líquido de 20,1g) e 03 porções de *skunk* – derivado da maconha (peso líquido de 1,4g), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Narra a denúncia que policiais civis foram informados por meio de “denúncia anônima” acerca do exercício da traficância no local dos fatos, motivo pelo qual dirigiram-se até lá, verificando que WALLACE comercializava algo.

Diante da fundada suspeita, procederam à abordagem e, em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado. Numa pochete azul que se encontrava ao seu lado, os agentes públicos apreenderam as citadas porções de drogas, além da quantia de R\$20,00.

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 (trânsito em julgado certificado às fls. 246). 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 foi fixada no mínimo legal de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

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 com quantidade de drogas que 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.

Respeitado o entendimento do Ministério Público, a condenação do acusado no processo n. 1515858-60.2021.8.26.0228 não pode ser valorada negativamente na dosimetria da pena do crime julgado nestes autos para o fim de afastar a incidência do redutor, por se tratar de fatos ocorridos posteriormente (em 29.06.2021 – denúncia às fls. 76/80 dos aludidos autos).

Nesse sentido é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGA (2G DE CRACK E 42G DE COCAÍNA). FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR FATO POSTERIOR. NÃO CABIMENTO. MAJORANTE DE PROXIMIDADE DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CARÁTER OBJETIVO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto pelo réu condenado por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006), agravado pela causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da mesma lei, em razão da prática do delito nas proximidades de estabelecimento de ensino.

O recorrente pleiteia o redimensionamento da pena, com a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado no grau máximo, o afastamento da majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, com a consequente abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões centrais em discussão:

- (i) verificar se houve fundamento idôneo para a fixação da pena-base acima do mínimo legal;
- (ii) verificar se o benefício do tráfico privilegiado é aplicável ao recorrente, com consequente redimensionamento da pena, fixação de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade

por restritivas de direitos;

(iii) definir se a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 deve ser mantida.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, a diversidade e a natureza da droga apreendida, bem como a personalidade e a conduta social do agente, são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base.

4. No Caso, o Tribunal de origem fixou a pena-base em 6 anos e 3 meses de reclusão e 750 dias-multa, diante da valoração negativa da quantidade e natureza das drogas apreendidas (2g de crack e 42g de cocaína). Ocorre que, a despeito da alta nocividade do crack e da cocaína, a quantidade de drogas apreendidas não foi relevante, de forma que não comporta o aumento da pena-base com fulcro no art. 42 da Lei de Drogas.

5. A minorante do tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006) deve ser aplicada ao recorrente, pois ele é primário, possui bons antecedentes e não há elementos suficientes para comprovar dedicação a atividades criminosas ou participação em organização criminosa. Fatos posteriores ao crime, que não integram o quadro fático da época, não podem ser utilizados para justificar o afastamento do benefício.

6. A causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 possui natureza objetiva, bastando para sua incidência que o crime tenha sido cometido nas proximidades de estabelecimentos de ensino, sem a necessidade de comprovação do dolo específico do agente. Restou comprovado nos autos que o crime ocorreu a cerca de 350 metros de uma escola, motivo pelo qual a majorante é mantida.

7. O quantum da pena foi redimensionado, com a aplicação da minorante do tráfico privilegiado no grau máximo (2/3), resultando em pena-base reduzida. Na ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, a pena definitiva foi fixada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, observando-se o redutor aplicado.

6. Diante do quantum da pena e das circunstâncias judiciais favoráveis, o regime inicial de cumprimento da pena foi fixado como aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução penal.

IV. RECURSO ESPECIAL

PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE PARA 1 ANO, 11 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO E 194 DIAS-MULTA, FIXAR O REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA E SUBSTITUIR A PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO.
(REsp n. 2.171.699/PR, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 17/12/2024, DJe de 26/12/2024.)

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 e 08 meses de reclusão e pagamento de 167 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Tampouco assiste razão ao Ministério Público quanto ao pleito de recrudescimento 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:

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.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 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 concedida.** (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.)

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 equiparado².

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

² 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).

regime adequado ao início do cumprimento da reprimenda, respeitados os limites estabelecidos no § 2º, do artigo 33, do mesmo diploma legal.

Assim, não há razão para justificar o estabelecimento do regime fechado, 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, também 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.

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.

Por fim, 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.

In casu, estão presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, porquanto o acusado foi considerado primário e sem 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, mantenho a substituição da 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 01 salário-mínimo.

A propósito, esse é o teor da Súmula Vinculante n. 59:

É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso ministerial, subsistindo, na íntegra, a r. sentença de primeiro grau.

LEME GARCIA

Relator