



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000379245

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500598-32.2024.8.26.0229, da Comarca de Hortolândia, em que é apelante RÉGIA CRISTINA BETARELLI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram 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 sem voto), MARCOS ZILLI E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

LEME GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

16ª Câmara de Direito Criminal
APELAÇÃO n. 1500598-32.2024.8.26.0229
Comarca: HORTOLÂNDIA
Apelante: RÉGIA CRISTINA BETARELLI
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO
Voto: 32792

APELAÇÃO. Tráfico de drogas cometido no interior de estabelecimento prisional. Recurso defensivo. Pretensão de aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo. Possibilidade. Primariedade e quantidade de droga que não se mostra excessiva (23g de maconha). Inexistência de elementos que indiquem a dedicação da ré a atividades criminosas ou integração a organização voltada à prática de delitos. Viabilidade de fixação do regime inicial aberto. Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por RÉGIA CRISTINA BETARELLI contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Christiano Rodrigo Gomes de Freitas, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Hortolândia, que a condenou à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 333 dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos, devido à prática do crime previsto no artigo 33, §4º, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06 (fls. 124/128).

Em razões de recurso, pretende a Defesa a redução da pena no grau máximo de 2/3 em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado e a fixação de regime inicial aberto (fls. 136/142).

Contrarrazoado o recurso (fls. 145/148), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Ilson Roberto Severino Dias, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 158/163).

É o breve relatório.

O apelo comporta provimento.

A apelante foi condenada porque, no dia 24 de março de 2024, por volta de 13h15, no interior do Centro de Detenção Provisória de Hortolândia, localizado na Rodovia Jornalista Francisco Aguirre Proença, km 05, Jardim Rosolén, Hortolândia, trazia consigo, com intuito de entrega a consumo de terceiros, uma porção de maconha (peso líquido de 23g – fls. 64), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo consta da denúncia, RÉGIA se dirigiu à penitenciária local para visitar o seu filho e, submetida à revista por meio do aparelho “scanner corporal”, foram identificados “objetos suspeitos” no cós de sua calça, ocasião em que foi localizada a porção de droga acima descrita.

De início, cumpre asseverar que a materialidade e a autoria quanto ao crime de tráfico de drogas restaram demonstradas a partir do consistente conjunto probatório, de tal modo que tais pontos sequer foram objeto de impugnação nos apelos defensivos. A irresignação da Defesa se restringe ao *quantum* de diminuição da pena em razão da incidência da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como ao regime inicial de seu cumprimento, razão pela qual passo à análise da dosimetria penal.

Na primeira fase da dosimetria, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi corretamente fixada no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda permaneceu inalterada, em observância ao enunciado da Súmula n. 231 do C. Superior Tribunal de Justiça ¹.

Na terceira fase, o i. magistrado *a quo* reconheceu a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n. 11343/06 (crime praticado no interior de estabelecimento prisional) bem como da causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33, da Lei 11343/06 (redutor do tráfico privilegiado).

Todavia, com relação aos respectivos aumentos e diminuições, assim procedeu: "*Na terceira fase, sendo*

¹ Súmula n. 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

o ingresso na unidade sido utilizado para dosar a fração do benefício, incide apenas, a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, operando-se a redução por um terço pelo que torno definitiva a pena em 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa.” (fls. 127).

Nesse ponto, nada obstante a respeitável fundamentação, entendo que a pena comporta reparos.

Tendo em vista que o crime foi praticado no interior de estabelecimento prisional, correta a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, com o acréscimo de 1/6, resultando a pena em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Ainda na última etapa, tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida (01 porção de maconha com massa líquida de 23g), a primariedade da ré (fls. 99), bem como da ausência de demonstração de seu envolvimento com atividades ilícitas ou organizações criminosas, de rigor a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, resultando na pena final de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 194 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Considerando o *quantum* de pena imposta, aliado à primariedade da ré, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, fixo regime inicial aberto para o seu cumprimento.

Muito embora o § 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 Federal².

De qualquer forma, é de se observar que no caso dos autos houve o reconhecimento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, 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. 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. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)

² 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.

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 artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, como crime hediondo ou equiparado.³

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 artigo 33, § 2º, do mesmo diploma legal.

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.

Vale registrar, ainda, que a Súmula Vinculante n. 59, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, estabelece como *"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*

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).

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.”

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

Por fim, escoreita a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a qual deve ser mantida, nos termos fixados pela r. sentença, ajustados ao período da pena ora modificado.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir a pena imposta a RÉGIA CRISTINA BETARELLI para 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 194 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e fixar regime aberto para o início de seu cumprimento, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

LEME GARCIA

Relator