



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000298364

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500081-41.2023.8.26.0559, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante YASMIN DY ANTONNYONNY BAPTISTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastaram a preliminar arguida e, no mérito, negaram provimento ao apelo defensivo, mantendo-se inalterada a r. sentença condenatória, 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 Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente) E GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 27 de março de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1500081-41.2023.8.26.0559

Apelante: Yasmin Dy Antonnyonny Baptista

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto

Voto nº 4.711

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO INTERPOSTO PELA DEFESA.

I. CASO EM EXAME:

1. YASMIN DY ANTONNYONY BAPTISTA FOI CONDENADA AO CUMPRIMENTO DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, EM REGIME ABERTO, E AO PAGAMENTO DO VALOR CORRESPONDENTE A 250 DIAS-MULTA.

2. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA APREENSÃO DAS DROGAS, DIANTE DE INVASÃO DOMICILIAR. NO MÉRITO, SUSTENTA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, REQUERENDO A ABSOLVIÇÃO. ALTERNATIVAMENTE, BUSCA O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA E AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO DE PENA PELO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO:

3. A QUESTÃO EM DISCUSSÃO CONSISTE EM: (I) A ILICITUDE DA APREENSÃO DAS DROGAS; (II) A SUFICIÊNCIA DAS PROVAS PARA A CONDENACÃO; E (III) A ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA.

III. RAZÕES DE DECIDIR:

4. DILIGÊNCIA POLICIAL FOI VÁLIDA, POIS A RÉ FRANQUEOU A ENTRADA DOS AGENTES NA RESIDÊNCIA E CONFESSOU A POSSE DAS DROGAS.

5. MATERIALIDADE E A AUTORIA DO CRIME DEMONSTRADAS PELOS

ELEMENTOS DE CONVICÇÃO PRODUZIDOS NAS DUAS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL, INCLUSIVE PELA CONFISSÃO DA APELANTE.

6. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CARACTERIZADAS AS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA, MAS SEM REFLEXOS NA PENA, A TEOR DO QUE DISPÕE A SÚMULA 231 DO C. STJ. FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA PELO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS, MOSTROU-SE ADEQUADO E PROPORCIONAL, DIANTE DA QUANTIDADE EXPRESSIVA DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS PARA A MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA. NO CASO DOS AUTOS, EM 1/6.

IV. DISPOSITIVO E TESE:

7. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO.

Ao relatório da r. sentença (págs. 210/213), proferida pela MM^a. Juíza de Direito Dra. Gláucia Véspoli Dos Santos Ramos de Oliveira, da 5^a Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Yasmin Dy Antonnyonny Baptista**, foi condenada ao cumprimento de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto – *substituída a reprimenda corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade, na forma a ser fixada pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária, no valor de 03 (três) salários-mínimos -, e ao pagamento do valor correspondente a 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.*

Irresignada, surge-se a acusada, arguindo, preliminarmente, ilicitude da apreensão das drogas, diante da ausência de situação de flagrância ou mandado judicial. No mérito, busca a absolvição sustentando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer: **(i)** o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa; **(ii)** aumento da fração de redução da reprimenda pelo privilégio previsto no

artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06; **(iii)** aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 41 da Lei de Drogas; e **(iv)** restituição dos bens apreendidos (págs. 217/232).

Processado e contrarrazoado o recurso (págs. 236/248), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento (págs. 258/262).

É o relatório.

Prima facie, **afasto** a preliminar de nulidade levantada pela Douta Defesa, tendo em vista que não há se falar em ilicitude da diligência policial.

Com efeito, é certo que as hipóteses permissivas de violação domiciliar possuem caráter de excepcionalidade absoluta e taxativa. O texto constitucional preceitua que: ***“(...) a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”*** (artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

No caso dos autos, os policiais civis esclareceram que, dias antes, abordaram indivíduo, conhecido por “capital”, que portava comprimidos de ecstasy. Durante a investigação, receberam denúncia que apontava a acusada como pessoa que armazenava essa substância na residência; dirigiram-se ao local apontado; quando chegaram, visualizaram a ré na frente do imóvel, oportunidade em que, questionada, confessou que armazenava droga sintética no local, franqueando-lhes a entrada. No quarto indicado por ela, os agentes encontraram 600 (seiscentos) comprimidos de ecstasy.

Forçoso reconhecer que a diligência policial não ofendeu a garantia de inviolabilidade do domicílio, uma vez que os policiais já dispunham de informações da ocorrência de tráfico de drogas no local, posteriormente confirmada pela acusada – que inclusive franqueou a entrada dos agentes no imóvel, conforme esclarecimentos prestados por ela em delegacia (pág. 04) -, de forma que não há se falar em prova ilícita, muito menos invasão domiciliar, impondo-se o afastamento da arguição de nulidade processual.

Nessa direção:

“NULIDADE DA PROVA OBTIDA EM BUSCA DOMICILIAR. REJEIÇÃO. Crime imputado que tem caráter permanente, pelo que desnecessária a apresentação de mandado judicial ou autorização do residente no imóvel.” (TJ-SP - Apelação Criminal nº 1500322-05.2022.8.26.0024, Relator(a): Gilda Alves Barbosa Diodatti, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 08/02/2023).

Não fosse assim, é certo que o tipo penal previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 é crime permanente, cuja situação flagrancial se perpetua no tempo, a permitir a entrada dos agentes da lei no imóvel, não havendo que se falar afronta à Constituição Federal, à legislação ordinária (artigo 240 do Código de Processo Penal), ou ao Tema 280 do E. Supremo Tribunal Federal, de forma que não há nulidade a ser declarada e muito menos prova ilícita.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, fixou a seguinte tese:

“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (STF - RE 603616/RO, Relator(a): Min. Gilmar Mendes,

Tribunal Pleno, DJe em: 10/05/2016).

Por fim, eventual irregularidade havida em sede de inquérito policial não macula a instrução penal, realizada em contraditório pleno. Assim, não há que se falar em nulidade na fase inquisitorial, por se tratar de procedimento de caráter preliminar e informativo, cujos vícios são considerados meras irregularidades, que não afetam a ulterior ação penal que nele porventura se basear.

Nesse sentido:

“O inquérito policial é peça meramente informativa, na qual não imperam os princípios do contraditório e ampla defesa, motivo pelo qual eventuais vícios ou irregularidades ocorridos no seu curso não têm o condão de macular a ação penal” (STJ - HC 222725/MG, Relator(a): Min. Sebastião Reis Júnior, T6 - Sexta Turma, DJe em: 12/12/2016).

“Eventuais nulidades ocorridas durante a etapa das investigações, meramente informativa, não têm o condão de contaminar a ação penal posteriormente instaurada”. (STJ - AgRg no HC nº 680717/AP, Relator(a): Min. Ribeiro Dantas, T5 - Quinta Turma, DJe em: 25/03/2022).

Por todo o exposto, inviável o reconhecimento da preliminar de nulidade arguida pela Douta Defesa, que fica **afastada**.

Passa-se à análise do mérito.

O apelo não comporta acolhimento.

A acusada foi processada e condenada pela prática de tráfico ilícito de drogas, porque, ao que consta da denúncia (págs. 90/93):

“(…) no dia 05 de janeiro de 2022, por volta das 14h42, na Rua Ivo

Luís Bossa nº 1020, Luz da Esperança, nesta cidade e comarca de São José do Rio Preto, a denunciada, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, após aquisição de pessoa não identificada, tinha em depósito e guardava, com o propósito de fornecer ou entregar a consumo, ainda que gratuitamente, 0,01 gramas de ecstasy, distribuído em 600 comprimidos (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 14, fotografias de fls. 15, laudo de constatação de fls. 16 e exame químico-toxicológico de fls. 82/84).

Segundo consta, policiais civis estiveram na residência da denunciada YASMIN, situada na Rua Ivo Luís Bossa nº 1020, Luz da Esperança, nesta cidade, onde havia informação acerca do armazenamento de droga.

A denunciada estava sozinha no local e questionada, ainda no portão de entrada da residência, confessou que guardava droga sintética na sua casa.

Em buscas no quarto da denunciada, dentro de uma mochila, conforme indicado por YASMIN, foram localizados 600 comprimidos de ecstasy.

Comprovado que as substâncias apreendidas se tratavam de ecstasy (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 14, fotografias de fls. 15, laudo de constatação de fls. 16 e exame químico-toxicológico de fls. 82/84) e destinavam-se ao tráfico de drogas, em razão da quantidade de entorpecente apreendido, aliada à confissão da denunciada.

Em repartição policial, YASMIN confessou a prática delitiva (fls. 04)".

A materialidade restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (pág. 01 e seguintes); boletim de ocorrência (págs. 10/12); imagem dos entorpecentes (pág. 15); auto de exibição e apreensão (pág. 14); laudo de constatação preliminar (pág. 16); laudo de exame químico-toxicológico, que resultou positivo para Tenanfetamina (págs. 82/84 e 129/131); bem como pela contundente prova oral

produzida.

E a autoria é igualmente certa.

Com relação ao teor da prova oral produzida nos autos, reproduzo as transcrições dos depoimentos contidos na r. sentença, a fim de resguardar a fidedignidade dos depoimentos prestados.

Com efeito, nas oportunidades em que foi interrogada, a acusada admitiu o cometimento do crime.

Na fase policial, disse que:

“(...) na data de hoje, foi surpreendida por Investigadores de Polícia no portão de sua casa, indagando-a a respeito de estar na posse de substâncias entorpecentes, o que de pronto e espontaneamente foi confessado pela interrogada. Assim, franqueou a entrada dos Policiais em sua residência, inclusive indicando a estes o lugar onde a droga estaria armazenada, onde fora localizado cerca de 600 (seiscentos) comprimidos de ecstasy. Questionada a respeito da droga, informou aos Policiais que armazenava esta em sua casa para terceiro, porém não informou quem seja este, bem como ainda esclareceu não receber qualquer quantia por tal. Em seguida conduzida até esta Delegacia de Polícia, junto da droga apreendida” (pág. 04).

No contraditório, esclareceu:

“(...) confirmou a posse da droga, que guardava o entorpecente mediante pagamento em drogas. Afirmou que os policiais invadiram sua casa sem autorização” (pág. 212).

Referidas confissões se ajustaram aos elementos de convicção produzidos nos autos, que comprometeram sobremaneira a apelante.

Os policiais civis responsáveis pela diligência, *Leandro Nunes Bonil* e *Leonardo Henrique Rodrigues*, apresentaram esclarecimentos coerentes e harmônicos a respeito dos fatos. Informaram, em síntese que:

"(...) narraram que na data dos fatos, por volta das 14h40, surpreenderam a ré armazenando 600 comprimidos de ecstasy no interior da residência dela, situada na Rua Ivo Luís Bossa, nº 1020, Luz da Esperança, nesta. Disseram que quando da ação policial a ré estava sozinha no imóvel e, questionada, ainda no portão da residência, ela prontamente confessou que guardava droga sintética em sua casa, mais precisamente, dentro de uma mochila que estava em seu quarto, e franqueou a entrada no imóvel. Apreenderam a droga e conduziram a ré à Delegacia" (págs. 212).

Os esclarecimentos apresentados pelos policiais são merecedores de toda credibilidade, uma vez que não se pode presumir que iriam criar injusta e gratuita acusação. Como qualquer outra testemunha, prestaram compromisso de dizer a verdade e não viriam a Juízo para apresentar versão mendaz, apenas para justificar a diligência que realizaram.

Não se pode, pois, desconsiderar a prova em questão por mera presunção, sem demonstração de suspeita ou má-fé, ou prova concreta de que não corresponda à verdade real dos fatos.

Nesse sentido:

"Os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado" (STJ - AgRg no AREsp nº 1997048/ES, Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5 – Quinta Turma, DJe em: 21/02/2022).

“Inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais - especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (STF - HC nº 74438/SP, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJe em: 14/03/2011).

De se ressaltar que inexiste nos autos qualquer indício de animosidade entre os agentes policiais e a apelante. Ademais, o delito de tráfico de drogas se consuma com a prática de qualquer uma das condutas alternativas do tipo penal, todas de natureza permanente e preexistentes à atuação policial.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, conseqüentemente, restabelecer a sentença condenatória.” (STJ - REsp nº 1361484/MG, Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma, DJe em: 13/06/2014).

Dessa forma, restaram demonstradas as relevantes circunstâncias indicativas do narcotráfico, ou seja, os elementos da prova oral e a quantidade de drogas apreendidas, aliada à forma profissional como estavam acondicionadas – **600 (seiscentos) comprimidos de**

ecstasy, com peso líquido de 275,62 gramas (págs. 16, 82/84 e 129/131) -, tudo sob guarda e responsabilidade da apelante.

Nesse sentido, sempre respeitada a combatividade do nobre Defensor, incogitável a absolvição por insuficiência probatória.

Com efeito, os policiais civis apuravam a informação que obtiveram acerca do tráfico de drogas no local. Os agentes visualizaram a ré na frente do imóvel e, questionada, confessou que armazenava os entorpecentes em questão e autorizou o ingresso dos policiais no imóvel. Os entorpecentes foram encontrados dentro de uma mochila, no quarto da acusada.

Finda a fundamentação, passa-se à análise das reprimendas lançadas.

1ª Fase. Seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, a pena-base foi fixada no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

2ª Fase. Caracterizadas as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, mas que não poderiam promover qualquer alteração nas penas, uma vez que fixadas no mínimo legal, observando-se ao comando da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

E não prospera a pretensão defensiva de redução da pena aquém do patamar mínimo, uma vez que circunstâncias atenuantes e agravantes não integram a estrutura do tipo penal, de maneira que, ao Magistrado, é vedado romper os limites mínimo e máximo estabelecidos pelo legislador, o que só é permitido na terceira fase da dosimetria (artigo 68, do Código Penal), com relação às causas de aumento e diminuição expressamente previstas na legislação penal

vigente, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Nesse sentido:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. 2. Penal e Processual Penal. 3. Roubo circunstanciado com concurso de agentes. 4. Dosimetria da pena. 5. Alegação de direito à redução da pena-base aquém do mínimo legal ante a atenuante da confissão espontânea. Inadmissibilidade. 6. Jurisprudência reafirmada desta Corte e repercussão geral reconhecida. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Precedente: RE 597.270-QO-RG/RS, Rel. Min. Cezar Peluso. 7. Agravo improvido. Grifos nossos. (STF - RE: 1269051 MS 0000879-38.2016.8.12.0001, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 20/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 19/11/2020).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Segundo o enunciado na Súmula n. 231 do STJ, “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Entendimento confirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento do REsp n. 1.117.073/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, apreciado sob o rito do recurso especial repetitivo. 2. Embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, não há como as reprimendas serem reduzidas na segunda fase da dosimetria, em razão de as penas-base já terem sido estabelecidas no mínimo legal. 3. Agravo regimental não provido”. Grifos nossos. (STJ - AgRg no REsp: 1882321 MS 2020/0162034-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020).

3ª Fase. A Douta Magistrada *a quo* reconheceu a figura privilegiada do crime, e promoveu a redução da reprimenda na fração de 1/2, resultando em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão

e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

E sempre respeitada a combatividade defensiva, a fração de redução não comporta reforma, face às circunstâncias concretas do delito e a quantidade expressiva da droga apreendida, conforme se verifica da imagem acostada à pág. 15, com relevante valor econômico.

Com efeito, a quantidade e natureza das drogas, bem como as circunstâncias do caso, embora não possam, por si só, afastar o reconhecimento do privilégio legal, servem de baliza para quantificar a fração de redução de pena aplicável.

E, *in casu*, a acusada armazenava expressiva quantidade de drogas sintéticas - 600 comprimidos -, a revelar o maior potencial nocivo da conduta.

Nesse sentido:

“Apelação criminal Tráfico de entorpecentes Sentença condenatória Preliminar de nulidade por alegada ausência de fundadas razões para a abordagem e revista pessoal Rejeição Existência de suspeitas para a realização da diligência, não sendo demonstrada qualquer arbitrariedade na conduta dos agentes públicos, os quais apenas cumpriram sua função No mérito, pretendida a concessão do privilégio e o abrandamento do regime prisional Admissibilidade parcial Materialidade e autoria suficientemente demonstradas Depoimentos de policiais valiosos na elucidação dos fatos Expressiva quantidade de maconha, cocaína e crack apreendida em poder do réu, dividida em diversas porções individuais, prontas para entrega ao consumo Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo probatório Penas bases reduzidas Menoridade e confissão Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça Redutor concedido, uma vez que preenchidos os requisitos legais Contudo, adota-se a fração intermediária (1/2), mercê da natureza altamente viciante de parte das drogas apreendidas Cabível, ainda, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos Atual orientação do

Pretório Excelso acerca da não hediondez do "tráfico privilegiado" que autoriza, excepcionalmente, a fixação de regime prisional diverso do fechado para início do desconto da reprimenda corporal Suficiência Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido." (TJSP; Apelação Criminal 1500473-07.2022.8.26.0594; Relator (a): Moreira da Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bauru - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/10/2023; Data de Registro: 11/10/2023).

***"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. MINORANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO APLICADA. PROPORCIONALIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organização criminosa. 2. A Terceira Seção, em decisão proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. 3. Desta forma, considerando a expressiva quantidade da droga apreendida (2,894kg de maconha), a fração de 1/3 (um terço) pela incidência da minorante do tráfico privilegiado se mostra proporcional e adequada. 4. Agravo regimental desprovido."* grifos nossos (STJ - AgRg no AREsp: 2387177 SP 2023/0205781-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 26/09/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/10/2023).**

Verifica-se, assim, que agiu a Douta Magistrada em seu campo de discricionariedade motivada, diante das peculiaridades do caso concreto, proferindo decisão fundamentada, que não comporta qualquer alteração.

Como já decidiu esta C. 15ª Câmara de Direito Criminal em situação análoga:

“Por derradeiro, presentes os requisitos legais, o magistrado sentenciante aplicou ao réu o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas. Neste ponto, não assiste razão ao Ministério Público ao pleitear o afastamento da minorante, pois o acusado é primário, sem antecedentes e, a despeito da apreensão de significativa quantidade de tóxicos variados, não há nos autos prova segura de que se dedicasse a atividades ilícitas ou participasse de organizações criminosas. Por outro lado, considerando que o réu foi detido em ponto de tráfico na posse de quantia dinheiro, maconha, cocaína e quase três centenas de pedras de crack, passíveis de vulnerabilizar grande quantidade de pessoas, a concessão do redutor na fração máxima não se mostraria suficiente para reprimir a conduta ora analisada, pelo que se mantém a redução da reprimenda na fração de 1/2.” (TJSP; Apelação Criminal 1501664-72.2019.8.26.0536; Relator (a): Ricardo Sale Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/07/2020; Data de Registro: 02/07/2020).

Tampouco há que se falar na redução da pena por aplicação do artigo 41 da Lei nº 11.343/06. Ainda que a ré tenha indicado aos policiais o local onde armazenava as drogas, bem como tenha admitido que o fazia para terceiro, nada esclareceu sobre a identidade do proprietário dos entorpecentes ou seu paradeiro, inexistindo, portanto, efetiva colaboração para identificação de possíveis coautores ou partícipes do delito em comento.

Outrossim, os policiais já dispunham de informações acerca da existência dos entorpecentes no imóvel, de modo que a mera indicição do local onde estava a droga não pode ser considerada, no contexto dos autos, como colaboração relevante e eficaz.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA REDUTORA DO ART. 41 DA LEI DE DROGAS. DELAÇÃO PREMIADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Segundo dispõe o art. 41 da Lei n. 11.343/2006, O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços. 2. No caso, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei n. 11.343/2006 por entender que, Na espécie, o recorrente tão-somente indicou o local em que estavam escondidas as demais porções de drogas, não contribuindo decisivamente para qualquer identificação de eventual comparsaria, forma de distribuição, associação criminosa ou organização criminosa, enfim, não trouxe contribuição mínima para eventual desarticulação da cadeia de tráfico, não preenchendo, nesse cenário, os requisitos do redutor. Dessarte, a ausência de atendimento dos requisitos previstos em lei justifica a vedação da benesse, de acordo com o disposto no texto legal e com a jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes. 3. Ademais, para se chegar à conclusão contrária àquela contida no acórdão recorrido, verificando que o paciente efetivamente prestou informações relevantes, seria necessário o reexame do arcabouço fático-probatório dos autos, o que não é possível em sede de habeas corpus. 4. Agravo regimental desprovido” - grifos nossos - (STJ - AgRg no HC: 869370 SP 2023/0414176-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 30/11/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2023).

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO ?AVISO DE MIRANDA?. PRETENSÃO RECHAÇADA. CONFISSÃO DO RÉU NA FASE EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ALTERAÇÃO DO JULGADO A DEMANDAR REEXAME DE PROVAS. INCABÍVEL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 41 DA LEI DE DROGAS. INEXISTÊNCIA DE

IDENTIFICAÇÃO DE NENHUM COAUTOR OU PARTÍCIPE DO DELITO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DO PRODUTO DO CRIME. MODIFICAÇÃO DO ARESTO IMPUGNADO A RECLAMAR REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) III - Quanto à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei de Drogas, segundo o Tribunal de origem, não houve identificação de nenhum coautor ou partícipe do delito. Além disso, não houve a apreensão do produto do crime, mas tão somente, do entorpecente. Daí não ser possível a concessão da referida benesse. Precedentes. De mais a mais, não se deve confundir produto do crime com o objeto do delito. Este, no caso em apreço, a droga apreendida. Veja-se: AgRg no HC n. 726.420/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, DJe de 18/03/2022). De qualquer sorte, a modificação pretendida pela defesa reclama aprofundamento na cognição probatória, situação obstada no âmbito do remédio heroico. Agravo regimental desprovido” (STJ - AgRg no HC: 724006 SP 2022/0043905-5, Data de Julgamento: 17/05/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2022)

Regime prisional. Considerando que o tráfico privilegiado não guarda a natureza de delito assemelhado a hediondo (a Lei nº 13.964/19 textualmente proclamou que o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, “**não se considera hediondo ou equiparado**”), somado à primariedade e bons antecedentes da apelante, correta a fixação do **REGIME ABERTO** para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, eis que adequada, razoável e proporcional ao caso concreto.

Nesse sentido o entendimento desta C. 15ª Câmara de Direito Criminal:

“TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. Acusado preso em flagrante delito trazendo consigo, em concurso e unidade de desígnios com o corréu, para a finalidade de venda, 9,3g de cocaína e 1,3g de

maconha. Diligência que teve início por informe anônimo e foi precedida de observação velada por policiais civis, que constataram que Anderson se incumbia de obter os entorpecentes em local próximo e os entregar ao corréu, que os revendia com lucro. Dinâmica confirmada pelo apelado e pelo corréu em solo policial. Negativa do apelado em juízo sucumbiu à robusta prova produzida pela acusação, firmada em consistentes depoimentos dos agentes responsáveis pelo flagrante. Afastada a absolvição. Condenação pelo artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. PENA. Base fixada no mínimo legal. Ausentes agravantes e atenuantes. Aplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Apelado primário e de bons antecedentes, sem elementos concretos nos autos de que se dedique à atividade criminosa ou integre organização criminosa. Penas consolidadas em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa mínimos. REGIME e BENEFÍCIOS LEGAIS. Fixado o regime aberto, em cumprimento ao disposto no Habeas Corpus nº 593.603/SP, do STJ.” - (TJSP; Apelação Criminal 0000600-41.2018.8.26.0050; Relator (a): Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 10ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/11/2022; Data de Registro: 21/11/2022).

Substituição. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, consistente em **prestação de serviços à comunidade** e **prestação pecuniária**, no valor de 03 (três) salários-mínimos, não havendo impugnação pelas partes, e a medida está ajustada ao comando da Súmula Vinculante nº 59 do C. Supremo Tribunal Federal.

Restituição. Por derradeiro, prejudicado o pedido Defensivo de restituição dos bens apreendidos. Ao que consta do auto de exibição e apreensão (pág. 14), não houve apreensão de qualquer bem, mas apenas das substâncias entorpecentes, que serão destruídas, a teor do que dispõe a Lei nº 11.343/06, inexistindo, portanto, bens de origem lícita aptos à restituição.

Eventuais questões atinentes à justiça gratuita

deverão ser suscitadas perante o Juízo das Execuções Criminais, sendo que mesmo o beneficiário da justiça gratuita não pode se furtar ao pagamento da multa e das custas do processo, eis que sua situação financeira pode se alterar no tempo, razão por que cabe ao Juízo Executório Penal promover tal aferição.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...). PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. JUSTIÇA GRATUITA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. FUNDAMENTOS INATACADOS. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO. (...) É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a fase de execução é o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado a fim de se conceder o benefício da justiça gratuita. 6. Agravo regimental não conhecido.” (STJ - AgRg. no Ag. em REsp nº 1.506.466 RS, Relator(a): Min. Reynaldo Soares Fonseca, T5 - Quinta Turma, DJe em: 05/09/2019).

“APELAÇÃO CRIMINAL Tráfico de drogas (...) Isenção das custas processuais e redução da pena de multa Inadmissibilidade A situação econômica do agente deve ser aferida pelo Juízo das Execuções Penais Recurso defensivo improvido.” (TJSP - Apelação Criminal nº 0002411-57.2015.8.26.0271, Relator(a): Sérgio Ribas, 8ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 10/05/2018).

Ante o exposto, pelo meu voto, **afasta-se a preliminar arguida** e, no mérito, **nega-se provimento ao apelo defensivo**, mantendo-se inalterada a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora