



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000317951

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500803-81.2024.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que são apelantes CLAYTON MALTA DE OLIVEIRA e LIDIANE APARECIDA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso do acusado Clayton Malta de Oliveira, tornando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, e para fixar o regime inicial semiaberto, e deram provimento ao apelo da acusada Lidiane Aparecida da Silva Almeida para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e para aplicar a causa de diminuição de pena, na fração máxima, tornando-a definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, preservada, quanto ao mais, a r. sentença recorrida V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente sem voto), ANTONIO B. MORELLO E RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

JUCIMARA ESTHER DE LIMA BUENO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500803-81.2024.8.26.0481

Apelantes: Clayton Malta de Oliveira e Lidianne Aparecida da Silva Almeida

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Foro de Presidente Epitácio – 2ª Vara

Juiza de 1ª Instância: Carolina Estrela de Oliveira Sacchi Molina

Voto nº 7659

Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão parcial da acusada Lidianne. Depoimentos coesos dos agentes públicos responsáveis pelo flagrante. Conjunto probatório evidencia que os entorpecentes eram destinados à mercancia. Impossibilidade de desclassificação para o delito do artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Apreensão de diversas porções de entorpecentes, incompatível com o uso pessoal. Conjunto probatório suficiente para manter a condenação dos acusados. Dosimetria mitigada. Pena-base revertida ao mínimo legal, em relação a Clayton. Quantidade de droga apreendida não justifica a exasperação. Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em razão dos maus antecedentes, ainda que não utilizados na primeira fase da dosimetria. Regime prisional inicial abrandado para o semiaberto. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Pena-base de Lidianne fixada no mínimo. Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, sem reflexo na pena, a teor da Súmula 231, do STJ. Incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Viável a diminuição na fração máxima. Substituída a pena privativa de

liberdade por penas restritivas de direitos. Fixado o regime prisional inicial aberto. Recurso do acusado Clayton parcialmente provido e apelo da acusada Lidiane provido.

Trata-se de recursos de apelação contra a r. sentença de fls. 373/383, cujo relatório adoto, que julgou procedente a ação penal e condenou **Clayton Malta de Oliveira** à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento do valor correspondente a 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, negado o apelo em liberdade, e **Lidiane Aparecida da Silva Almeida** à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento do valor correspondente a 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no piso, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo.

Inconformado, o réu **Clayton** apela pretendendo a desclassificação para a conduta prevista no artigo 28, da Lei 11.343/06 (fls. 387/391).

Lidiane apela pedindo a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração máxima, alegando que a circunstância judicial prevista no artigo 42, da referida Lei Antidrogas, deve ser considerada na primeira fase da dosimetria. Postula, ainda, o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea (fls. 402/412).

Recursos processados e respondidos em contrarrazões (fls. 418/420).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (fls. 455/459).

É o relatório.

O recurso do acusado **Clayton** comporta parcial provimento, ao passo que o apelo da acusada **Lidiane** deve ser provido.

Narra a denúncia (fls. 02/04 – grifei) que “... no dia 03 de julho de 2024, por volta das 11:30 horas, na Rua Maximino de Lima, nº 1556, nesta cidade e comarca de Presidente Epitácio/SP, **CLAYTON MALTA DE OLIVEIRA** (qualificado à fl. 29) e **LIDIANE APARECIDA DA SILVA ALMEIDA** (qualificada à fl. 30), ambos de forma livre e consciente, em manifesta unidade de desígnios, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, mantinham em depósito para posterior entrega onerosa à terceiros, a quantia de 7 gramas, totalizando 22 porções individuais, do entorpecente popularmente conhecido como “cocaína”, bem como a quantia de 18 gramas, totalizando 78 porções individuais, do entorpecente popularmente conhecido como “crack”, consoante auto de exibição e apreensão à fl. 26, auto de constatação provisório de fls. 24/25 e fotografias de fls. 39/44 e 48.

Segundo o apurado, após extensa investigação conduzida pela Polícia Civil, denominada operação “The Walking Dead”, que culminou na expedição de mandado de busca e apreensão nos autos nº 1500778-68.2024.8.26.0481, da 2ª Vara Judicial da Comarca de Presidente Epitácio/SP (fls. 33/38), houve a atuação policial em 17 domicílios, dentre os quais, o dos DENUNCIADOS.

*Por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão, já no local dos fatos, residência dos DENUNCIADOS, a equipe policial foi recebida pela DENUNCIADA **LIDIANE** que, informalmente, confirmou que havia entorpecente na residência e que efetivamente exercia a mercancia ilícita do entorpecente juntamente com **CLAYTON** que, por sua vez, esteve presente durante a abordagem e, informalmente, confirmou o comércio ilícito empreendido.*

Durante a revista domiciliar, após indicação do local, a equipe policial comprovou que os DENUNCIADOS mantinham em depósito, em uma estante no quarto, as 78 porções de crack e as 22 porções de “cocaína”, tudo consoante auto de exibição e apreensão de fls. 26 e fotografias de fls. 39/44 e 48.

Também foram apreendidos com os DENUNCIADOS uma balança de precisão, dois celulares e o valor de R\$ 298,00 (duzentos e noventa e oito reais).

A extensa investigação precedente que culminou no mandado de busca e apreensão, a quantidade, diversidade e forma de embalagem dos entorpecentes encontrados, os valores monetários apreendidos e a confissão informal, são circunstâncias que evidenciam, com a segurança necessária, a prática do delito de tráfico ilícito de drogas pelos codenunciados”.

A materialidade dos delitos está consolidada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 05/06), boletim de ocorrência (fls. 07/12), auto de constatação preliminar (fls. 28/29), auto de exibição e apreensão (fls. 30), decisão que deferiu a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar (fls. 37/42), fotografia dos entorpecentes apreendidos (fls. 45/46, 48 e 52), exames químico-toxicológicos (fls. 209/211 e 212/214), que forneceram resultado positivo para cocaína, laudo pericial da balança de

precisão apreendida (fls. 215/217), que apresentou resquícios de cocaína, laudos periciais dos aparelhos de telefone celular (fls. 218/232 e 233/265) e pela prova oral coligida.

A autoria, igualmente, é inconteste.

Na fase policial, os apelantes permaneceram em silêncio (fls. 17 e 18).

Interrogada em juízo, a acusada **Lidiane** disse que tinha, na sua casa, apenas as porções de *crack*. Guardava apenas o *crack*. Não reconhece a cocaína e a balança de precisão apreendidas. Afirmou que o dinheiro era proveniente de seu trabalho. Disse que recebia as drogas e as guardava. Indagada se **Clayton** vendia as drogas, preferiu permanecer em silêncio. Disse que não acompanhou as buscas em sua residência, pois os policiais não permitiram. Apenas indicou as porções de *crack*. Os policiais chegaram e perguntaram sobre o **Clayton** e se havia drogas na residência. Depois levou os policiais até o trabalho de **Clayton**. Após localizarem o réu, retornaram para a residência. Negou que tenha dito para os policiais que vendia drogas (fls. 358).

Interrogado em juízo, o acusado **Clayton** negou os fatos. Disse que a cocaína localizada em sua casa, pelos policiais, era para o seu uso. Desconhece o *crack* e a balança de precisão apreendidas. Destacou que não se recorda das conversas citadas, em seu celular. Alegou que no momento das buscas em sua residência estava trabalhando (fls. 358).

A versão dos acusados restou isolada nos autos.

Em juízo, o policial civil Jair Pereira de Oliveira relatou que foi convocado para participar de uma operação visando o cumprimento de mandado de busca. Disse que sua equipe foi até a casa dos réus e

assim que chegaram **Lidiane** estava na frente da residência. **Lidiane** foi abordada na calçada e confirmou que tinha droga na residência. Ela os levou até o quarto do casal e indicou algumas pedras de *crack*, já embaladas. Questionada, a ré informou que **Clayton** estava no trabalho. **Lidiane** confessou a prática do tráfico, bem como disse que ela vendia drogas para **Clayton**, enquanto ele trabalhava. Ainda, foi localizada a quantia de R\$ 298,00, que segundo a ré, era proveniente da venda de drogas, bem como uma balança de precisão. Não foram encontrados petrechos para uso da droga, tais como cachimbo. Afirmou que **Lidiane** acompanhou toda a busca na residência. **Clayton** foi localizado fora da residência e foi colocado na viatura policial. Segundo **Lidiane**, **Clayton** comprava a droga e ela fazia a venda, enquanto ele não estava. O depoente foi quem localizou todos os entorpecentes. A acusada informou onde estavam as drogas, mas antes de proceder a busca no imóvel, foram ao encontro do acusado. Disse que o policial Helmuth localizou a balança de precisão. Afirmou que o imóvel é pequeno, sendo possível visualizar toda a sua extensão (fls. 358).

Em juízo, o policial militar Helmuth Gust Filho informou que participou de uma operação em conjunto com a polícia civil e, chegando na residência dos acusados, encontrou a ré na frente da casa. Apresentaram a ordem judicial à acusada e ela, de imediato, informou que havia drogas na residência, indicando onde estavam. Localizaram diversas porções de *crack* e de cocaína, bem como uma balança de precisão. **Clayton** não estava na residência. **Lidiane** contou que quando **Clayton** não estava em casa, ela ficava responsável pela venda dos entorpecentes. Não encontraram petrechos que sinalizassem que as drogas destinavam-se ao uso pessoal. Acompanhou o momento em que os entorpecentes foram apreendidos. Inicialmente encontraram as drogas que estavam sobre a estante. Em seguida, foram ao encontro do acusado, junto com a ré **Lidiane**. Após localizarem o acusado, retornaram à residência e localizaram os demais entorpecentes e a balança de precisão. **Lidiane** presenciou a

localização das drogas (fls. 358).

Em juízo, o delegado de polícia Márcio Domingos Fiorese disse que realizaram um trabalho específico na Vila Esperança e constataram movimentação típica de traficância, com intensa movimentação de usuários. Representaram pela expedição de mandados de buscas e apreensões em dezessete domicílios, um deles a residência do acusado. Disse que o cumprimento do mandado foi feito junto com a equipe da polícia militar e com o canil. O alvo inicial era o acusado **Clayton**. Narrou que **Clayton** foi visto em atitude típica de mercancia, inclusive, a equipe de investigação fez vídeo e tirou fotos. Na ocasião da busca, foram localizadas, na residência dos acusados, 22 porções de cocaína e 78 de *crack*, bem como uma balança de precisão e R\$ 298,00, em dinheiro, além de dois aparelhos celulares. Afirmou que os laudos dos aparelhos comprovaram a prática do tráfico por ambos os réus. Não participou da incursão na residência, pois permaneceu na coordenação da operação (fls. 358).

A palavra dos agentes públicos merece credibilidade, não podendo ser invalidada sem devida comprovação de sua inidoneidade, de sorte que seus depoimentos, aliados às demais provas produzidas nos autos, são aptos a embasarem o édito condenatório.

Esse é o entendimento de C. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) no que atine à questão da validade dos depoimentos funcionais, esta eg. Corte também é pacífica no sentido de que eles merecem a credibilidade e a fé pública inerente ao depoimento de qualquer servidor estatal no exercício de suas funções, principalmente, quando ausentes indícios de que houvesse motivos pessoais para a incriminação injustificada dos investigados. (...)” (STJ, HC 705060/SP, Relator Ministro Jesuíno Rissato, Quinta Turma, data do

juízo 15/02/2022, DJe 21/02/2022).

No mesmo sentido, transcrevo, ainda, trecho de voto do Eminentíssimo Desembargador Francisco Bruno:

“(…) Não se pode presumir que agentes públicos, no desempenho de suas funções, tenham que adotar conduta diversa da natural apenas com o intuito de justificar as suas ações. (...) A jurisprudência é firme no sentido de que, aliado a outras provas, o depoimento dos policiais é suficiente para comprovar a autoria e a materialidade do crime de tráfico (...)”. (TJSP, 10ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Francisco Bruno, Apelação nº 1501756-28.2024.8.26.0228, data do julgamento 06/09/2024).

Em juízo, a testemunha de defesa José Roberto de Souza afirmou que **Clayton** trabalha como pedreiro. Disse que nunca ouviu falar que o acusado vendesse drogas (fls. 358).

Em juízo, a testemunha de defesa José Carlos Gonçalves de Oliveira disse que tem amizade com a família de **Clayton** e conhece o acusado e **Lidiane** desde que eram crianças. **Clayton** trabalha como pedreiro. Nunca ouviu falar que **Clayton** fosse traficante de drogas (fls. 358).

Diante do contexto fático probatório produzido nos autos, a condenação dos acusados era de rigor.

Como se depreende dos relatos dos policiais responsáveis pelo cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência do acusado **Clayton**, eles chegaram ao endereço indicado e encontraram **Lidiane** em frente ao imóvel. Indagada, ela afirmou que

Clayton não estava no local, no entanto, confirmou a existência de drogas no interior da residência. Eles entraram no imóvel e localizaram as porções de *crack*. Foram ao local onde **Clayton** estava e procederam à sua prisão. Retornaram à residência do casal e localizaram as demais porções de entorpecentes e a balança de precisão.

Friso que não consta, dos autos, que os policiais militares tivessem algum motivo para injustamente acusarem os réus e as Defesas não apontaram qualquer fato que pudesse colocar em dúvida a credibilidade de seus depoimentos.

A acusada **Lidiane** negou a acusação, mas afirmou que estava guardando as porções de *crack* em sua residência, alegando desconhecer a existência de porções de cocaína, preferindo, ainda, manter-se em silêncio em relação ao envolvimento do réu. Já o acusado **Clayton** reconheceu apenas a existência das porções de cocaína, alegando que eram destinadas ao seu consumo.

Como se vê, as versões dos acusados, além de conflitantes, não convencem.

A perícia realizada no aparelho celular do acusado constatou mensagens trocadas pelo aplicativo *WhatsApp*, em que ele negocia a venda de entorpecentes (fls. 218/232). No laudo pericial de fls. 233/265, verificou-se, ainda, a troca de mensagens entre o acusado e a ré, com referência à venda de drogas:

*“Acredita q o guigao ja ta querendo dinheiro
Oxi ele tá achando que o corre tá a milhão”;*

*“Quando pedem duas ela vende uma e eu uma ela tá
me*

ajudando a vender”;

“Acabou o negócio”; “Corta as sacolas”;

“Como tá ai. Ta saindo alguma coisa. Ta suave”;

“Ta moiado”;

“O magrao vai entregar ai

Ele falou pra ficar no pente

Que vai da um salve

Ai vc fala pra ele que eu vou manda o restante no pix”;

“Depois vc esconde la naquele lugar

Ele mandou quantas

(...) 50”

No dia 12 de junho, antes do cumprimento do mandado de busca e apreensão, os acusados trocaram as seguintes mensagens:

“A civil veio aqui

(...)

O cu não passou uma agulha

(...)

Mas todo mundo pensou

Levou o rapaz q trabalha comigo preso

Nossa até imagino como vc ficou”;

“Dispensa esse negocio”;

“Ta suave a vila

Oi lindo

Por enquanto s”;

*“Vc viu o águia
Voando ali na vila
Tava bem baixo
Sai fora”.*

Como destacado na r. sentença recorrida:

“Vale lembrar que os acusados mantinham em depósito para posterior entrega onerosa à terceiros, a quantia de 7 gramas, totalizando 22 porções individuais, do entorpecente popularmente conhecido como “cocaína”, bem como a quantia de 18 gramas, totalizando 78 porções individuais, do entorpecente popularmente conhecido como “crack”, além de balança de precisão e a quantia de R\$ 298,00 em dinheiro.

Ademais, ao ser realizada perícia foi localizada cocaína na balança (fls. 216), bem como a perícia no celular dos acusados demonstrou diversas conversas sobre venda de drogas (fls. 218/265)” (fls. 377).

Conforme se verifica, não há nada, nos autos, que indique que os policiais pudessem ter forjado a acusação contra os réus, que não produziram prova alguma nesse sentido, ônus que lhes competia, conforme o artigo 156, do Código de Processo Penal.

Destaco que o fato de o acusado **Clayton** ter alegado ser usuário de drogas não o isenta de responsabilidade, pois tal condição não se incompatibiliza com o comércio ilícito de entorpecentes. Ao contrário, não é incomum o usuário ingressar na traficância, para sustentar o próprio vício.

Ademais, a versão do apelante **Clayton**, de que é somente usuário de drogas, não encontra respaldo nas demais provas, sendo insuficiente para afastar sua responsabilidade penal pelo tráfico, considerando as circunstâncias do caso em análise.

Ressalto que não há necessidade de se flagrar a comercialização da droga para a configuração do crime de tráfico. O tipo penal previsto no artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, é misto alternativo, bastando que o agente incorra em qualquer das condutas descritas no tipo penal, para que o crime se configure.

Assim, a condenação dos acusados pelo crime de tráfico de drogas é medida de rigor.

Passo à dosimetria das penas.

a) acusado **Clayton**

Na primeira-fase, a pena foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) dias de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, pois *“a natureza e variedade dos entorpecentes, que no caso dos autos são vetor negativo, em vista da notória nocividade do crack e da cocaína para a saúde pública, pela sua aptidão para provocar dependência química e alterações de comportamento profundamente deletérias, tanto no âmbito doméstico como na convivência pública”*. (fls. 379).

Respeitado o entendimento diverso, a apreensão de 78 (setenta e oito) porções de *crack*, com o peso líquido de 16,55 gramas, e 22 (vinte e duas) porções de cocaína, com o peso líquido de 7,33 gramas, não se mostra excessiva a ponto de justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Desta forma, fixo a pena-base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena.

Inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, vez que o acusado não admitiu o tráfico de drogas.

Nesse sentido a Súmula 630, do STJ:

“A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.”

Na terceira etapa, a Magistrada *a quo* não aplicou a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que o acusado não ostenta bons antecedentes (processo nº 1501315-98.2023.8.26.0481, fls. 84/85).

De fato, o acusado foi condenado pela prática de crime de tráfico de drogas ocorrido em data anterior aos fatos aqui em análise, com condenação posterior, que, poderia ter sido valorada como maus antecedentes:

“2. Nos moldes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus

antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base" (AgRg no HC n. 607.497/SC, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 30/9/2020).

De todo modo, não era mesmo o caso de se aplicar a referida causa de diminuição, que é destinada a conferir tratamento diferenciado apenas àqueles que, pela primeira vez e de forma absolutamente isolada, experimentam o submundo do crime, o que à evidência não é o caso do apleante.

Ressalto que, embora não reconhecida a circunstância judicial desfavorável, o acusado é portador de maus antecedentes, ostentando condenação definitiva pela prática de delito da mesma natureza.

Assim, a pena finaliza em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

Foi fixado o regime inicial fechado, entretanto, a pena-base foi revertida ao mínimo legal e, ainda que o réu ostente maus antecedentes, não foram valorados como circunstância judicial desfavorável.

Desta forma, considerando a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a primariedade do acusado e a quantidade de pena, mais adequada a fixação do regime inicial semiaberto (artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal).

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA

COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. NÃO IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. NÃO IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME PRISIONAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO PARA REGIME SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. (...) Por fim, cabe razão à defesa quanto ao pleito de alteração do regime prisional. No caso em tela, foi fixado o regime inicial fechado apenas com base na gravidade abstrata do delito, sem a indicação de elementos concretos e idôneos que justificassem o regime mais gravoso, em inobservância à Súmula n. 440 do STJ e às Súmulas ns. 718 e 719 do STF. 5. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da agravante, a quem foi imposta reprimenda definitiva de 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP. 6. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido para alterar o regime prisional para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP. (AgRg no REsp n. 1.972.594/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 24/5/2023.) Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, com fundamento na Súmula n. 568 do STJ, dou-lhe provimento para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento

da pena” (STJ, REsp 2172765, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, data da publicação 21/02/2025).

Em razão do montante da pena, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em atenção ao artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Confirmada a condenação, a custódia cautelar deve ser mantida, garantindo-se a ordem pública e assegurando-se a aplicação da lei penal, nos exatos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal.

b) acusada **Lidiane**

A pena-base foi fixada no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

Na segunda fase, é a hipótese de se reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, sem reflexo na pena, a teor da Súmula 231, do STJ. Em juízo, a ré confessou os fatos parcialmente, pois afirmou que guardava as porções de *crack*, embora não tenha reconhecido as porções de cocaína e a balança localizada em sua residência.

Em recente decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, firmou-se a tese de que o réu fará jus ao reconhecimento da confissão sempre que houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, como prevê o artigo 65, inciso III, "d", do Código Penal, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da condenação, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada.

Nesse sentido o seguinte julgado do C. Superior Tribunal de Justiça (grifei):

*“(…) 11. **Recurso especial desprovido, com a adoção da seguinte tese: "o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada".**”*

(REsp n. 1.972.098/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022 – Informativo 741).

Na derradeira etapa, a MM. Juíza *a quo* aplicou a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, levando em conta que *“a acusada é primária, não registra maus antecedentes, não há prova que integre organização criminosa e, considerando o princípio constitucional da presunção de inocência, não há provas de que se dedique à atividade criminosa. Entretanto, considerando a natureza, variedade e nocividade das drogas apreendidas (cocaína e crack), reduziu a pena em 1/3 (um terço) (fls. 380/381).*

Contudo, como já fundamentado, não obstante a nocividade dos entorpecentes apreendidos, a apreensão de 78 (setenta e oito) porções de *crack*, com o peso líquido de 16,55 gramas, e 22 (vinte e duas) porções de cocaína, com o peso líquido de 7,33 gramas, não se mostra excessiva.

Deste modo, mais adequada a redução da pena na fração máxima de 2/3 (dois terços), resultando em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.

Considerando a primariedade da ré, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de pena imposta, foi

estabelecido o regime inicial **aberto**, nos termos do artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

Tendo o delito sido perpetrado sem violência ou grave ameaça e, considerando que a pena fixada não supera 04 (quatro) anos, a pena privativa de liberdade foi substituída por penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo.

Entendimento contrário implica em afronta à súmula vinculante 139, do STF: *“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 11.343/2006) 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”*.

Ex positis, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso do acusado **Clayton Malta de Oliveira**, tornando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, e para fixar o regime inicial semiaberto, e **dou provimento** ao apelo da acusada **Lidiane Aparecida da Silva Almeida** para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e para aplicar a causa de diminuição de pena, na fração máxima, tornando-a definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, preservada, quanto ao mais, a r. sentença recorrida.

Nos termos do parágrafo único, do artigo 1º, da Resolução nº 113/2010, do Conselho Nacional de Justiça, comunique-se o Juízo da Execução sobre a alteração ocorrida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUCIMARA ESTHER DE LIMA BUENO

Relatora