



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000334011

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0014984-77.2022.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante YOHANA MORENO MADALENO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **rejeitadas as matérias preliminares, deram parcial provimento ao recurso de Yohana Moreno Madaleno para reduzir as penas, que serão fixadas em um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão, mantido o regime inicial aberto, além do pagamento de cento e noventa e quatro (194) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06), por infração ao artigo 33, § 4º, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da lei nº 11.343/06, mantida a pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, e pagamento de dez (10) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, nos termos do artigo 44, § 2º segunda parte, do Código Penal, observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), NOGUEIRA NASCIMENTO E PAULO ROSSI.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0014984-77.2022.8.26.0564

Apelante: Yohana Moreno Madaleno

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Bernardo do Campo

Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Sandra Regina Nostre Marques

Voto nº 11420

1 – Nulidade da citação da ré por edital, em razão do pleno conhecimento do Juízo de piso que ela trabalha em barraca, montada em frente ao estabelecimento prisional, inclusive foi intimada por policiais civis à comparecer na Delegacia através deste endereço, tornando-se, nula a realização de prova antecipada e a nulidade do processo, em razão da ilicitude do reconhecimento fotográfico – Não ocorrência – 2- Crime de Tráfico de drogas – Materialidade e autoria demonstradas – Conjunto probatório satisfatório – Condenação mantida – Penas reduzidas – Ré primária – Na primeira fase, mantidas as penas nos mínimos legais – Segunda fase da dosimetria ausentes agravantes e atenuantes a serem consideradas – Causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da lei nº 11.343/06 – Mantida – Aplicado o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas no índice de dois terços (2/3) – Mantido o regime prisional aberto – Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa – RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

Através da respeitável sentença de folhas 861/873, **YOHANA MORENO MADALENO**, qualificada nos autos, foi condenada a cumprir pena de dois (02) anos e onze (11) meses de reclusão, fixado o regime inicial aberto, e ao pagamento de duzentos e noventa e dois (292) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, § 4º, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da lei nº 11.343/06. Substituída a pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade pelo prazo de dois (02) anos e onze (11) meses e ao pagamento de dez (10) dias multa. Concedido à ré o direito de recorrer em liberdade.

Este processo foi desmembrados dos autos principais número 1501027-37.2019.8.26.0564, cujo recurso dos corréus foi julgamento por esta 12ª Câmara Criminal em 12/01/2024, por Votação Unânime.

O Ministério Público recorre na folha 902 e apresenta as razões recursais nas folhas 903/933, requerendo a fixação das penas básicas acima dos mínimos legais, o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, a cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime prisional inicial fechado.

A MM. Juíza “a quo” recebeu o recurso do Ministério Público na folha 936.

A Defesa interpôs embargos de declaração nas folhas 941/945, requerendo a correção do erro material, uma vez que o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público ocorreu fora de prazo.

A MM. Juíza “a quo” na decisão de folhas 949/951, apreciou o pedido, ressaltou que, embora não seja caso de embargos de declaração, porque a decisão atacada não é sentença (artigo 382 do Código de Processo Penal) e reconsiderou a decisão de folha 936 para deixar de receber o recurso apresentado pela acusação e determinou o trânsito em julgado para o Ministério Público, como determinado na folha 889, item 01.

Ocorreu o trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público na folha 957.

Inconformada, a Defesa da ré recorre (folha 886) e, suscita, preliminarmente, a nulidade da citação da ré por edital, uma vez que era de pleno conhecimento da Juíza de piso e por informação do próprio “Parquet”, que a apelante de fato trabalha em uma barraca, montada em frente ao referido estabelecimento prisional e não foram tomadas todas as providências necessárias para notificar pessoalmente a defendente e não poderia ter sido realizada a antecipação de provas e, ainda, a nulidade do processo em razão da ilicitude do reconhecimento fotográfico, pois não foram observadas as formalidade do artigo 226 do Código de Processo Penal. No mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas, com fundamento no artigo 386, incisos III e IV, do Código de Processo Penal (folhas 965/1010).

As contrarrazões foram oferecidas nas folhas 1146/1155.

A defesa não se opõe ao julgamento virtual na folha 1164.

A d. Procuradoria de Justiça, em sua manifestação de folhas 1167/1178, opinou pelo desprovimento do recurso da Defesa.

É o relatório.

Quanto às preliminares suscitadas pela Defesa, devem ser rejeitadas, pois não ocorreram as apontadas nulidades do processo.

Consta da denúncia (folhas 06/08) que: *“no dia 18 de novembro de 2018, por volta das 09h30, nas dependências do Centro de Detenção Provisória Dr. Calixto Antonio, situado na Estrada Yae Massumoto, 800, bairro Cooperativa, nesta cidade e comarca de São Bernardo do Campo, UELBEM LOPES DOS SANTOS, qualificado às fls. 27 e 346; ANTONIO FERREIRA DOS SANTOS, qualificado às fls. 60 e 144, e YOHANA MORENO MADALENO, qualificado às fls. 182 e 343/344, em concurso de agentes, caracterizado pela unidade de desígnios e identidade de propósitos entre si, forneceram, para fins de tráfico, substâncias entorpecentes, que causam dependência física e psíquica, consistentes em 24,53g de Cannabis sativa L., vulgarmente conhecida como maconha, fracionados em quatro porções; e 95g de cocaína, divididos em cinco porções, tudo dentro de uma bola de futebol, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, consoante auto de exibição e apreensão de fls. 13/141 e no laudo de exame químico-toxicológico de fls. 20/222*

Segundo apurado, o denunciado UELBEM está preso no Centro de Detenção Provisória desta cidade em razão da prática de tráfico de drogas, sendo certo, durante o período de sua custódia, seu genitor ANTONIO o visitava semanalmente.

Apurou-se ainda que a denunciada YOHANA trabalha em uma barraca, montada em frente ao referido estabelecimento prisional, denominada “Barraca da Fernanda”, que atende especialmente familiares e visitantes dos detentos, pois vende itens permitidos no jumbo3, como roupas e alimentos.

Assim, ANTONIO conhecia YOHANA e, em data anterior aos

fatos, ela lhe forneceu uma bola de futebol, em cujo interior havia porções de maconha e cocaína, para que ele a entregasse junto com o jumbo destinado a UELBEM na próxima visita, sendo o fato de conhecimento deste denunciado.

ANTONIO, de imediato, aceitou a incumbência e, no dia dos fatos, entregou o objeto aos agentes penitenciários (cf. recibo de entrega de fl. 91 e laudo documentoscópico de fls. 237/2394). Destarte, a bola de futebol foi submetida a revista manual e mecânica, nada sendo constatado inicialmente.

Assim, o objeto foi encaminhado do setor de “Jumbo” ao setor de “Inclusão”, onde permaneceria até ser entregue ao destinatário, o denunciado UELBEM.

Todavia, antes da efetiva entrega, foi realizada nova vistoria manual, oportunidade em que o agente penitenciário Lucas Aruth Crespo observou um pequeno defeito na costura da bola e sentiu forte odor atípico (semelhante ao da maconha).

Diante disso, foi realizada inspeção mais apurada, descobrindo-se que, dentro da bola, havia quase 25g de maconha e 95g de cocaína.

A bola de futebol e as substâncias foram apreendidas e submetidas à perícia, comprovando-se que se tratava de entorpecentes (auto de exibição e apreensão de fls. 13/14, laudo de exame químico-toxicológico de fls. 20/22 e laudo pericial de fls. 23/25).

Considerando a significativa quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, a forma de acondicionamento – escondidas dentro de uma bola de futebol entregue no “jumbo” destinado ao detento UELBEM – e o fato de que o destinatário dos entorpecentes era pessoa presa por tráfico de drogas e foram entregues por seu próprio genitor (ANTONIO) que, por sua vez, as recebeu de pessoa conhecida apenas por ser responsável por uma barraca de venda em frente ao presídio (YOHANA), não há dúvidas de que as drogas se destinavam ao tráfico ilícito.”.

Destaca-se que a ré foi citada por edital na folha 486, por

determinação do despacho de folha 485, uma vez que a acusada Yohana Moreno Madaleno não foi localizada nos endereços constantes de folhas 439, 451/456, 473- Rua Padre Ezequiel Ramin nº 242/244-Diadema e 479-Estrada da água Santa nº 35 – Eldorado-São Paulo.

Como bem salientou o d. Procuradoria de Justiça em seu parecer nas folhas 1169/1173: *“Devemos ressaltar, primeiramente, que este processo foi desmembrado e apurou apenas a conduta de YOHANA MORENO MADALENO, inicialmente citada por edital e mediante a produção antecipada de provas, uma vez que os corréus UELBEM e ANTÔNIO, citados pessoalmente, tiveram as condutas apuradas em outro processo (autos 501027-37.2019.8.26.0564).*

YOHANA MORENO MADALENO, foi regularmente notificada por edital dos termos da inicial em 25.02.2021 (fls. 486/487), ofertou defesa por intermédio da Defensoria Pública nomeada (vide fls. 512), sem arguir preliminares arrolando as mesmas testemunhas do rol acusatório.

Pela decisão de fls. 516/518 a denúncia foi recebida, designada audiência de instrução, debates e julgamento e determinado a citação da apelante por edital. Yohana foi citada por edital às fls. 553 e 558. Pela decisão de fls. 593/595 foi decretada a sua revelia e determinado a suspensão dos autos e de seu prazo prescricional nos termos do art. 366, o CPP e determinado a produção antecipada da prova em relação a ela. Os autos nº 1501027-37.2019.8.26.0564 prosseguiram em relação aos acusados UELBEM LOPES DOS SANTOS e ANTONIO FERREIRA DOS SANTOS, tendo sido desmembrado em relação à YOHANA passando a ser processada nestes autos nº 0014984-77.2022.8.26.0564. Os autos e seu prazo prescricional encontravam-se suspensos nos termos do art. 366 do CPP às fls. 593/595, com homologação da produção antecipada de provas às fls. 628/630. Ocorreu que a ré YOHANA MORENO MADALENO acabou por constituir defensor conforme se vê de fls. 656/657. Assim, em razão da constituição de defensor, o feito voltou a ter prosseguimento e o prazo prescricional voltou a fluir (fls. 658/659). A Defesa constituída pela acusada ofertou defesa e arrolou 04 (quatro) testemunhas qualificadas (fls. 678/703), tudo dentro do devido processo

legal e observando-se a ampla defesa, como se verificará adiante.

Durante a instrução processual, diligências e pesquisas, para tentar localizar a apelante, foram realizadas, mas todas restaram infrutíferas, não havendo outra alternativa senão a notificação e a citação editalícias.

Assim, embora não tenha havido a citação pessoal, não há dúvida de que a apelante tinha plena ciência da acusação, tanto que apresentou defesa prévia pela Defensoria Pública, sendo devidamente assistida, portanto, por defesa técnica durante todo o processo. Não bastasse isso, após a notificação e a defesa pela Defensoria Pública, isso durante também a produção justificada de antecipação de provas, a apelante foi citada por edital, vez que não encontrada, e constituiu defensor, o qual, ingressando no processo e estando de tudo ciente, ainda ofertou defesa e arrolou testemunhas, cujas oitivas foram deferidas, mesmo havendo a produção antecipada de provas sem qualquer objeção da Defensoria Pública, que a toda instrução acompanhou em favor de até então da apelante revel.

Não há que se falar, pois, em nulidade da citação, aliado ao fato de que a defesa constituída da apelante sequer demonstrou qualquer prejuízo nesse sentido. (...).

Além disso, conforme já pacificado, mesmo em caso de nulidade absoluta é necessária a demonstração de prejuízo (art. 563, CPP), o que não ocorreu no presente caso, já que o réu exerceu sua defesa, em todas as etapas do processo, por meio da Defensoria Pública e em seguida pelo advogado constituído.”.

A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS
CORPUS. NOTIFICAÇÃO PESSOAL. DEFESA PRÉVIA.
RÉU REVEL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE CITAÇÃO.
CONHECIMENTO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE
PREJUÍZO. DEFESA TÉCNICA AO LONGO DE TODO O
PROCESSO. II - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. BIS IN

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IDEM INOCORRENTE. NATUREZA DA DROGA. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. RÉU DEDICADO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MOTIVAÇÃO DIVERSA. 1. A alegação de falta de citação, por si só, não leva à nulidade do processo se está demonstrado nos autos que o réu foi notificado para apresentar a defesa prévia e foi patrocinado no transcorrer de toda causa por defensor público que realizou, com vigor, o contraditório. (...) Agravo desprovido” (AgRg noHC 418.977/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe27/06/2018).

APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de drogas e Desobediência em concurso material – Artigos 33, caput da Lei 11.343/06 e 330 do Código Penal, na forma do artigo 69, CP – Absolvção – Impossibilidade – Matéria preliminar - Produção antecipada da prova que não viola o direito a defesa e contraditório – Inviável a designação de nova audiência para inquirição de testemunhas – Prejuízo não demonstrado – Preliminar rejeitada – Mérito - Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Depoimentos prestados por policiais que não deixam dúvidas sobre a autoria do delito – Relevância de tais testemunhos – Precedentes - Versão exculpatória inverossímil - Condenação mantida - Dosimetria penal adequada – Primeira fase - Maus antecedentes caracterizados – Reincidência – Impossibilidade de concessão do artigo 33, §4º- Regime inicial fechado para o delito de tráfico e semiaberto para o delito de desobediência mantidos – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Criminal 3002001-39.2013.8.26.0619; Relator (a): Silmar Fernandes; Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro de Taquaritinga - 1ª Vara; Data do Julgamento: 17/08/2016; Data de Registro: 17/08/2016).

Apelação. Tráfico de Drogas - (Artigo 33,"caput", da Lei 11343/06) Preliminar da defesa pela anulação do processo

em razão da ausência de citação Inocorrência - Réu devidamente notificado, nos termos do art. 55 da Lei 11343/06 - Ausência de prejuízo Preliminar da defesa pela nulidade da instrução e da sentença pela decretação da revelia Não cabimento - Preliminares afastadas No mérito, a defesa pleiteia a absolvição por insuficiência probatória Impossibilidade Desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei 11343/06 coma subsequente absolvição pela atipicidade material da conduta, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal ou com a declaração de nulidade do feito por incompetência Inviabilidade Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos Não cabimento Detração Penal - Inviabilidade - Provas seguras de autoria e materialidade - Palavras coerentes e seguras das testemunhas - Responsabilização inevitável Legalidade e compatibilidade evidenciadas Preliminares rejeitadas. Apelo desprovido. (TJ-SP - APR: 15014400820208260599 SP 1501440-08.2020.8.26.0599, Relator: José Vitor Teixeira de Freitas, Data de Julgamento: 28/02/2022, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 28/02/2022).

No tocante ao reconhecimento fotográfico feito em desfavor da apelante, na Delegacia de Polícia (folhas 207/208, 209/210, 211/212), foi respeitado o artigo 226 do Código de Processo Penal. Consta dos autos que houve a descrição e que reconheceu a acusada Yohana Moreno Madaleno diante de diversas fotografias.

Assim, não ocorreram as aludidas nulidades.

Afastadas as prejudiciais obstativas, adentra-se na análise do mérito, consubstanciado nos elementos de convicção trazidos para os autos.

No mérito, a materialidade delitiva está demonstrada pela portaria (folhas 10/11), relatório final (folhas 376/389), boletim de ocorrência (folhas 18/20), auto de exibição e apreensão (folhas 21/22), laudo do exame químico-toxicológico definitivo (folhas 28/30 e 113/115), laudo pericial da bola (folhas 31/33 e 116/118) e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é certa, conforme demonstrado a seguir.

Conforme constou da sentença (folhas 866/869), foram ouvidos em juízo o agente de segurança penitenciário Lucas Aruth Crespo e a testemunha de acusação Odair Paulo Rosa, bem como a informante Fernanda Moreno e as testemunhas de defesa Thayná Gomes de Castro, Maria da Penha Alves Ribeiro e Mirian Costa Carvalho. Além disso, foram interrogados, em Juízo, os réus Yohana Moreno Madaleno, Uelbem Lopes dos Santos e Antônio Ferreira dos Santos.

O agente de segurança penitenciário **Lucas Aruth Crespo**, em juízo (folha 868), disse que: *“na ocasião recebeu uma bola que teria sido entregue pelo pai do detento. Quando recebeu o objeto, sentiu um forte cheiro de maconha. Passou no raio X e dentro foram constatadas maconha e cocaína. Lembrou-se que foi o pai dele quem pessoalmente que levou a bola juntamente com outros objetos ao estabelecimento. Disse que não teve contato com o detento que iria receber a bola e nem como a pessoa que entregou a bola. Disse que não conhece a Yohana, pessoa que possuía uma barraca na frente do presídio. Sabe que nas barracas eram vendidos objetos e comida que eram comprados pelos familiares (fls. 636).”*.

Não há motivo para que se receba com reservas as palavras do agente de segurança penitenciário, inclusive porque não se vislumbra nos autos nenhum indício de interesse por parte dele em incriminar um inocente.

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Ressalte-se, ademais, que os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório" (STJ: Habeas Corpus nº 149540/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04.05.2011).

A palavra do agente de segurança penitenciário foi segura, coerente e convincente, não havendo nenhum motivo para duvidar dele.

A testemunha de acusação **Odair Paulo Rosa**, em juízo (folha 868), confirmou que: *“antes dele, a esposa e o acusado Antonio entrarem no CDP,*

passaram na barraca, sendo que Yohana teria dito que uma pessoa havia deixado a bola lá para que fosse entregue ao filho dele (fls. 636).”.

A informante **Fernanda Moreno**, em juízo (folha 869), mãe da Yohana, narrou que: *“possui uma barraca em frente ao CDP de São Bernardo do Campo. No local vende produtos destinados ao "jumbo", tais como alimentação, materiais de higiene e roupas. Tinha funcionários na barraca, sendo que na época dos fatos Yohana e a Thainá trabalhavam no local. Disse que não vendia bola de futebol na barraca. Geralmente as pessoas encomendam produtos que deveriam ser entregues a outros familiares. Às vezes, clientes deixavam produtos para que ela entregasse para terceiros também e faziam isso como um favor ou uma gentileza. Disse não conhecer os demais réus. Afirmou que a ré, sua filha, trabalhou na barraca até 2022. Informou que o próprio filho já esteve preso no CDP, qual saiu em janeiro de 2017 (fls. 786).”.*

A testemunha de defesa **Thayná Gomes de Castro**, em juízo (folha 868), disse que: *“é amiga da ré há mais ou menos oito anos e possuem amigos em comum. Sabe que a ré atualmente está desempregada mas é sustentada pelo marido, pois é casada. Sabe que ela e mãe tinham uma barraca na frente do CDP de São Bernardo do Campo e que essa barraca vendia tudo que podia entrar no CDP. No ano de 2018 trabalhava lá. Não viu a ré entregar uma bola a ninguém. A própria Fernanda era quem abastecia a barraca com os produtos. Vendiam roupa, comida e outros produtos que entram no "jumbo". Não tinha nenhum parente detido no local. Sabe que a ré tinha um irmão que ficou preso naquele CDP, mas não soube precisar a época. Parentes compravam produtos na barraca e outras pessoas retiravam para entregarem aos detentos. Esclareceu que nunca alguém deixou lá uma bola de futebol. Trabalhou lá do final de 2018 a 2022. Disse que acha que o irmão da Yohana saiu do CDP em 2017 (fls. 786).”.*

A testemunha de defesa **Maria da Penha Alves Ribeiro**, em juízo (folha 869), disse que: *“conhece a ré, pois tinha um filho que estava preso naquele CDP e costumava guardar algumas coisas na barraca da mãe dela. Na barraca, havia um guarda volume, onde podiam guardar cartões de ônibus, agasalhos e outros itens. Não pagavam pelo serviço, por serem clientes da barraca. Disse que*

nunca deixou bola de futebol para ser entregue no CDP. A ré ajudava a mãe dela na barraca. Não conhece os demais réus. Às vezes, encomendava os produtos com ela e quem pegava era o seu esposo. Nunca soube de que as funcionárias da barraca tenham sido assediadas por criminosos para que entregassem coisas ilícitas no CDP (fls. 786).”.

A testemunha de defesa **Mirian Costa Carvalho**, em juízo (folha 869), funcionária da mãe da ré, esclareceu que: *“na barraca são vendidos produtos de higiene, alimentação e roupas que podem entrar no CDP. Quando começou a trabalhar, a ré Yohana ainda trabalhava lá. Disse que é comum que clientes deixem produtos ali para serem entregues a terceiros e muitas vezes recebem sem saber o que foi deixado. Na época, não ficou sabendo sobre a história dessa bola e não sabe se fato essa bola foi entregue ou não na barraca (fls. 786).”.*

Interrogado, a ré **Yohana Moreno Madaleno** (folhas 866/867): *“Em solo policial, a ré negou as acusações (fls. 190/191), ocasião em que declarou que realmente seria filha de FERNANDA, a qual possui uma barraca grande, com duas tendas na frente do CDP de São Bernardo do Campo (de frente ao número 580). Na barraca, há uma banner com a inscrição BARRACA DA FERNANDA. Ali trabalham ela e sua genitora FERNANDA, as quais se revezam em dias e horários. Ela trabalhava no local a cada quinze dias, nos dias de semana terça/quarta/quinta das 6horas às 12horas e todos os sábados e domingos das 5horas às 17horas. Disse que vendiam tudo que pode entrar no "jumbo", tais como roupas, alimentos, manta, menos bola de futebol. Também oferecem ajuda para as pessoas que vão visitar os presos, orientando-os em relação ao tipo de roupa que pode entrar no CDP. Exibida uma foto de ANTÔNIO FERREIRA DOS SANTOS, negou conhecê-lo afirmando serem muitos os visitantes, o mesmo ocorrendo quando exibidas as fotografias das pessoas de ODAIR PAULO ROSA e IVONETE GONÇALVES VIEIRA e de UELBEM LOPES DOS SANTOS. Afirmou que não entregou no mês de dezembro do ano de 2018 nenhuma sacola contendo uma bola para ANTONIO, negando ter ciência a quem se destinavam as drogas encontradas no interior da bola. Negou possuir alguma passagem criminal, fazer uso de drogas ou ter algum conhecido ou parente preso e nem visitou ninguém no CDP de São Bernardo do Campo. Disse não*

reconhecer um orçamento com nº 23640 e também negou que a letra nele contida fosse sua.”.

Em juízo, a ré **Yohana Moreno Madaleno** declarou que: *“iniciou suas atividades na barraca em novembro de 2017, quando ficou desempregada, sendo que permaneceu trabalhando ali até setembro de 2018. Trabalhava terça, quarta e quinta das 6h às 12h e aos domingos. Disse que, às vezes, recebiam produtos de terceiros para entregarem para outras pessoas, mas que isso só ocorria em caso de clientes antigos, o que não era o caso do Antônio, pai do detento Uelbem, a quem disse que não conheceu. Disse que na época dos fatos não tinha nenhum parente preso nesse CDP. Negou as acusações (fls. 786).”.*

Os corréus Uelbem Lopes dos Santos e Antônio Ferreira dos Santos, quando ouvidos em Juízo, nos autos principais número 1501027-37.2019.8.26.0564, antes do desmembramento, deram suas versões para os fatos:

O acusado **Uelbem Lopes dos Santos** (folha 867) em Juízo declarou que: *“estava preso na ocasião, negando ter solicitado bola para o pai. Disse que só pediu para o pai levar o "jumbo" normal. Afirmou que não conhecia a moça da barraca que vendia os produtos para a família dos detentos. Disse que jamais iria envolver a família em algo assim. A sua mãe disse que foi a menina da barraca quem deu a bola para o pai lhe entregar, mas não conhecia Yohana. Estava preso por tráfico de drogas aguardando julgamento. Já tem três passagens por tráfico de drogas (fls. 636).”.*

Na fase inquisitorial, o réu **Uelbem Lopes dos Santos** declarou que: *“teve conhecimento dos fatos por meio de sua genitora. Disse que um tal Vinícius, que estava detido no local, pediu-lhe para que recebesse em seu nome uma bola junto ao "jumbo", eis que precisavam de uma no interior do estabelecimento prisional, sendo certo que desconhecia a existência de drogas no seu interior, assim como seu pai, que foi encarregado de receber e introduzir a bola no interior do presídio. Negou conhecer Yohana (fls. 221/222).”.*

O acusado **Antônio Ferreira dos Santos** (folhas 867/868) em

Juízo declarou que: *“realmente levou a bola, mas não sabia o que tinha dentro dela. Disse que naquele dia foi visitar o filho na companhia de Ivonete e Adair, seus vizinhos, que também tinham um filho preso. Então, Adair parou o carro em frente a uma barraca e Yohana veio ao carro e disse-lhe que tinha uma bola ali na barraca para entregar para o seu filho. Disse que se recusou inicialmente, mas que depois que Adair disse que os detentos jogavam bola lá dentro da penitenciária, reconsiderou e, então, quando entregou o "jumbo" junto com a bola, os funcionários passaram no scanner e descobriam o que tinha dentro da bola. Disse que foi Yohana quem fez isso, porém, não sabia realmente o que havia dentro. Disse que não pagou pela bola e que também não perguntou sobre o pagamento. Disse que não conhecia Yohana. Ao ver a foto de fls. 205, disse que reconhecia a ré Yohana como a pessoa que lhe entregou a bola. Estava trabalhando como pedreiro e é aposentado. Reside com a esposa e o outro filho (fls. 636).”*

Diante deste quadro, a condenação será mantida. Em que pese a negativa da ré Yohana Moreno Madaleno, a autoria restou bem demonstrada pelos depoimentos do agente de segurança penitenciário Lucas Aruth Crespo (folha 868) e da testemunha de acusação Odair Paulo Rosa (folha 86), sendo que este último foi até o Centro de Detenção Provisória de São Bernardo do Campo, para levar sua esposa Ivonete e Antônio, os quais entregariam o “JUMBO” (objetos destinados aos detentos). Sua esposa iria levar o “JUMBO” para o seu filho Matheus, enquanto Antônio levaria o “JUMBO” para o filho dele Uelbem. Como de costume, antes de chegarem ao Centro de Detenção Provisória, pararam em uma barraquinha, de propriedade de Fernanda, que fica defronte ao presídio para comprar água e sacola, ocasião em que a filha dela pegou uma sacola transparente, com uma bola dentro e entregou na mão de Antônio, dizendo: *"olha seu Antonio deixaram aqui para você colocar no jumbo de seu filho"*. Antônio rumou até o Centro de Detenção Provisória para levar o “JUMBO”. Após uma semana, ficou sabendo por ele que havia drogas no interior da bola, mas não sabia quem seria o proprietário e não tinha qualquer relação com os entorpecentes. Odair Paulo Rosa reconheceu a acusada Yohana Moreno Madaleno por fotografia, como sendo a pessoa que entregou a bola a Antônio (folhas 207/208) e Antônio Ferreira dos Santos reconheceu por

fotografia a ré Yohana Moreno Madaleno, como sendo a pessoa que lhe entregou a bola e pediu-lhe para colocar no “jumbo” de seu filho (folhas 209/210).

O agente de segurança penitenciário Lucas Aruth Crespo disse que recebeu uma bola que teria sido entregue pelo pai do detento, juntamente com outros objetos ao estabelecimento prisional. A bola cheirava um forte odor de “maconha” e a passou no Raio X e dentro foram encontradas “maconha” e “cocaína”; contudo, não teve contato com a pessoa que entregou.

Foram apreendidos 24,53 gramas de “maconha”, dispostos em quatro (04) porções e 95,0 gramas de “cocaína”, dispostos em cinco (05) porções (auto de exibição e apreensão de folhas 21/22 e laudo do exame químico-toxicológico definitivo de folhas 28/30 e 113/115).

Portanto, as circunstâncias em que ocorreu a apreensão das substâncias entorpecentes materialmente comprovada nos autos, corroboradas pelos depoimentos altamente comprometedores do agente de segurança penitenciário e da testemunha de acusação Odair Paulo Rosa, demonstram, de modo inequívoco, que Yohana Moreno Madaleno, juntamente com Antônio Ferreira dos Santos e Uelbem Lopes dos Santos forneceu, ilegalmente, a “maconha” e a “cocaína”. Sua conduta comprova e caracteriza de forma inequívoca o tráfico de drogas. Não se exige, para tanto, que haja prova concreta da mercancia, sendo suficiente a presença de elementos dos quais se possam inferir a sua ocorrência. Em outras palavras, o tráfico ficou bem provado e configurado. Enfim, como destacado na denúncia e acolhido na sentença, forneceu, ilegalmente, as drogas mencionadas e isso basta para reconhecer a traficância.

Nesse contexto, entendo haver prova mais do que suficiente para a manutenção do édito de rigor, não havendo se falar em insuficiência probatória e em desclassificação para mera posse de droga para uso próprio, pois, inclusive, a testemunha de acusação Odair Paulo Rosa disse em juízo que, antes dele, a esposa e o acusado Antonio Ferreira dos Santos entrarem no Centro de Detenção Provisória,

passaram na barraca, sendo que a ré Yohana Moreno Madaleno teria dito que uma pessoa havia deixado a bola lá para que fosse entregue ao filho dele, o detento Uelbem Lopes dos Santos (folhas 86 e 868).

As circunstâncias da prisão, bem como a quantidade das drogas apreendidas indicam que se destinavam ao comércio (repasse a terceiros) e não ao consumo.

Desse modo, não havendo dúvidas sobre a materialidade e autoria delitivas, a condenação será mantida.

Passo à análise das penas.

Na primeira fase do artigo 68 do Código Penal, considerando o critério do artigo 59 do Código Penal, a Juíza Sentenciante fixou as penas básicas nos mínimos legais, no importe de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, levando-se em conta a primariedade da ré Yohana Marone Madaleno (certidões de folhas 552, 663 e 667).

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes a serem consideradas e as penas permanecem assim como fixadas na primeira fase.

Na terceira fase, tendo em vista que o delito foi praticado dentro de um estabelecimento prisional, as penas foram aumentadas nos termos do artigo 40, inciso III, da lei nº 11.343/2006, no índice de um sexto (1/6), obtendo o montante de cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. **Ainda nesta fase**, a Juíza sentenciante, reconheceu e aplicou o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, no índice de metade (1/2), tornando-se aquém do necessário, sendo mais justa uma redução na fração de dois terços (2/3), levando-se em conta que a quantidade de entorpecentes não era expressiva, de forma a finalizar as penas de Yohana Moreno Madaleno em **um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão e pagamento de cento e noventa e quatro (194) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.**

Ante as penas fixadas e as circunstâncias judiciais favoráveis à ré,

correta a fixação do regime **aberto**, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal. A gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo, entendimento que está em consonância com as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. Além disso, a Suprema Corte, em julgamento do ARE 1.052.700/MG, com repercussão geral, reafirmou o entendimento julgado de forma incidental pelo Plenário, no julgamento do HC 111.840/ES, de que é inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da lei 8.072/1990, conforme ementa que segue:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal."

A fixação de regime fechado ou semiaberto, no caso concreto, fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, beirando a injustiça o fato de uma ré primária, condenada à pena de um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão, ser submetida a um regime mais gravoso de cumprimento da reprimenda, salientando-se a regra disposta no artigo 33, § 2º, do Código Penal. Observo que a quantidade e natureza das drogas, no caso dos autos, não são relevantes o suficiente para impedir a fixação do regime prisional mais brando.

Correta, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que a Resolução nº 5 do Senado, publicada em 16 de fevereiro de 2012, com efeito *erga omnes*, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", inserida no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, consagrando o princípio constitucional da individualização da pena.

Desse modo, cabe ao Julgador verificar a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 e seguintes do Código Penal.

Tendo em vista as condições pessoais da acusada, que é primária e que foi beneficiada com o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo, e consoante entendimento esposado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no paradigmático *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, de fato é viável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, a pena privativa de liberdade foi substituída por **uma pena restritiva de direitos e multa**, consoante o disposto no artigo 44, § 2º, do Código Penal, com a prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena substituída, e o pagamento de dez (10) dias-multa, nos termos do artigo 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal.

Ante o exposto, **rejeitadas as matérias preliminares, dá-se parcial provimento ao recurso de Yohana Moreno Madaleno** para reduzir as penas, que serão fixadas **em um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão**, mantido o regime inicial aberto, além do pagamento **de cento e noventa e quatro (194) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal **(nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06)**, por infração ao artigo 33, § 4º, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da lei nº 11.343/06, mantida a pena privativa de liberdade substituída por **uma pena restritiva de direitos e multa**, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, e pagamento de dez (10) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, nos termos do artigo 44, § 2º segunda parte, do Código Penal, **observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal.**

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator