



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000349336

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1524388-08.2023.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ALESSANDRA ROBERTA DONEGA, 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: **Deram parcial provimento ao recurso defensivo, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), CONCEIÇÃO VENDEIRO E RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1524388-08.2023.8.26.0576

Apelante: Alessandra Roberta Donegá

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto

Voto nº: 5.591

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO, AO ARGUMENTO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, OU, SUBSIDIARIAMENTE, A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PRATICADA PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. RESPONSABILIDADE DA APELANTE E DESTINAÇÃO MERCANTIL DAS DROGAS EVIDENCIADAS. APELANTE QUE SEQUER REIVINDICOU A POSSE DA TOTALIDADE DAS SUBSTÂNCIAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES EM HARMONIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS INCOMPATÍVEIS COM A POSSE PARA MERO CONSUMO — 31,15G DE CANNABIS SATIVA (“MACONHA”) E 30,41G DE COCAÍNA (BENZOILMETILECGONINA OU ÉSTER DO ÁCIDO BENZOICO). CONDENAÇÃO PRESERVADA.

DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA EM 1/6, EM RAZÃO DA NATUREZA NOCIVA DA COCAÍNA. AUSENTES ATENUANTES E AGRAVANTES. POSTERIOR RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, COM REDUÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/3 DIANTE DA PRIMARIEDADE, DOS BONS ANTECEDENTES DA ACUSADA E DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS APONTANDO HABITUALIDADE CRIMINOSA OU

ENVOLVIMENTO NO CRIME ORGANIZADO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, COM INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, FUNDAMENTADO NO TEOR DA SÚMULA VINCULANTE/STF Nº 59. INSURGÊNCIA DEFENSIVA ACOLHIDA NESSE TEOR, PARA SUBSTITUIR A REPRIMENDA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, CONSISTENTES EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, PELO MESMO PRAZO, E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NO VALOR CORRESPONDENTE A 01 (UM) SALÁRIO-MÍNIMO A ENTIDADE PÚBLICA OU PRIVADA COM DESTINAÇÃO SOCIAL, A SER INDICADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. EXEGESE DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL E DA SÚMULA VINCULANTE Nº 59 DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE IMPÕE, PEREMPTORIAMENTE, A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NA HIPÓTESE DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, QUANDO AUSENTES VETORES NEGATIVOS REFERIDOS NO ARTIGO 59, DO CÓDIGO PENAL, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/06 QUE NÃO SE AMOLDAM À SÚMULA VINCULANTE EM APREÇO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao relatório da r. sentença (págs. 173/177), proferida pela MMª. Juíza de Direito Dra. Carolina Marchiori Bueno Cocenzo, da 3ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Alessandra Roberta Donegá**, qualificada nos autos, foi condenada ao cumprimento de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo, por incurso no artigo 33, *caput*, § 4º, da Lei nº 11.343/06. O corréu *Caio Fernandes do Amaral* foi absolvido das imputações do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e artigo 344 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignada, insurge-se a acusada buscando a absolvição, sustentado, em síntese, precariedade probatória. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta praticada para a figura típica prevista no art. 28 da lei de drogas; a recondução da pena-base ao mínimo legal e a substituição da pena privativa por restritivas de direitos (págs. 191/203).

Processado e contrarrazoado o recurso (págs. 206/213), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial provimento, a fim de que a pena privativa de liberdade seja substituída por restritivas de direitos (págs. 224/226).

É o relatório.

A irresignação comporta parcial acolhimento.

A apelante e o corréu *Caio Fernandes do Amaral* foram processados pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas. Segundo consta da denúncia (págs. 35/38):

“(...) no dia 02\10\2023, por volta das 23h24min, na Rua Elisabete, Bairro Jardim Soraia, São José do Rio Preto\SP, dentro de um automóvel, a denunciada trouxe consigo, para fins de difusão ilícita, 31,15g de Cannabis Sativa (“maconha”) e 30,41g de cocaína (benzoilmetilecgonina ou éster do ácido benzoico), substâncias entorpecentes proscritas pela portaria 344\1998 do MS\SVS (Ministério da Saúde e Secretaria de Vigilância em Saúde), conforme auto de apreensão (fls. 15\16) e laudo pericial toxicológico (fls. 17\19), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Apurou-se que Caio Gabriel Fernandes do Amaral, no dia e local dos fatos, dirigia um automóvel, com o som, em altíssimo volume, tendo como passageiro J. V. O. da S. (adolescente à época dos fatos), que estava, no banco dianteiro, e a passageira Alessandra, que se

encontrava no banco traseiro.

Com efeito, policiais militares realizaram a abordagem do veículo.

Nesse íterim, os policiais encontraram e apreenderam, no local em que estava sentada a acusada (banco traseiro), uma embalagem plástica, contendo uma porção fragmentada de “maconha” e um saquinho de plástico com 13 microtubos, de plástico, cor preta, tipo “eppendorf”, isto é, 13 pinos de cocaína.

A finalidade de difusão ilícita restou demonstrada pela diversidade das drogas apreendidas (“maconha” e cocaína), assim como pela forma de acondicionamento das drogas, ou seja, 13 pinos de cocaína, prontos para a comercialização.”

Em aditamento à denúncia, o *Parquet* acrescentou novos fatos e imputou ao corréu *Caio* a prática do delito previsto no artigo 344 do Código Penal (págs. 64/66):

“(…) Considerando a juntada de novo elemento de informação (declaração da testemunha Ana P. de O. S. — fls. 56\57), mãe do adolescente J. V. O. da S. (qualificado à fl. 03), o Ministério Público requer o aditamento da denúncia para incluir Caio Fernandes do Amaral (qualificado à fl. 14) como incurso no art. 33, caput, da Lei 11343\2006 c\c art. 29, caput, do Código Penal, e art. 344, caput, do Código Penal, em concurso material.

Registra-se que o depoimento da testemunha supracitada, aliado aos demais elementos de informação, demonstram que o denunciado Caio, no dia dos fatos, estava auxiliando a denunciada Alessandra Roberta Donega na difusão ilícita das drogas.

Tanto é que, no dia dos fatos, estava conduzindo, veículo automotor, na companhia da comparsa Alessandra e do adolescente J. Victor.

Em seguida, os policiais encontraram e apreenderam, no local em que estava sentada a acusada (banco traseiro), uma embalagem plástica, contendo uma porção fragmentada de “maconha” e um saquinho de plástico com 13 microtubos, de plástico, cor preta, tipo “eppendorf”, isto é, 13 pinos de cocaína.

Consta ainda que, no dia seguinte ao dia dos fatos, narrados na denúncia, o acusado Caio usou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio, contra a testemunha J. V. O. da S. (qualificado à fl. 03) que foi chamado a intervir em processo judicial (arrolado como testemunha na denúncia -fl. 38).

Apurou-se que, no dia seguinte aos fatos, descritos na denúncia, Caio ameaçou que iria matar J.

Isso porque J., quando foi abordado pelos policiais, em que pese ter confessado a propriedade das drogas apreendidas, mudou a versão, dizendo-lhes que as substâncias entorpecentes mencionadas não eram dele.

Com efeito, J. mudou-se de cidade, dizendo à genitora dele, Senhora Ana P. de O. S., que 'não iria morrer de graça'.

Ao final da instrução, a acusada foi condenada pelo crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11343/06, ao passo que *Caio Fernandes do Amaral* foi absolvido das duas imputações, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A representação pela prática de ato infracional formulada contra o adolescente *J. V. O. da S.* foi julgada procedente, sendo-lhe aplicada a medida socioeducativa de liberdade assistida (autos nº 0018279-18.2024.8.26.0576).

Pois bem.

A materialidade restou demonstrada pelo boletim

de ocorrência (págs. 25/28); auto de exibição e apreensão (págs. 15/16); fotografias (págs. 20/23); laudo de exame químico-toxicológico, que resultou positivo para *cocaína* e *tetrahydrocannabinol* nas substâncias examinadas (págs. 17/19); bem como pela contundente prova oral produzida.

E a autoria é igualmente certa.

Com relação ao teor da prova testemunhal produzida, passo a reproduzir os relatos da acusada e das testemunhas que constaram dos termos dos autos e da r. sentença impugnada, a fim de preservar a fidedignidade das falas.

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

Na fase investigatória, narrou que:

“(...) nesta data foi até a casa de sua irmã e seu cunhado Caio, juntamente com seu namorado J. Informa que por volta das 21:00 hs, disse que iria embora, quando sua irmã pediu que Caio a levasse e quando entraram no carro, Caio e J. combinaram de irem até a praça na Vila Toninho. Quando lá chegaram, um rapaz desconhecido, veio até o veículo, e do lado do passageiro, onde estava J., e conversou com este, e, cerca de dois minutos depois o rapaz se afastou e foram embora. Quando retornavam foram abordados por policiais militares que realizaram revista pessoal nos dois companheiros e nada de ilícito foi encontrado, no entanto, quando revistaram o veículo, localizaram no banco de trás, onde a declarante estava sentada, um pote com maconha, que não sabe se era de J. ou de Caio, mas colocou dentro dele um baseado que pertencia a declarante, visto que a mesma é usuária de maconha. Alega que os pinos de cocaína encontrado dentro do veículo, estava na parte traseira, nos pés, logo atrás do banco ocupado por J. e salienta a declarante que estava sentado do outro lado do carro, atrás do motorista. Desconhece de quem seria a substância entorpecente encontrada. Ao final acrescenta que não sabe se Caio tem

envolvimento com tráfico de entorpecente, porém sabe que J. comercializa substância entorpecente” (pág. 13).

Em juízo, narrou que:

“(…) é mulher J. V. Mora em Americana, na casa da sua mãe. Estava no banco de trás. A droga não era sua. Era de J. V., que dispensou o entorpecente quando os policiais efetuaram a abordagem. Não tinha visto que ele estava com droga. Não realizava o tráfico de drogas. Trabalha num restaurante, mas não é registrada. Não mudou de cidade porque estava sendo ameaçada. J. V. está trabalhando” (pág. 175).

Por sua vez, o corréu Caio declarou em solo policial:

“(…) estava em sua casa, quando sua esposa lhe contou que a irmã dela, Alessandra iria até a casa do casal. Informa que Alessandra chegou e trouxe consigo o seu namorado, de nome J. Quando foi por volta das 20:30 hs, sua esposa pediu que o declarante levasse Alessandra e J. embora. Esclarece que o tanto o declarante, quanto sua cunhada e J. residem no mesmo bairro, no Jardim Soraia, distante sete quarteirões. Assim o declarante pegou o seu carro e foi levar o casal, então, quando se dirigiam até a casa de Alessandra, J., que seguia no banco do passageiro, pediu que o declarante o levasse até uma praça do bairro Vila Toninho. Então o declarante se dirigiu até o local indicado por J., onde este desceu do carro e conversou por cerca de dois minutos, com um desconhecido e voltou para o carro. Afirma que quando J. retornou ao carro não reparou se trazia consigo algo, entretanto, J. disse que iria até aquele local conversar com um rapaz que tinha lhe oferecido R\$ 100,00, para que ele guardasse algo, não mencionando o que seria. Quando retornavam, foram abordados por Policiais Militares, que ao revistar o veículo do declarante encontram uma porção de maconha e pinos de cocaína. Esclarece que desconhece a origem da substância entorpecente, que nunca foi preso anteriormente, que não tem passagens pela polícia, que não é usuário de substância entorpecente e que acredita que aqueles pinos encontrados em seu veículo era de J. que tinha pego com o rapaz na praça da vila Toninho. Ao final esclarece que Alessandra não tem

envolvimento com tráfico de entorpecente” (pág. 14).

Em juízo, o corréu *Caio* acrescentou:

“(…) que estava descendo conduzindo o veículo, não viu a viatura e não sabia que tinha droga. Ao ser abordado, J. V. jogou a droga para trás. O depoente era o condutor do veículo, J. V. era o passageiro ao seu lado e Alessandra estava no banco de trás. Não ameaçou J. V.” (pág. 176).

Contudo, a singela e inconsistente negativa de autoria apresentada pela apelante revelou-se frágil, inverossímil e foi infirmada pelo robusto e comprometedor acervo probatório produzido.

Os policiais militares prestaram esclarecimentos harmônicos e coerentes a respeito da diligência que realizaram.

Em solo policial, *Helton Schramm Mihara* narrou:

“(…) que ontem, por volta das 23:24 horas, estava em patrulhamento, em companhia de CB PM Manaia. Relata que, durante o atendimento de uma ocorrência pela rua Elisabete, no bairro Jardim Soraia, avistaram um carro marca/modelo Golf, cor preta, de placas DIJ0A35, carro este que estava com o som muito alto, motivando a abordagem. Acrescenta também que tinham informações que um carro de cor preta, tendo como ocupantes um homem e uma mulher de cabelos loiros, estavam fazendo mercancia de drogas pela região. Ao tentar a abordagem, deram ordem de parada, o qual o condutor tentou evadir-se, porém foi realizado um cerco, sendo alcançado. Durante a abordagem, os ocupantes, J. V. O. DA S., ALESSANDRA ROBERTA DONEGA e CAIO GABRIEL FERNANDES DO AMARAL foram submetidos à revista pessoal, nada inicialmente sendo encontrado. Contudo, ao revistarem o veículo, foram encontrados, no banco de trás, onde estava sentada ALESSANDRA e uma cadeira de criança, uma embalagem plástica contendo porção fragmentada de maconha e um saquinho plástico contendo 13 pinos de cocaína. Ao serem indagados, separadamente

sobre os fatos, o adolescente J. V. disse que as drogas não era dele que tinha conhecimento que ALESSANDRA, sua namorada, fazia entrega de drogas, estando todos no momento da abordagem retornando para a casa desta última. Caio, por sua vez, negou que as drogas eram sua, dizendo que ALESSANDRA, sua cunhada, solicitou-lhe que a levasse em local incerto, sabendo que esta última fazia venda de drogas; ainda, declarou que J. V., o adolescente, estava com eles pois era namorada de ALESSANDRA. Por fim e indagada, ALESSANDRA disse que estava indo no momento para sua casa, em companhia de CAIO, seu namorado, estando antes na casa de CAIO, companheiro de sua irmã, e que desconhece de quem pertenciam as drogas localizadas, dizendo que CAIO realiza venda de drogas. Devido aos fatos, todos foram conduzidos, sem algemas, assim como as drogas e o veículo, nesta unidade policial. Por fim, informa o depoente que ALESSANDRA foi conduzida no guarda-presos da viatura, sendo que o adolescente no banco de trás de outra viatura e CAIO conduzido no banco de trás de outra viatura, desta feita do depoente” (pág. 07).

Em juízo, Helton declarou:

“(…) que estava em patrulhamento e viu o veículo GOLF, cor preta, descer com farol meia luz e som alto, o que ensejou a abordagem. O réu era condutor do veículo. Tinha uma mulher. Droga foi encontrada. A ré assumiu a posse da droga e disse que adquiriu a droga para revender e consumir com o réu e menor que estava no carro. A droga foi encontrada no assoalho, atrás do banco. A ré estava no banco traseiro. Não se recorda da velocidade do veículo. Não conhecia os réus. Pelo que se recorda, os réus foram conduzidos na viatura, sem algemas, não houve resistência. Confirma a versão apresentada na polícia” (págs. 174/175).

No mesmo sentido o relato do seu colega de farda, Gustavo Manaia Perez, que declarou em solo policial:

“(…) que ontem, por volta das 23:24 horas, estava em patrulhamento, em companhia de CB PM Mihara. Durante o atendimento de uma ocorrência pela rua Elisabete, no bairro Jardim Soraia, avistaram um carro marca/modelo Golf, cor preta, de placas

DIJ0A35, carro este que estava com o som muito alto, motivando a abordagem. Tinham informações que um carro de cor preta, tendo como ocupantes um homem e uma mulher de cabelos loiros, estavam fazendo mercancia de drogas pela região. Ao tentar a abordagem, deram ordem de parada, o qual o condutor tentou evadir-se, porém foi realizado um cerco, sendo alcançado. Durante a abordagem, os ocupantes, J. V. O. DA S. , ALESSANDRA ROBERTA DONEGA e CAIO GABRIEL FERNANDES DO AMARAL foram submetidos à revista pessoal, nada inicialmente sendo encontrado. Contudo, ao revistarem o veículo, foram encontrados, no banco de trás, onde estava sentada ALESSANDRA e uma cadeira de criança, uma embalagem plástica contendo porção fragmentada de maconha e um saquinho plástico contendo 13 pinos de cocaína. Esclarece o depoente que, ao serem indagados, separadamente sobre os fatos, o adolescente J. V. disse que as drogas não era dele que tinha conhecimento que ALESSANDRA, sua namorada, fazia entrega de drogas, estando todos no momento da abordagem retornando para a casa desta última. CAIO negou que as drogas eram sua, dizendo que ALESSANDRA, sua cunhada, solicitou-lhe que a levasse em local incerto, sabendo que esta última fazia venda de entorpecentes. Disse ainda ao depoente que J. V., o adolescente, estava com eles pois era namorada de ALESSANDRA. Por último, esclarece que, indagada, ALESSANDRA disse que estava indo no momento para sua casa, em companhia de CAIO, seu namorado, estando antes na casa de CAIO, companheiro de sua irmã, e que desconhece de quem pertenciam as drogas localizadas, dizendo que CAIO realiza venda de drogas” (pág. 09).

No contraditório, o agente *Gustavo*, da mesma forma, confirmou o relato prestado em solo policial (pág. 175).

E, a despeito da insurgência defensiva, os esclarecimentos apresentados pelos agentes da lei são merecedores de toda credibilidade, porque 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).

O adolescente J. V. O. da S., ouvido apenas em juízo, declarou:

"(...) que havia droga no dia em que foram abordados. Alessandra estava atras, no banco do passageiro. Caio era o condutor. Toda a droga era da testemunha, eles não participaram disso. "Ficava" com Alessandra na época. Tinha um potinho de droga contendo maconha e cocaína (13 pinos). A droga tinha caído do bolso da testemunha e estava atras. Estava sendo ameaçado por outras coisas. Depois que explicou tudo para sua mãe, ela entendeu. Teve que mudar de cidade e atualmente não mora em São José do Rio Preto. Tem conexão com Caio porque são casados com as irmãs. Reside em Americana. Agora trabalha" (pág. 175).

Finalmente, a testemunha *Ana P. de O. S.*, mãe do adolescente *J. V. O. da S.*, ouvida somente em solo policial, relatou que:

“(...) quanto aos fatos tratados no Inquérito Policial nº900/2023, a declarante informa ser genitora do adolescente J. V. O. da S., de 16 anos de idade. Esclarece conhecer as pessoas de Alessandra Roberta Donega e Caio Gabriel Fernandes do Amaral apenas de vista, sendo que ambos não frequentam a casa da declarante, bem como a declarante não tinha conhecimento que Alessandra estava se relacionando amorosamente com J. V. Salienta desconhecer algum tipo de envolvimento de J. V. com substância entorpecentes, nem para uso nem para traficância. Relata que na data dos fatos, durante a madrugada, uma viatura da Polícia Militar foi até a residência da declarante, indagando se ela era genitora de J. V., haja vista que o mesmo estava no Plantão Policial, junto com mais duas pessoas, tendo J. V. assumido que a droga apreendida era dele. Informa ter ido por meios próprios até o Plantão Policial, onde em conversa com J. Victor, este disse que estava no carro, junto com Alessandra e o cunhado dela, Caio, ocasião em que foram abordados por policiais militares, sendo localizada droga no interior do veículo, alegando que o entorpecente apreendido não era de propriedade dele. Ressalta a declarante que J. V. lhe disse que Caio havia lhe pedido que assumisse a propriedade da droga, haja vista que “não daria nada para ele”, pelo fato dele ser menor de idade. Esclarece a declarante que, como estava nervosa com J. V., ele não quis ir embora com a declarante, tendo ido embora a pé para casa. Quer deixar consignado que, no dia seguinte ao ocorrido, J. V. disse à declarante que estava sendo ameaçado de morte por Caio, pelo fato dele ter assumido a propriedade do entorpecente e depois ter voltado atrás, dizendo que a droga não era dele, tendo J. V. ido embora da casa da declarante, sem levar seus pertences pessoais, inclusive sem levar seus documentos, estando em local incerto e não sabido. Frisa a declarante que J. V. estava com muito medo das ameaças proferidas por Caio, e atualmente o único contato que a declarante possui com o adolescente, é através de ligações telefônicas que ele faz para a declarante de telefones celulares aleatórios, acreditando que ele esteja em alguma cidade próxima de São Paulo, por conta dos números dos telefones que aparecem nas ligações. Finaliza dizendo que J. V. estava se se” (pág. 56).

Diante dos comprometedores elementos

probatórios produzidos, não há como se acolher a pretensão absolutória ora buscada pela Douta Defesa.

Os policiais realizavam patrulhamento ostensivo e, ao notarem o veículo onde estavam os réus e o adolescente, que estava com farol meia luz e som alto, realizaram a abordagem. No interior do veículo, encontraram, no banco onde estava sentada a apelante, porções de maconha e de cocaína.

A despeito da insurgência defensiva, os policiais foram claros ao detalhar, em solo policial, que tanto o corréu *Caio* como o adolescente *J. V.* disseram que as drogas pertenciam à apelante, pois ela era envolvida com o tráfico de drogas.

E não há qualquer razão para se retirar a credibilidade dos relatos dos agentes da lei, que se mostraram coerentes nas duas fases da *persecutio criminis* e não tinha qualquer desavença ou conflito com a acusada, pessoa que sequer conheciam.

O fato de os policiais não se recordarem de minúcias da ocorrência quando ouvidos em juízo não prejudica a veracidade dos seus relatos, especialmente se considerado o decurso do tempo (quase um ano entre a oitiva em sede policial e a audiência judicial) e a atividade rotineira que desempenham, lidando diariamente com situações de abordagem envolvendo tráficos de drogas e delitos diversos.

Vale sublinhar que a tese defensiva de que as drogas pertenciam todas apenas ao adolescente *J. V.* não foi demonstrada nos autos. Ao que consta, as drogas estavam no banco traseiro, ocupado unicamente pela apelante, no momento da abordagem.

Além disso, é notório e corriqueiro que os

traficantes procurem se valer de adolescentes para assumirem a responsabilidade pelos entorpecentes, a fim de se eximirem da responsabilidade penal, estratégia que além de ser cruel, condena a juventude pátria, inserindo-a precocemente no mundo do crime.

Assim, restaram demonstradas as relevantes circunstâncias indicativas do narcotráfico, ou seja, os elementos da prova oral, as drogas apreendidas e que estavam na posse direta da acusada, aliada à forma profissional como estavam acondicionadas – **31,15g de Cannabis Sativa (“maconha”) e 30,41g de cocaína (benzoilmetilecgonina ou éster do ácido benzoico)**, – (conforme auto de exibição e apreensão e laudo pericial definitivo de págs. 15/16 e 17/19), tudo sob a guarda e responsabilidade da acusada.

Ademais, desnecessária a comprovação da prática de atos de mercancia para a tipificação do tráfico de drogas, uma vez que o artigo 33 da Lei nº 11.343/06 encerra tipo misto alternativo contendo variedade de verbos nucleares da conduta:

“Tráfico: tipicidade que independe da constatação de atos de mercancia. Pena-base: mínimo legal. Multirreincidência específica: exasperação de 1/5. Manutenção. Art. 33, § 4º, Lei 11.343/2006: inaplicabilidade, ante a mencionada multirreincidência. Regime fechado: adequação, considerando a pena arbitrada e a multirreincidência específica. Penas restritivas de direitos: inadmissibilidade, ausentes os requisitos objetivo e subjetivo do art. 44, I e III, Cód. Penal. Recurso não provido.” (TJSP; Apelação Criminal 1500733-61.2022.8.26.0537; Relator (a): Bueno de Camargo; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Diadema - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/03/2024; Data de Registro: 14/03/2024 – *grifos nossos*).

Igualmente sem sucesso a pretensão Defensiva de desclassificação para o crime previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, uma vez que o quadro probatório bem demonstrou que as substâncias

apreendidas eram destinadas à mercancia ilícita, não havendo espaço para se falar em mera posse para “**uso próprio**”, especialmente pelas circunstâncias da infração – entorpecentes de espécies distintas, separados em inúmeras porções -, circunstâncias absolutamente incompatíveis com a posse para mero consumo.

Além disso, interrogada em solo policial, a acusada afirmou que era usuária de maconha, não de cocaína, tóxico também encontrado junto a ela no banco traseiro do veículo.

Acrescenta-se ainda que, na fase policial, a acusada admitiu a posse de apenas um cigarro de maconha e, no contraditório, não ratificou essa afirmação, negando qualquer responsabilidade pela totalidade das substâncias apreendidas, inviabilizando o acolhimento da pretensão alternativa da Defesa.

No mais, é certo que a condição de usuária – e até mesmo a de dependente – não exclui, *a priori* e por si só, a de traficante.

Nesse sentido:

“Apelação Criminal - Tráfico de Drogas- Recurso da Defesa- Pedido de Ausência de provas e absolvição- Inviabilidade - Policiais Civil que cumpriam mandado de prisão temporária, em desfavor do réu, e localizaram um tijolo de maconha, pesando 689,12 gramas na residência - Desclassificação para o crime descrito no artigo 28, da Lei de Drogas - Provas suficientes à condenação- Condição de usuário não exclui a de traficante - Responsabilização inevitável - Dosimetria-Pena-base corretamente fixada acima do mínimo legal- Réu reincidente em crime doloso – Redutor – Não cabimento- Requisitos legais não preenchidos - Afastamento ou redução da pena de multa – Impossibilidade - Regime inicial fechado – Manutenção – Sentença mantida - Apelo improvido” (TJSP; Apelação Criminal 1501273-80.2020.8.26.0537; Relator (a): José Vitor Teixeira de Freitas; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do

Campo - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 26/06/2021; Data de Registro: 26/06/2021).

E a quantidade de droga apreendida não foi o único critério a ser levado em conta para a aferição da tipicidade da conduta daquele que surpreendido portando entorpecentes.

Ao contrário, necessário sejam valoradas as circunstâncias do flagrante, a postura assumida pelo agente no ato da prisão e, sobretudo, os indícios que motivaram a ação policial.

Portanto, diante da prova produzida no contraditório, a r. sentença condenatória não comporta qualquer reparo.

Passa-se à análise da reprimenda lançada.

1ª Fase. Atendendo aos critérios norteadores do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, e artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, a pena-base foi corretamente exasperada no percentual de 1/6 em razão da natureza nociva das drogas encontradas, especialmente da cocaína, ***“droga de alto poder viciante e consequências devastadoras”*** (pág. 176), resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

De fato, a cocaína é entorpecente de elevado poder aditivo, e sua comercialização é capaz de causar graves consequências para os lares familiares, a saúde pública e a coletividade como um todo.

Além disso, o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 é expresso ao permitir a exasperação da base não só em razão da quantidade, mas, igualmente, da ***“natureza”*** da droga apreendida, justamente a hipótese dos autos.

Portanto, inviável o acolhimento da tese defensiva

de fixação da pena-base no mínimo legal.

2ª Fase. Ausentes atenuantes e agravantes.

3ª Fase. Nesta derradeira etapa, a Douta Magistrada *a quo* reconheceu o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da primariedade da acusado e da ausência de outros elementos indicativos de habitualidade criminosa ou envolvimento com organização criminosa, promovendo a redução da pena no percentual de 2/3, resultando na pena definitiva de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Regime de prisão. Reconhecido o privilégio previsto no parágrafo 4º, do art. 33, da lei 11.343/06, a MMª. Juíza Sentenciante, em consonância com os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, fixou o **REGIME ABERTO** para início do cumprimento da reprimenda, medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime praticado.

Substituição. A i. Magistrada *a quo* deixou de substituir a pena privativa por restritivas de direitos em razão da circunstância judicial negativa valorada na primeira fase da dosimetria, nos seguintes termos, *in verbis*:

“(...) A substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos é medida excepcional, de natureza alternativa, empregada aos delitos de menor gravidade e atendidas às exigências contidas nos incisos do art. 44 do CP. É sabido que segundo a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, não há óbice legal à substituição da pena privativa de liberdade por reprimenda alternativa. Contudo, o exame acerca da concessão da referida substituição deve ser analisado a partir do Código Penal, que dispõe sobre as circunstâncias do caso concreto e as peculiaridades que

envolvem o fato ilícito, e ainda, nos termos da Súmula Vinculante 59 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 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal.” As circunstâncias do caso concreto demonstram ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade, uma vez presentes os vetores negativos, já mencionados na primeira fase da dosimetria, demonstrando que a substituição por pena alternativa não seria suficiente. Deste modo, respeitando entendimento contrário, a permissão da substituição da pena corporal, apesar de recomendada, não enseja que todo condenado por tráfico de drogas tenha o direito subjetivo garantido. Ainda que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e não seja o réu reincidente em crime doloso, em se tratando do crime de tráfico, entendo que, neste caso, a mencionada conversão se apresenta inadequada e insuficiente ao fim da sanção penal. É notório que o tráfico de drogas é o motor da criminalidade organizada e atrai milhares de jovens para a dependência e marginalidade, aniquilando suas famílias e desestruturando nossa sociedade, devendo ser duramente reprimido” (págs. 176/177).

Nada obstante, respeitado o entendimento da i. Magistrada *a quo*, a substituição da pena corporal é medida que se impõe, em razão do entendimento firmado pelo Pretório Excelso no enunciado da Súmula Vinculante nº 59 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

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

E, na hipótese vertente, verifica-se que a ré preenche os requisitos mencionados pelo referido precedente vinculante.

Vale sublinhar que as circunstâncias judiciais específicas, previstas no artigo 42 da Lei de Drogas, não foram mencionadas pela Súmula Vinculante nº 59 como obstáculo à substituição da pena corporal, a qual limitou-se a elencar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

Logo, em observância estrita ao teor do supracitado precedente vinculante, pese embora o aumento da pena-base em razão da natureza das drogas, inviável que tal circunstância produza reflexos para inviabilizar a aplicação das penas alternativas.

Assim, presentes os requisitos elencados pelo artigo 44 do Código Penal, e consoante o verbete da Súmula Vinculante nº 59 do Supremo Tribunal Federal, é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da corporal, e prestação pecuniária no valor correspondente a 01 (um) salário-mínimo, a entidade pública ou privada com destinação social, a ser indicada pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento ao recurso defensivo** apenas para, preservada a condenação, *substituir a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, e prestação pecuniária no valor correspondente a 01 (um) salário-mínimo, a entidade pública ou privada com destinação social, a ser indicada pelo Juízo das Execuções Criminais*, nos termos do artigo 44, § 2º, *in fine*, do Código Penal, bem como à Súmula Vinculante/STF 59, mantendo-se, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora