



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000381477

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501774-16.2024.8.26.0530, da Comarca de Sertãozinho, em que são apelantes EULA PAULA MIRANDA e RIAN CESAR SILVA, 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: **rejeitada a matéria preliminar arguida pela Defesa de Rian César Silva, deram provimento ao recurso da Defesa de Eula para reduzir e fixar suas penas em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06), por infração ao artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006. Mantida, também, a substituição das penas privativas de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo tempo da pena privativa e o pagamento de dez (10) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, conforme anteriormente justificado, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal e deram parcial provimento ao recurso da Defesa de Rian César Silva, para reduzir as penas, que serão fixadas em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias, no valor unitário mínimo legal (nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06), por infração ao artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006, sendo sua pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, cabendo ao juízo de execuções criminais especificar o local da prestação de serviços, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, nos termos do artigo 44, § 2º, 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) E NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 18 de abril de 2025.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501774-16.2024.8.26.0530

Apelante: EULA PAULA MIRANDA e outro

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Sertãozinho

Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Hélio Benedini Ravagnani

Voto nº 11617

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I. Caso em Exame

1. Rian César Silva foi condenado a cinco anos e dez meses de reclusão, regime inicial fechado, e 500 dias-multa por tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Eula Paula Miranda foi condenada a dois anos e seis meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa, com substituição por penas restritivas de direitos, por tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06). Ambos recorreram em liberdade.

II. Questão em Discussão

2. (i) A questão em discussão consiste na alegação de nulidade da instrução processual por inobservância do art. 212 do CPP, suscitada pela defesa de Rian César Silva. (ii) A defesa de Eula Paula Miranda busca a redução das penas e a fixação do regime inicial aberto.

III. Razões de Decidir

3. A instrução processual foi conduzida corretamente, sem prejuízo demonstrado pela defesa de Rian César Silva, afastando a alegação de nulidade.

4. A materialidade e autoria do tráfico de drogas foram comprovadas por depoimentos e provas documentais, justificando a manutenção das condenações.

IV. Dispositivo e Tese

5. Rejeitada a preliminar de nulidade, dá-se provimento ao recurso de Eula Paula Miranda para reduzir a pena para um ano e oito meses de reclusão, regime inicial aberto, e 166 dias-multa, com substituição por penas restritivas de direitos. Dá-se parcial provimento ao recurso de Rian César Silva para reduzir a pena para um ano e oito meses de reclusão, regime inicial aberto, e 166 dias-multa, com substituição por pena restritiva de direitos e multa.

Tese de julgamento:

1. A condução correta da instrução processual afasta a nulidade por inobservância do art. 212 do CPP.

2. A redução das penas e a fixação do regime inicial aberto são cabíveis diante das circunstâncias favoráveis aos réus.

Legislação Citada:

CPP, arts. 212, 563, 566; CP, arts. 33, 44, 49; Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC nº 195.983 – RS, DJe 30.06.2011; STF, ARE 1.052.700/MG, HC 111.840/ES.

Através da respeitável sentença de folhas 264/270, **Rian César Silva**, qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão, fixado o regime inicial fechado, e ao pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, “caput”, da lei nº 11.343/06 e **Eula Paula Miranda**, qualificada nos autos, foi condenada a cumprir pena de dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão, fixado o regime inicial semiaberto, e ao pagamento de duzentos e cinquenta (250) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006. Substituída a pena privativa de liberdade da acusada Eula Paula Miranda por duas penas restritivas de direitos, consistentes, a primeira, em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da privativa de liberdade (02 anos e 06 meses), e a segunda, em prestação pecuniária à entidade assistencial no valor de um salário-mínimo vigente à época do pagamento, tudo de forma e molde a serem fixados na execução criminal. Concedido aos réus o direito de recorrerem em liberdade.

Inconformadas, a ré Eula Paula Miranda e sua Defesa recorrem (folhas 270 e 273) e esta, nas razões, requer a redução das penas e a fixação do regime prisional inicial aberto (folhas 274/277).

Inconformados, o réu Rian César Silva e sua Defesa recorrem (folhas 270 e 278/279), e esta, preliminarmente, suscita a nulidade da instrução processual e da sentença, por inobservância do artigo 212 do Código de Processo Penal, em razão do protagonismo do Magistrado na inquirição das testemunhas, de forma a ferir o princípio da imparcialidade e da ampla defesa, com consequentes prejuízos à Defesa. No mérito, busca a absolvição por insuficiência de provas, invocando o princípio do “in dubio pro reo”, com fundamento no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal, uma vez que a condenação se baseou, exclusivamente, nos depoimentos dos guardas civis municipais. Subsidiariamente, pleiteia a redução das penas básicas; o reconhecimento e aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, no índice de dois terços (2/3); a

fixação do regime prisional inicial aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (folhas 279/306).

Oferecidas as contrarrazões pelo Ministério Público (folhas 312/318), a d. Procuradoria de Justiça opina pelo desprovimento dos recursos das Defesas (folhas 342/358).

É o relatório.

Consigno que a preliminar em que a defesa do sentenciado Rian César Silva alega inobservância pelo Magistrado do artigo 212 do Código de Processo Penal não merece prosperar.

Durante a audiência de instrução na folha 263, o MM. Magistrado tomou os depoimentos da testemunha de acusação Alex Silva Santos e dos guardas civis municipais Alefer Douglas Cosenza e Gabriel Valério de Azevedo, em seguida, interrogou os réus Rian César Silva e Eula Paula Miranda.

A instrução processual foi conduzida pelo Magistrado de forma correta, oportunidade em que realizou perguntas e, após, oportunizou tanto ao Ministério Público como às Defesas a fazerem as perguntas diretamente aos inquiridos, em cumprimento ao artigo 212 do Código de Processo Penal.

Além disso, a audiência de instrução foi acompanhada pelo Ministério Público e respectivas Defesas, os quais não ofertaram qualquer impugnação à forma como foi realizada a colheita da prova oral.

Como bem salientou a d. Procuradoria de Justiça em seu parecer técnico de folhas 343//351: *“(...) verifico que não há efetiva demonstração do eventual prejuízo que tenha sofrido o apelante Rian, motivo pelo qual, desde já, a alegação de nulidade poderá ser afastada.*

Como se não bastasse a não comprovação, ou, sequer demonstração, do eventual prejuízo sofrido, há outros motivos pelos quais não deverá ser acolhida a preliminar suscitada.

Quanto a violação do artigo 212, do Código de Processo Penal.

Como bem ressaltado pelo Promotor de Justiça à fls. 313/314: “A preliminar arguida, de nulidade da instrução processual por inobservância do artigo 212 do Código de Processo Penal, não merece guarida. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (HC nº 195.983 – RS. DJe 30/06/2011), a não observância da regra prevista no artigo 212 do Código de Processo Penal, a qual dispõe que as partes formularão perguntas diretamente à testemunha, pode gerar, no máximo, nulidade de natureza relativa, visto se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida a possibilidade das partes de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real. Ademais, a mera inversão da ordem de atos procedimentais, por si só, não enseja nulidade do feito, não devendo desconsiderar o disposto no artigo 563 (Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa) e no artigo 566 (Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa), ambos do Código de Processo Penal. Assim, no presente caso, a defesa não trouxe subsídios para comprovação do efetivo prejuízo, estando ausente a relação causal exigida para a nulidade do ato processual.”

Não se infere desrespeito à regra do artigo 212, do CPP, anotado que a audiência de instrução foi acompanhada pelo douto Defensor do acusado, ora apelante, que não ofertou qualquer impugnação à forma como efetuada a colheita da prova oral.

Não se olvide, de resto, que a produção da prova tem como destinatário, além do próprio processo- donde decorre o direito que as partes têm de produzir a prova de suas alegações, manifestação direta do princípio do contraditório- também o Julgador (art. 155, CPP), motivo pelo qual a melhor interpretação que se pode dar o regramento do art. 212, da Lei Adjetiva Penal, é no sentido de que não poderá o Magistrado indeferir ou inviabilizar que as partes efetuem suas perguntas diretamente ao(s) acusado (s), podendo, todavia, interferir a qualquer tempo, nas hipóteses previstas em lei, ou seja, para impedir indução na resposta, para indeferir as perguntas que não tiverem relação com a causa, ou se tratarem de mera repetição de outra já respondida, ou mesmo para buscar

esclarecer pontos ainda duvidosos ou controvertidos. Nada impede, também, que comece o Julgador por efetuar as perguntas que entenda de interesse, notadamente não havendo oposição imediata das partes ao seu proceder, como de fato não houve no caso em tela, não se inferindo, pois, qualquer prejuízo.

Vale dizer, o que a lei processual quis estabelecer foi o direito de as partes formularem suas questões diretamente às testemunhas, sistema do “cross examination”, abolindo-se o sistema presidencialista outrora vigente, o que foi respeitado.

Não se extrai, destarte, qualquer prejuízo à defesa, o que já determinaria a não acolhida da preliminar arguida, caso fosse sustentável, a teor do que dispõe o art. 563, do Código de Processo Penal, anotado, nesse passo, que não há que se alegar, na espécie, que o prejuízo prescindia de demonstração, dada a natureza absoluta da nulidade- que não ocorreu, frise-se uma vez mais - porquanto por demais evidenciado que a finalidade em prol da qual a formalidade fora instituída não sofrera qualquer mácula, dada a presença ativa da d. defensoria na colheita da prova oral, havendo orientação jurisprudencial, inclusive da Suprema Corte, pelas suas duas Turmas, no sentido de que seja o prejuízo evidente, ou não, imprescindível a demonstração de sua existência, para que a nulidade seja reconhecida. (...).

Em resumo, salvo bravatas, o apelante não enfrentou qualquer prejuízo. Aliás, concretamente nada trouxe nessa linha.

Não havendo prejuízo demonstrado, aliás, no caso, sequer concretamente explicitado, impossível falar-se em nulidade. (...).”.

Portanto, a Defesa do réu Rian César Silva não demonstrou em que exatamente foi prejudicada. Não basta, apenas, a alegação do prejuízo, cabe o princípio do *pas de nulle sans grief*.

Afastada a prejudicial obstativa, adentra-se na análise do mérito, consubstanciado nos elementos de convicção trazidos para os autos.

No mérito, consta da denúncia (folhas 83/84) que: “no dia 06 de

junho de 2024, por volta das 16:14 horas, na Rua Lindolfo Mossim Filho, 374, Jd. Jamaica, RIAN CÉSAR SILVA, qualificado às fls. 62, remeteu, para fins de entrega ao consumo de terceiros, drogas, consistentes em 122.69g de maconha, 320g de cocaína e 22g de cafeína, acondicionados em sacolas plásticas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls.17/18, auto de constatação preliminar de fls. 19/20, fotografias de fls. 25/27 e laudo pericial toxicológico de fls. 65/73.

Consta também que, no dia 06 d e Junho de 2024, por volta das 16:20 horas, na Rua Laurindo Scaranelo, 653, Jd. Jamaica, nesta cidade e comarca de Sertãozinho, EULA PAULA MIRANDA, qualificada à fls. 09, guardava, para fins de entrega ao consumo de terceiros, drogas, consistentes em 122.69g de maconha, 320g de cocaína e 22g de cafeína, acondicionadas em sacolas plásticas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 17/18, auto de constatação preliminar de fls. 19/20, fotografias de fls. 25/27 e laudo pericial toxicológico de fls. 65/73.

Segundo foi apurado, na ocasião dos fatos, Eula recebeu e guardou as drogas enviadas por Rian, através de motoboy, em troca de receber uma quantia em dinheiro. Os fatos foram constatados por guardas civis municipais, os quais realizaram patrulhamento pelo Jardim Jamaica, ocasião em que avistaram Eula recebendo uma mercadoria e aparentando nervosismo ao avistar a viatura e entrar rapidamente em sua casa.

Diante disso, os guardas abordaram o entregador Alex que, de pronto, explicou que recebeu uma chamada pelo aplicativo 99 de uma pessoa chamada Rian Cesar da Silva, o qual solicitou que fosse levada uma encomenda até à Rua Laurindo (fls.23/24), porém não sabia o que estava sendo transportado, somente entregou.

Em seguida, Eula foi contatada pelos guardas civis e, de imediato, contou que Rian pediu para que guardasse drogas para ele, prometendo recompensá-la financeiramente por isso.

Assim, as circunstâncias da apreensão, a quantidade razoável e

diversidade de drogas e os depoimentos dos guardas civis municipais, demonstram que os entorpecentes encontrados com EULA se destinavam ao tráfico."

A materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (folhas 01/10 – 21/32 e 74/76), boletim de ocorrência (folhas 11/14), auto de exibição e apreensão (folhas 17/18), auto de constatação (folhas 19/20), laudos do exame químico-toxicológico definitivos (folhas 65/67, 68/70 e 71/73) e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é certa, conforme demonstrado a seguir.

Conforme constou da sentença (folhas 265/267), foram ouvidos a testemunha de acusação Alex Silva Santos e os guardas civis municipais Alefer Douglas Cosenzo e Gabriel Valério de Azevedo. Além disso, foram interrogados os réus Rian César Silva e Eula Paula Miranda.

Os guardas civis municipais **Alefer Douglas Cosenzo e Gabriel Valério de Azevedo**, em juízo, (folhas 265/266), declararam que: *“efetuavam patrulhamento de rotina pelo local, momento em que avistaram um motoqueiro entregando uma sacola para uma mulher, que pegou a sacola e, quando avistou a viatura, apresentou nervosismo e de forma repentina, entrou para dentro de casa. Deram a volta no quarteirão e abordaram o rapaz na motocicleta. Ele alegou que recebeu uma chamada pelo aplicativo de uma pessoa chamada Rian Cesar da Silva, que solicitou fosse levado uma encomenda até o endereço ora citado, não sabia o que estava sendo transportado, somente entregou. Em contato com a moradora da residência, que recebeu a encomenda deixada pelo motoboy, identificando-se como Eula, disse que é colega de Rian e que ele havia pedido para ela guardar drogas pra ele, em troca de dinheiro. De forma espontânea, entregou as drogas. Na parte da manhã, já tinham atendido uma ocorrência envolvendo Rian e drogas, sendo que este fugiu.”*

Não há motivo para que se receba com reservas as palavras dos guardas civis municipais, inclusive porque não se vislumbra nos autos nenhum indício de interesse por parte deles 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 testemunha de acusação **Alex Silva Santos**, em juízo (folha 265), motoboy que atendeu a corrida, disse que: *“que atendeu a corrida, disse que não conhece os acusados. Na data dos fatos, aceitou uma corrida pelo aplicativo 99 para buscar uma encomenda na rua Lindolfo Mossim Filho, 374, até o endereço da abordagem. Para a corrida, de 800 metros o aplicativo lhe pagou o valor de R\$ 5,00. Em sede de delegacia, chegou a desbloquear o celular voluntariamente para confirmar o que havia relatado aos policiais. Quem lhe acionou pelo aplicativo 99 foi uma pessoa chamada Rian. Quem lhe entregou a sacola foi uma senhora. Não sabia o que transportava. Levou até a casa onde foi abordado, na rua de trás, próximo dali. Foi recebido pela acusada Eula. Ela recebeu a sacola e quando acabou de entrar a guarda civil municipal encostou, indagando o que havia entregado. Logo depois chamaram a acusada Eula, ela confessou que havia recebido drogas e então foram buscar a sacola.”*.

Interrogada, a acusada **Eula Paula Miranda**, em juízo (folha 267), disse que: *“conhece Rian apenas de vista e que, quem lhe contatou e perguntou se poderia guardar umas drogas para ele, seria de um tal de Carlinhos, que não sabe maiores detalhes. Na delegacia disse o nome de Rian, porque ficou com medo.”*.

Interrogado, o acusado **Rian César Silva**, em juízo (folha 267), negou a traficância. Disse que: *“não solicitou nenhuma corrida por aplicativo no dia dos fatos. Emprestou o celular para um amigo, chamado Carlinhos, que disse que iria fazer uma ligação. Nesse momento, Carlinhos pegou o celular e acredita que usou seu aplicativo do "99". Algumas semanas depois, recebeu a intimação da delegacia para prestar depoimento sobre os fatos. Não pode dar maiores detalhes sobre Carlinhos.”*.

Diante deste quadro, a condenação será mantida. Em que pese a negativa do réu Rian César Silva em juízo, a autoria restou bem demonstrada pelos depoimentos da testemunha Alex Silva Santos e dos guardas civis municipais em juízo (folhas 265 e 265/266). Os guardas civis municipais, durante o patrulhamento de rotina, avistaram um motoqueiro entregando uma sacola para acusada Eula Paula Miranda, que a recebeu e, ao perceber a presença da viatura da guarda, apresentou nervosismo e, de forma repentina, entrou para dentro de sua casa. Resolveram abordar o motociclista, que alegou que havia recebido uma chamada pelo aplicativo, de uma pessoa de nome Rian César Silva, ora acusado, que solicitou que fosse levada a encomenda até aquele endereço, mas não sabia o que estava sendo transportado e, somente, entregou. Os servidores municipais retornaram até a residência da ré Eula Paula Miranda, onde o motociclista entregou a encomenda, conversaram com ela, a qual informou que é colega do acusado Rian César Silva, sendo que ele havia pedido que guardasse drogas, em troca de dinheiro. A acusada Eula Paula Miranda entregou, espontaneamente aos guardas civis municipais os entorpecentes. A testemunha Alex Silva Santos, motociclista, confirmou ter atendido a corrida pelo aplicativo 99 para buscar uma encomenda na Rua Lindolfo Mossim Filho, número 374 até o local onde foi abordado pelos agentes públicos, sendo que quem acionou o aplicativo 99 foi o acusado Rian César Silva.

Foram apreendidos 254,36 gramas de “cocaína”, dispostos em uma (01) porção; 54,04 gramas de “crack”, dispostos em uma (01) porção, 114,2 gramas de “maconha”, dispostos em uma (01) porção e 22,32 gramas de “caféina”, dispostos em uma (01) porção (conforme auto de exibição e apreensão de folhas 17/18, auto de constatação de folhas 19/20 e laudos do exame químico toxicológico definitivos de folhas 65/67, 68/70 e 71/73).

As palavras dos guardas civis municipais foram uníssonas, seguras, coerentes e convincentes, não havendo nenhum motivo para duvidar deles. Inclusive, foram corroboradas, pelo depoimento da testemunha Alex Silva Santos, motociclista do aplicativo 99, que atendeu ao chamado do réu Rian

César Silva para levar uma encomenda, as drogas, até o endereço da acusada Eula Paula Miranda (folha 265) e, ainda, pela admissão da acusada Eula Paula Miranda, que disse que guardava as drogas para o acusado Rian, mediante o recebimento de dinheiro (folha 267).

Portanto, as circunstâncias em que ocorreu a apreensão das substâncias entorpecentes materialmente comprovada nos autos, corroboradas pelos depoimentos altamente comprometedores da testemunha Alex Silva Santos e dos guardas civis municipais, demonstram, de modo inequívoco, que Rian César Silva remeteu, ilegalmente, a “cocaína”, o “crack”, a “maconha” e a “caféina” e Eula Paula Miranda guardava, ilegalmente, a “cocaína”, o “crack”, a “maconha” e a “caféina”. Suas condutas comprovam e caracterizam 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, Rian remeteu e Eula guardava, 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 (artigo 28 da lei nº 11.343/06), pois, inclusive, a própria acusada Eula Paula Miranda admitiu que guardava as drogas a pedido do réu Rian César Silva, mediante o recebimento de dinheiro (folha 267) e a testemunha Alex Silva Santos, motocicleta do aplicativo 99, informou que recebeu uma chamada do réu Rian César Silva para entregar uma encomenda no endereço da ré Eula Paula Miranda (folha 265).

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.

Para a acusada Eula Paula Miranda:

Na **primeira fase** do artigo 68 do Código Penal, considerando o critério do artigo 59 do Código Penal, o MM. Juiz Sentenciante fixou as penas acima dos mínimos legais, no índice de um sexto (1/6), em razão da grande quantidade e variedade das drogas. Ocorre que a quantidade dos entorpecentes (peso líquido total de 444,92 gramas), embora razoável, não era grande a ponto de uma exasperação nesta fase. Assim, fixam-se 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, em razão da primariedade da ré (certidão de folhas 33 e 93).

Na **segunda fase**, ausentes agravantes e presente a atenuante da confissão espontânea; entretanto, como a pena-base foi fixada no piso mínimo e por ter incidência o teor da Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, resta mantida a pena de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na **terceira fase**, o MM. Juiz 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 o mais justo é uma redução na fração de dois terços (2/3), de forma a finalizar as penas em **um (01) ano e oito (08) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.**

Ante a pena fixada e as circunstâncias judiciais favoráveis à ré Eula Paula Miranda, cabível fixar o 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) anos e oito (08) meses 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 da droga, no caso dos autos, não são relevantes o suficiente para impedir a fixação do regime prisional mais brando.

Correta 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 duas restritivas de direitos.

Assim, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes, a primeira, em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da privativa de liberdade (02 anos e 06 meses), e a segunda, em prestação pecuniária à entidade assistencial no valor de um (01) salário-mínimo vigente à época do pagamento, tudo de forma e molde a serem fixados na

execução criminal.

Contudo, a prestação pecuniária no valor de um (01) salário-mínimo deve ser afastada e aplicada a pena pecuniária consistente no pagamento de dez (10) dias-multa, consoante o disposto no artigo 44, § 2º, do Código Penal, nos termos do artigo 49 do Código Penal, que se torna mais benéfica à ré.

Para Rian César Silva:

Na primeira fase do artigo 68 do Código Penal, considerando o critério do artigo 59 do Código Penal, o MM. Juiz Sentenciante fixou as penas acima dos mínimos legais, no índice de um sexto (1/6), em razão da grande quantidade e variedade das drogas. Ocorre que a quantidade dos entorpecentes (peso líquido total de 444,92 gramas), embora razoável, não era grande a ponto de uma exasperação nesta fase. Assim, fixam-se 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, em razão da primariedade do réu (certidão de folhas 37/38 e 87/88).

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes a serem consideradas, as penas permanecem assim como fixadas na primeira fase, ou seja, em cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na terceira fase, ausentes causas especiais de diminuição de pena; contudo, o ilustre Juiz *a quo* entendeu por bem não aplicar o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da lei nº 11.343/2006, sob a justificativa de folhas 268/269: *“Isso porque, embora tecnicamente primário, os indicativos são de que o réu se dedica a atividades criminosas há tempos. Desde a menoridade vem praticando tráfico. Conta com diversos boletins de ocorrência, internações pelo mesmo crime. Tem apenas 21 anos e novamente é processado pelo mesmo delito. Também responde a outra investigação por tráfico. Ou seja, vem praticando o tráfico na sequência. São elementos suficientes para se concluir que não se trata de traficante de “primeira viagem” e, portanto, não faz jus ao benefício.”*. Ocorre que o réu é primário (certidão de folhas 37/38 e 87/88) e não há comprovação segura nos autos de que se dedique a

atividades criminosas ou que integre organização criminosa. Com relação ao alegado de que o réu desde a menoridade vem praticando tráfico, inclusive conta com diversos boletins de ocorrência e internações pelo mesmo crime, a certidão do juízo da infância de juventude de folhas 89/90, retrata que as três internações e a liberdade assistida ocorreram há quatro (04) anos e de lá para cá não foi condenado por outros crimes.

Assim, é cabível aplicar o redutor.

Desse modo, é possível aplicar o redutor em seu grau máximo, na fração de dois terços (2/3), visto que não há circunstâncias negativas ou qualquer outra peculiaridade no caso concreto que justifique uma redução menor das penas. Assim sendo, a pena do acusado **Rian César Silva** deve ser reduzida e finalizada em **um (01) ano e oito (08) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa.**

Ante a pena fixada e as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu Rian, cabível fixar o 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 um réu primário, condenado à pena de um (01) anos e oito (08) meses de reclusão, ser submetido 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 da droga, no caso dos autos, não são relevantes o suficiente para impedir a fixação do regime prisional mais brando.

Consigno que é possível 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 do acusado Rian, que é primário e que foi beneficiado 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 será 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 10 (dez) dias-multa **nos termos do artigo 49 do Código Penal**, cabendo ao juízo de execuções criminais especificar o local da prestação de serviços.

Ante o exposto, **rejeitada a matéria preliminar arguida pela Defesa de Rian César Silva, dá-se provimento ao recurso da Defesa de Eula** para reduzir e fixar suas penas em **um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, no regime inicial aberto**, além do pagamento de **cento e sessenta e seis (166) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal **(nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06)**, por infração ao artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006. Mantida, também, a substituição das penas privativas de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo tempo da pena privativa e o **pagamento de dez**

(10) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, conforme anteriormente justificado, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal e dá-se parcial provimento ao recurso da Defesa de Rian César Silva, para reduzir as penas, que serão fixadas em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias, no valor unitário mínimo legal (nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06), por infração ao artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006, sendo sua pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, cabendo ao juízo de execuções criminais especificar o local da prestação de serviços, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, nos termos do artigo 44, § 2º, 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