



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000423309

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502575-29.2024.8.26.0530, da Comarca de Sertãozinho, em que são apelantes LORRAINY ALMEIDA SILVA e OLICE MACEIÓ CARROCINE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram dos recursos e, no mérito, por v.u.: 1 - Negaram provimento àquele interposto pela defesa do réu OLICE MACEIÓ CARROCINE; 2 – Deram parcial provimento àquele interposto pela defesa da ré LORRAINY ALMEIDA SILVA para: a) reconhecer a incidência do tráfico privilegiado e reduzir a pena no montante de 2/3; b) fixar o regime prisional aberto; c) readequar a pena imposta à ré em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal; d) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, os quais deverão ser estabelecidos pelo juízo da execução, e na limitação de final de semana, que também deverá ser detalhada por aquele mesmo juízo. Mantendo-se, no mais, a r. Sentença**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9991

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1502575-29.2024.8.26.0530

Apelantes: Lorrainy Almeida Silva e Olice Maceió Carrocine

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sertãozinho

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.
VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO. PLEITO
ABSOLUTÓRIO POR FRAGILIDADE
PROBATÓRIA. MODULAÇÃO DA RESPOSTA
PUNITIVA. RECURSO DO RÉU OLICE
CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSO DA RÉ
LORRAINY CONHECIDO E PARCIALMENTE
PROVIDO.**

1. DO CASO EM EXAME. Recursos de apelação interpostos por Olice Maceió Carrocine e Lorrainy Almeida Silva contra a r. sentença que condenou o primeiro à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e a segunda à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ambos como incursos no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. Recursos da defesa. Alegação de violação de domicílio. Absolvção em razão da fragilidade de provas. Pleitos subsidiários: a) reconhecimento da figura do tráfico privilegiado; b) fixação do regime prisional aberto; c) concessão do direito de recorrer em liberdade.

2. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO. Policiais militares que, em patrulhamento pelo local dos fatos, visualizaram um indivíduo de camiseta vermelha – posteriormente identificado como Marcos Paulo Andrade da Barra – em frente ao portão de uma residência, que já havia sido alvo de cumprimento de mandado de busca e apreensão em razão do tráfico de drogas. Policiais que, ademais, tinham informações de que o comércio ilícito ainda era realizado no imóvel. Acusado Olice que foi visto entregando um objeto a Marcos Paulo, razão pela qual decidiram abordá-los.

Capsula de cocaína encontrada na posse de Marcos Paulo. Acusada que, ao notar a presença dos policiais, retornou para o interior da casa, atitude esta que despertou a atenção da equipe e motivou o ingresso no imóvel, onde foram localizadas diversas porções de cocaína e maconha.

3. DAS RAZÕES DE DECIDIR

3.1. Preliminar. Ilicitude probatória. Violação de domicílio. Não configuração. Justa causa para o ingresso no domicílio que se deu em razão da percepção dos policiais acerca da dinâmica delitiva. Atividade típica de tráfico de entorpecentes. Configuração de suficiente justa causa quanto à situação de flagrante delito. Ingresso no domicílio que está amparado pelo permissivo constitucional.

3.2. Condenação adequada. Prova da materialidade e de autoria. Depoimentos dos policiais uniformes e convergentes. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. Modelo probatório que não se filiou ao sistema das provas legais, segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. Livre convencimento motivado. Ré Lorrainy que confessou o crime. Narrativa de Olice que restou isolada nos autos e que foi afastada pelos demais elementos de prova.

4. DA DOSIMETRIA E DO REGIME PRISIONAL

4.1. Do réu Olice. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis que permite a fixação da pena base no mínimo legal. Agravante da reincidência. Exasperação da pena em 1/6. Reincidência que impede a aplicação da figura do tráfico privilegiado. Manutenção do regime prisional fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviável. Revogação da prisão preventiva. Incabível.

4.2. Da ré Lorrainy. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis que permite a fixação da pena base no mínimo legal. Atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea. Súmula n. 231 do STJ. Primariedade e ausência de elementos a apontar a dedicação da ré à prática criminosa ou de seu envolvimento com organização criminosa. Reconhecimento da figura do tráfico privilegiado com redução da pena no patamar máximo. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Fixação do regime inicial aberto.

5. DO DISPOSITIVO. Recurso do réu Olice conhecido e improvido. Recurso da ré Lorrainy conhecido e parcialmente provido para: a) reconhecer a incidência do tráfico privilegiado e reduzir a pena no montante de

2/3; b) fixar o regime prisional aberto; c) readequar a pena imposta à ré em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal; d) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, os quais deverão ser estabelecidos pelo juízo da execução, e na limitação de final de semana, que também deverá ser detalhada por aquele mesmo juízo.

Legislação Citada: CF/1988, art. 5º, XI. CPP, art. 157. Lei n. 11.343/06, art. 33.

Jurisprudência Citada: STJ, HC 525.772/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 17/10/2019, DJe 24/10/2019. STF, RE n. 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010. STJ, HC n.º 165.561-AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016. STJ, HC n.º 404.514-PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018. STJ, HC 480.676/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 21/03/2019, DJe 28/03/2019. STJ, HC n. 393.709/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/6/2017. STJ, HC n. 326.359/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 11/5/2017. STJ, AgRg no AREsp n. 557.934/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 10/5/2017.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pela **defesa**, em favor de **OLICE MACEIÓ CARROCINE** e **LORRAINY ALMEIDA SILVA**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Ronan Severo de Araújo, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sertãozinho**, que, julgando parcialmente procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenou o primeiro à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e a segunda à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ambos como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. Naquela oportunidade, os acusados foram absolvidos da prática do delito previsto pelo artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, não tendo as partes se insurgido contra a decisão (fls. 281/298).

da ilicitude das provas colhidas diante da violação de domicílio. Aduz que os policiais não possuíam ordem judicial para adentrar à residência, onde as drogas foram localizadas e apreendidas. Afirmar, ademais, a inexistência de situação de flagrância que permitisse o ingresso no imóvel. Quanto ao mérito, pugna pela absolvição da acusada, invocando, para tanto, a fragilidade probatória. Afirmar que os depoimentos prestados pelos policiais devem ser recebidos com cautela, uma vez que fornecidos com parcialidade, já que tendem a legitimar as suas próprias condutas. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado e a fixação do regime prisional aberto (fls. 334/341).

A defesa de **Olice**, da mesma forma, pugna, preliminarmente, pelo reconhecimento da ilicitude das provas colhidas diante da violação de domicílio. Quanto ao mérito, pugna pela absolvição do acusado, invocando, para tanto, a fragilidade probatória. Aduz ter o réu negado a prática delitiva durante toda a persecução penal. Afirmar que os depoimentos prestados pelos policiais devem ser recebidos com reservas. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado e a concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 350/354).

Contrarrazoado os recursos (fls. 368/371), a Douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. José Carlos Meloni Sícóli, opinou pelo improvimento dos apelos defensivos (fls. 380/391).

É o relatório.

I - Do juízo de admissibilidade recursal

Os recursos devem ser admitidos.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. Os recursos são cabíveis, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foram interpostos tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção

de provimento diverso daquele obtido em sentença.

II - Da apelação interposta

II.1 - Breve síntese dos fatos e termos do processo

Os réus foram processados porque, no dia 13 de agosto de 2024, por volta das 10:40 horas, na Rua Zelindo Zanineli, nº 101, fundos, Vila Recreio, na cidade de Barrinha, na comarca de Sertãozinho, traziam consigo, para fins de consumo de terceiros, 27 cápsulas de cocaína, com peso líquido de 9,47g, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta, ademais, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, os acusados guardavam e mantinham em depósito, para fins de consumo de terceiros, 16 porções de maconha, com peso líquido de 23,2g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Consta, por fim, que, desde meados de abril de 2024 até 13 de agosto de 2024, na Rua Zelindo Zanineli, nº 101, fundos, Vila Recreio, na cidade de Barrinha, na comarca de Sertãozinho, os acusados se associaram para o fim de praticar reiteradamente o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

De acordo com o narrado na denúncia, policiais militares realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, momento em que visualizaram um indivíduo de camiseta vermelha – posteriormente identificado como Marcos Paulo Andrade da Barra – em frente ao portão de uma residência, que já havia sido alvo de cumprimento de mandado de busca e apreensão em razão do tráfico de drogas. Os policiais, ademais, também tinham informações de que o comércio espúrio ainda era realizado no imóvel. Ao se aproximarem, os policiais também avistaram um rapaz de camiseta branca – posteriormente identificado como **Olice Maceió Carrocine** – entregando um objeto a Marcos Paulo, razão pela qual decidiram abordá-los. Com Marcos Paulo, foi encontrada uma cápsula de cocaína alaranjada e um cigarro de maconha. Concomitantemente, os policiais notaram que havia uma mulher – posteriormente identificada como **Lorrainy Almeida Silva** – parada na porta do imóvel, a qual, devido à aproximação da equipe, se escondeu dentro da residência,

tendo, em seguida, tentado ocultar, debaixo de um travesseiro, um pacote contendo 26 cápsulas de cocaína de cor laranja, semelhantes àquela apreendida na posse de Marcos Paulo. Questionados, **Olice** e **Lorrainy** admitiram a existência de mais drogas no interior da casa, dentro de uma taça colocada em um armário. Ali, os policiais encontraram 16 porções de maconha. Marcos Paulo revelou aos policiais que havia ido ao referido endereço para adquirir cocaína e que foi abordado quando entregava o dinheiro – R\$10,00 (dez reais) – a **Olice**, o qual, por sua vez, admitiu informalmente a prática do comércio ilícito de drogas. A testemunha também disse que aquele local é conhecido como “biqueira do 'Mineiro'” e que sempre costumava adquirir entorpecentes com o casal **Olice** e **Lorrainy**. No distrito policial, **Lorrainy** admitiu a prática delitiva. **Olice**, por sua vez, negou envolvimento nos fatos.

A persecução penal foi instaurada através do auto de prisão em flagrante (fls. 01). Submetidos os réus à audiência de custódia, foram as prisões em flagrante convertidas em preventivas (fls. 65/66). No decorrer do processo, foi a prisão preventiva de **Lorrainy** substituída por medidas cautelares alternativas, sendo determinada a expedição de alvará de soltura clausulado (fls. 240/241).

II.2 - Das provas produzidas

Sob o crivo do contraditório, os policiais militares Yuri Paiva e Maycon Murilo, responsáveis pela prisão em flagrante dos acusados, confirmaram o quanto narrado em sede preliminar. Realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, quando avistaram um indivíduo de blusa vermelha parado no portão de uma casa que já havia sido alvo de cumprimento de mandado de busca e apreensão em razão do comércio espúrio de entorpecentes que ali ocorria. Na ocasião, um casal, que não os acusados, foram presos em flagrante. Além disso, possuíam informações anônimas dando conta de que o imóvel ainda era utilizado para a prática do tráfico de drogas. Ao se aproximarem, avistaram o momento em que o réu **Olice** entregou um objeto a um rapaz de blusa vermelha parado no portão. Diante daquele cenário, decidiram pela abordagem de ambos. Em poder do rapaz de blusa vermelha, identificado como sendo Marcos Paulo, encontraram 01 pino alaranjado contendo cocaína, além de um

cigarro de maconha. Durante os procedimentos de abordagem, avistaram **Lorrainy** parada na porta da casa. Ao notar a presença da equipe, **Lorrainy** retornou rapidamente para o interior do imóvel. Ingressaram na casa e observaram o momento em que a ré tentou esconder, debaixo de um travesseiro, um pacote em cujo interior verificou-se conter 26 pinos alaranjados de cocaína, idênticos àquele que foi apreendido em poder de Marcos Paulo. Indagada, a ré confessou a prática do tráfico, indicando a existência de mais entorpecentes no interior da residência. No armário, dentro de uma taça, foram localizadas 16 porções de maconha. Afirmaram que Marcos Paulo admitiu que teria acabado de comprar o entorpecente do casal quando foi abordado. **Lorrainy**, por sua vez, admitiu o envolvimento no tráfico. **Olice**, por fim, negou a prática delitiva.

Em sede preliminar, Marcos Paulo admitiu que costumava comprar os entorpecentes comercializados pelos réus. Confirmou que estava no local, conhecido como “biqueira do mineiro”, quando, após receber as drogas de **Olice**, foi abordado pelos policiais. Em juízo, não foi ouvido.

No distrito policial, **Lorrainy** confessou a prática delitiva. Esclareceu, de início, que **Olice** era seu namorado e que, há cerca de 04 meses, residiam juntos naquela casa. Destacou que comercializava as drogas há cinco meses. Disse que Marcos Paulo era um de seus clientes e que lhe vendeu fiado o pino de cocaína encontrado em suas vestes durante a abordagem. Admitiu, ainda, a propriedade do restante dos entorpecentes encontrados no imóvel. No mais, afastou o envolvimento de **Olice** no crime.

Em juízo, manteve a confissão. Acrescentou que comercializava as drogas para sustentar seu vício e saldar dívida com traficantes locais. Optou por não responder sobre o eventual envolvimento de **Olice** no crime. Disse que estava namorando com o acusado há três semanas e que ele havia se mudado para sua casa havia uma semana. No dia dos fatos, estava deitada na sala, momento em que **Olice** ingressou naquele cômodo com Marcos Paulo, que ali estava para receber um pino de cocaína fiado. Entregou-lhe a droga e, na sequência, foram todos abordados pelos policiais. Admitiu, ainda, ter indicado aos agentes de segurança o local em que os

entorpecentes estavam escondidos. No mais, afirmou que comercializava as drogas havia três semanas.

Em sede preliminar, o acusado **Olice** disse que residia com sua namorada **Lorrainy** havia três meses. Afirmou que era usuário de cocaína. Negou a comercialização de entorpecentes e disse que jamais presenciou **Lorrainy** envolvida naquela prática. No dia dos fatos, foi até o portão da casa para atender um rapaz desconhecido. Na sequência, foram abordados pelos policiais. Disse que não sabia do envolvimento da ré com o tráfico de entorpecentes.

Em audiência, negou envolvimento nos fatos. No dia do ocorrido, estava bebendo café na varanda da casa, momento em que Marcos Paulo chegou e pediu para falar com **Lorrainy**. Disse a ele que sua namorada não queria conversar e pediu que fosse embora. Em seguida, Marcos Paulo ingressou no imóvel e pegou um pino de cocaína com a ré. Acompanhou Marcos Paulo até o portão da casa, ocasião em que foram abordados pelos policiais militares. **Lorrainy** foi abordada na sequência e indicou aos agentes de segurança o local em que os entorpecentes estavam escondidos. Asseverou que estava residindo na casa há apenas três dias e que não tinha conhecimento do envolvimento de **Lorrainy** com o tráfico de drogas.

II.3. Da valoração das provas

II.3.1. Da alegação de ilicitude probatória

Em suas razões recursais, a defesa dos acusados pugnou pelo reconhecimento da ilicitude das provas colhidas diante da violação de domicílio, aduzindo que os policiais não possuíam ordem judicial ou autorização dos réus para adentrar à residência.

II.3.2. Da inadmissibilidade das provas ilícitas e daquelas delas derivadas

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. De fato, a controvertida questão, que pode ser

sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo, é produto de uma longa elaboração jurisprudencial que, em alguns ordenamentos, chegou, inclusive, a receber tratamento legislativo.

Como se sabe, coube à Suprema Corte norte-americana a primazia no enfrentamento do tema, o que levou à elaboração das regras de exclusão probatória e à teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*. Os fundamentos foram claros: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento da insuficiência das sanções civis e administrativas aos responsáveis pelos abusos. É o que foi assentado, em nível federal, no célebre caso *Weeks* (1914)¹ estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).² Em ambos os casos, entendeu-se que o problema não estava limitado a não confiabilidade do resultado probatório, mas sim à incompatibilidade entre o meio empregado e o resguardo dos parâmetros do justo processo.

No Brasil, muito embora tenha prevalecido por muito tempo a premissa da admissibilidade irrestrita das provas, a questão veio a assumir outro enfoque. Inicialmente por conta da ação do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, com a inserção da proibição do ingresso da prova ilícita no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º, LVI, CF). De qualquer modo, coube a Pellegrini³ a disseminação – e consequente consagração – no campo doutrinário, da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas. Segundo a autora, ainda que ambas provenham da mesma noção de contrariedade ao direito, a ilícita relaciona-se com a violação de direitos materiais ligados às liberdades públicas, enquanto a prova ilegítima pressupõe a inobservância de normas processuais.

Dessa forma, as provas ilicitamente obtidas jamais poderiam integrar o acervo probatório. Não se trata de desconsideração de sua força probante. Afinal, essas provas são desprezadas antes mesmo da incorporação ao processo, o que leva a

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct., 341, 58 L.Ed. 652 (1914). LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 105. Ver igualmente CANTÓN, Fernando Díaz. Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A, p. 337 e HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

² 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952). Ver, para tanto: ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Miran S. E CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed., St. Paul: West, 1997, p. 257.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 93-103.

questão para o plano da inexistência jurídica.⁴ Já no que se refere à prova ilegítima, a solução passa pelo enfrentamento dos critérios de validade. Afinal, a inadequação entre a forma processual concretizada e aquela abstratamente prevista revela um vício que leva à possibilidade de renovação do ato (art. 573, *caput* do CPP).

A inserção da cláusula da proibição das provas ilícitas no texto constitucional é um claro sinal do apreço ao regime das liberdades individuais e da consagração da supremacia do valor da dignidade humana. A mensagem é, portanto, clara e vigorosa. Qualquer restrição de direitos fundamentais durante a persecução penal deverá observar os parâmetros da legalidade e da proporcionalidade, sob pena de imprestabilidade da prova obtida. Vem daí a indispensabilidade do controle judicial quando algumas medidas importarem restrições aos direitos da personalidade como a privacidade e a intimidade. Nesse contexto, a inadmissibilidade das provas ilícitas atua como uma garantia que assegura, concretiza e direciona o respeito aos direitos fundamentais.

A sanção, inadmissibilidade processual da prova ilícita constitui mandamento incontornável. Integra o chamado bloco de constitucionalidade não podendo ser sequer alvo de supressão por emenda constitucional. Assim, a inadmissibilidade processual da prova ilícita é imperativa, não podendo dela se afastar o legislador ordinário na regulamentação das normas sobre processo e procedimento, bem como o operador na realização diária da atividade jurisdicional.

É certo que a preocupação com o tema não ficou restrita às provas ilícitas propriamente ditas. Com efeito, uma vez mais coube à jurisprudência norteamericana, a elaboração de uma teoria que resolvesse, igualmente, o problema da contaminação das provas derivadas. É o que se convencionou denominar de teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruit of the poisonous tree*.⁵ A questão é relativamente simples: não se pode aproveitar a prova cuja descoberta tenha sido oriunda daquela originariamente ilícita. Há, portanto, uma relação de contaminação. As provas derivadas, aquelas que decorrem diretamente da prova ilícita, serão igualmente contaminadas, tal como ocorre com os frutos de uma árvore envenenada.

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

⁵ Caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, julgado em 1920 pela Suprema Corte dos EUA.

Como anota Magalhães: *de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova, se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz.*⁶

É certo que no direito brasileiro já eram encontradas considerações sobre as provas ilícitas por derivação.⁷ Aqui a influência do direito norte-americano foi mais uma vez significativa. De qualquer modo, a contaminação não é absoluta. Nesse ponto, a jurisprudência norte-americana construiu, ao longo dos anos, um intrincado sistema de abrandamento dos efeitos da contaminação.

No direito brasileiro, as questões, que até então permaneciam restritas à esfera constitucional, foram regulamentadas na legislação processual com a edição da Lei 11.690/2008. Em certos aspectos, houve mera reiteração da vedação constitucional (art. 157, *caput*, do CPP). Em outros, o legislador avançou ao trazer disposição expressa quanto à inadmissibilidade das provas derivadas em uma clara adesão à teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo primeiro).

De qualquer modo, o legislador revelou nítida preocupação com a amplitude dos efeitos da desconsideração das provas ilícitas. Assim, incorporou, expressamente, a teoria da fonte independente e que também já tinha sido construída pela Suprema Corte norte-americana. A redação, contudo, distanciou-se daquela que

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

⁷ Conforme decidido pelo STF quando do julgamento do HC 69.912-0/RS com a seguinte ementa: PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINAR E VIABILIZAR - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.

seria a ideal (art. 157, parágrafo segundo). Assim, ao conceituar a chamada fonte independente, o legislador trouxe elementos que aproximaram a questão da chamada descoberta inevitável que também foi reconhecida pela jurisprudência norte-americana como situação limitadora dos efeitos contaminatórios das provas ilícitas.

A despeito dos percalços da legislação nacional. A base da fonte independente, repousa na existência de pelo menos duas fontes de revelação da prova: a ilícita e a lícita. Assim, ao reconhecer-se a capacidade da última em revelar a prova, a sua força compensará o efeito contaminatório da prova ilícita, afastando-se, assim, o efeito da inadmissibilidade.

II.3.3. Da garantia da inviolabilidade de domicílio

Como se sabe, a inviolabilidade do domicílio mereceu, por parte do legislador constituinte, a devida tutela no contexto dos direitos fundamentais (artigo 5º, inciso XI, Constituição Federal). Trata-se, a bem da verdade, de corolário do direito à privacidade, figurando, dessa forma, como a sua garantia. A inviolabilidade, contudo, não possui contornos absolutos tendo o próprio legislador indicado as hipóteses excepcionais de sua restrição. Assim, o contexto de flagrante delito e o estado de necessidade de terceiros (socorro ou desastre) prescindiriam do consentimento expresso do morador. Nessas hipóteses, a violação viria fundada no princípio da proporcionalidade. Ou seja, no cotejo dos valores em conflito, o legislador optou pela restrição dos direitos da liberdade diante da preeminência que mereceriam outros interesses. De qualquer modo, não configuradas aquelas hipóteses, e ausente o consentimento do morador – titular do direito tutelado –, a violação do domicílio dependeria de ordem judicial que somente poderia ser executada durante o dia.

A configuração do flagrante delito, como se sabe, é uma das hipóteses autorizadas do ingresso no domicílio alheio. Aqui, no conflito emergente entre a privacidade e o resguardo imediato da ordem pública, o legislador inclinou-se em favor do último.

As situações flagranciais, por sua vez, são especificadas pelo legislador infraconstitucional. Fundam-se elas nos critérios da atualidade e da visibilidade da infração⁸. Trata-se de uma reação imediata do Estado que, por deter o monopólio do uso legítimo da força, assume o compromisso de recompor as fissuras do tecido social provocadas pela prática ilícita que se mostra, desde logo, visível. Esta recomposição, em um direito penal estruturado na sanção privativa de liberdade, passa pela segregação social do agente, típica medida pré-cautelar.

Assim, da hipótese daquele que é surpreendido no momento em que comete a prática delituosa ou que acaba de cometê-la (flagrante próprio), àquele que é encontrado logo depois, em poder dos objetos ou instrumentos do delito (flagrante presumido), passando pela situação de perseguição imediata e ininterrupta (flagrante impróprio), conferiu o legislador mandamento aos agentes públicos para efetivarem a prisão, independentemente de ordem judicial (art. 302 do CPP). Ora, se a custódia em tais casos é executada diretamente, natural que o ingresso no domicílio também possa se dar diretamente até mesmo para a concretização daquela prisão.

II.3.4. Dos fatos em julgamento

Pelo que se infere das provas colhidas, policiais militares realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, quando avistaram um indivíduo de blusa vermelha parado no portão de uma casa que já havia sido alvo de cumprimento de mandado de busca e apreensão em razão do comércio de drogas. Na ocasião, um casal, que não os acusados, foram presos em flagrante. Destacaram que possuíam informações anônimas dando conta de que o imóvel ainda era utilizado para a prática do tráfico. Ao se aproximarem, avistaram o momento em que o réu **Olice** entregou um objeto a um rapaz de blusa vermelha parado no portão. Diante daquele cenário, decidiram pela abordagem de ambos. Em poder do rapaz de blusa vermelha, identificado como Marcos Paulo, encontraram 01 pino alaranjado contendo cocaína, além de um cigarro de maconha. Durante os procedimentos de abordagem, avistaram **Lorrainy** parada na porta da casa. Ao notar a presença da equipe, **Lorrainy** retornou

⁸ CAMPOS DE BARROS, Romeu Pires de. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 118-119.

rapidamente para o interior do imóvel. A atitude da ré justificou o ingresso da equipe na casa, onde visualizaram o momento em que ela tentou esconder, debaixo de um travesseiro, um pacote em cujo interior verificou-se conter 26 pinos alaranjados de cocaína, idênticos àquele que foi apreendido em poder de Marcos Paulo. Indagada, a acusada confessou a prática do tráfico, indicando a existência de mais entorpecentes no interior da residência. No armário, dentro de uma taça, foram localizadas 16 porções de maconha. Marcos Paulo, por sua vez, admitiu que teria acabado de comprar o entorpecente do casal quando foi abordado. **Olice**, por fim, negou a prática delitiva.

A narrativa dos policiais, é certo, foi corroborada pelos relatos de Marcos Paulo que, em solo policial, confirmou que havia acabado de adquirir as drogas vendidas pelos acusados. Se não bastasse, a ré admitiu a prática delitiva.

Os fatos, portanto, apontavam para indícios de prática delituosa, que conferiram aos policiais a necessidade de ação imediata diante do iminente estado de flagrância. Assim, não era o caso, tampouco o momento, de se cogitar a execução de minuciosos procedimentos de investigação criminal diante da urgente intervenção que a situação exigia. Ademais, é certo que, naquele momento, os policiais se encontravam no regular exercício de atividade ostensiva de repressão a delitos, o que lhes conferia o poder de abordagem daqueles que se encontrassem em suspeita de prática delituosa, e de ingresso na casa do acusado, ainda que sem autorização do morador.

A jurisprudência majoritária vem afirmando o caráter permanente do tráfico de drogas, admitindo a prisão em flagrante enquanto mantido o estado de permanência o que, portanto, dispensaria o consentimento ou o mandado judicial para ingresso forçado em domicílio. O ingresso regular, contudo, depende da convergência de um quadro de justa causa para a mitigação da garantia da inviolabilidade domiciliar. Ou seja, a situação de flagrante deve ser indicada ou deduzida pelas circunstâncias fáticas, sob pena de se admitir que invasões arbitrárias possam ser tomadas, sacrificando-se a garantia constitucional.

Exige-se, dessa forma, que os elementos fáticos anteriores ao ingresso no domicílio permitam inferir, com o mínimo de razoabilidade, a existência de

situação de flagrante a excepcionar a exigência de prévia ordem judicial. Havia, dessa forma, um quadro de justa causa autorizativo do ingresso domiciliar. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. FUNDADAS RAZÕES. ATUAÇÃO DE GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio (REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe de 31/8/2017).

3. Na espécie, a fuga de suspeitos em direção à residência, os quais possuíam em depósito quantidade significativa de substância entorpecente (142,3g de crack e 287g de maconha), e as informações no sentido de que um dos pacientes controlava o tráfico de drogas na região, legitimou a entrada dos policiais no domicílio, ainda que sem autorização judicial.

(STJ-HC 525.772/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 24/10/2019)

A propósito do tema, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral: ***O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito*** (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro

Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

Assim, reconhecida a convergência de suporte para o ingresso no imóvel, não há que se falar em violação da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio e, por consequência, em ilicitude probatória. Afasta-se, dessa forma, a preliminar invocada.

II.3.5. Da manutenção da condenação dos acusados

A materialidade foi demonstrada. As substâncias apreendidas foram submetidas a exame preliminar de constatação o qual apurou sinais positivos para maconha e cocaína (fls. 27/28). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada do laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 95/103).

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação dos réus com as substâncias e que elas se destinavam ao consumo de terceiros.

Nesse sentido, foram os depoimentos prestados pelos policiais militares Yuri Paiva e Maycon Murilo, responsáveis pela prisão em flagrante dos acusados. Conforme exposto, realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, quando avistaram um indivíduo de blusa vermelha parado no portão de uma casa que já havia sido alvo de cumprimento de mandado de busca e apreensão em razão do comércio espúrio de entorpecentes que ali ocorria. Na ocasião, um casal, que não os acusados, foram presos. Destacaram que, além disso, possuíam informações anônimas dando conta de que o imóvel ainda era utilizado para a prática do tráfico de drogas. Ao se aproximarem, avistaram o momento em que o réu **Olice** entregou um objeto ao rapaz de blusa vermelha parado no portão. Diante daquele cenário, decidiram pela abordagem de ambos. Em poder do rapaz de blusa vermelha, identificado como Marcos Paulo, encontraram 01 pino alaranjado contendo cocaína, além de um cigarro de maconha. Durante os procedimentos de abordagem, avistaram **Lorrainy** parada na porta da casa. Ao notar a presença da equipe, **Lorrainy** retornou repentinamente para o interior do imóvel. Ingressaram na casa e viram o momento em que a ré tentou esconder, debaixo de um travesseiro, um pacote em cujo interior verificou-se conter

26 pinos alaranjados de cocaína, idênticos àquele que foi apreendido em poder de Marcos Paulo. Indagada, a ré confessou a prática do tráfico, indicando a existência de mais entorpecentes no interior da residência. No armário, dentro de uma taça, foram localizadas 16 porções de maconha. Marcos Paulo, por sua vez, admitiu que teria acabado de comprar o entorpecente do casal quando foi abordado. **Olice**, por fim, negou a prática delitiva.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de policiais, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, a lei processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filou-se ao princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar, com liberdade, as provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que compromettesse a idoneidade das testemunhas policiais. Ademais, os relatos são coincidentes. Assim, a prova fornecida pelos policiais é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

(...) O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes e indicaram os elementos de prova que levaram ao reconhecimento do crime de tráfico, é certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via estreita do writ.

(STJ - HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016).

Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na

hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.
(STJ - HC n.º 404.514-PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018)

De mais a mais, o sistema probatório abraçado em nossa legislação afastou-se do sistema de provas legais segundo o qual os valores probatórios são previamente indicados pelo legislador. Ao contrário, adotou-se o sistema do livre convencimento racional. Dessa forma, as provas devem ser avaliadas em seu contexto. As provas produzidas levam à reconstrução histórica dos acontecimentos. Esta reconstrução, por sua vez, é posta em confronto com a imputação. Se dela houver identidade que afaste a possibilidade de ocorrência de fatos diversos, haverá coincidência a qual é imperiosa da procedência e, portanto, do édito condenatório.

Por outro lado, a narrativa apresentada pela testemunha Marcos Paulo, em solo policial, aponta que os réus eram os responsáveis pelo comércio de substâncias entorpecentes naquele imóvel.

Ainda que assim não fosse, **Lorrainy** confessou a prática delitiva o que reforçou a prova acusatória, tornando certa a ocorrência dos fatos descritos na denúncia.

Por fim, a narrativa ofertada pelo réu **Olice** encontra-se isolada nos autos. De acordo com o exposto, foi visto pelos policiais no momento em que entregava o entorpecente ao usuário Marcos Paulo, o qual confirmou a compra realizada. De mais a mais, residia há meses com a ré **Lorrainy**, não se mostrando crível que não soubesse da atividade espúria que ali ocorria. Nesse ponto, inclusive, tentou fazer crer, em juízo, que estava na casa há apenas três dias, o que restou afastado pelos seus próprios relatos e daqueles ofertados pela ré em solo policial.

O cenário assim referido pela prova oral descarta qualquer viabilidade da versão ofertada pelo réu **Olice**. A narrativa não se sustenta.

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação. Inviável a absolvição dos acusados. Irrepreensível, nesse aspecto, a decisão de primeiro grau.

II.3.6. Da qualificação jurídico-penal dos fatos

Os fatos apurados amoldam-se à figura delituosa tipificada pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. A quantidade, a natureza, a diversidade, a forma de acondicionamento, a dinâmica delitiva, os relatos da testemunha Marcos Paulo, a confissão de **Lorrainy** e, por fim, os relatos ofertados pelos policiais militares, tornam indubitosa a destinação comercial.

Não há excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Os réus são plenamente imputáveis.

III. Da dosimetria

III.1 – Do réu Olice

Na primeira fase, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, agiu com acerto o i. Magistrado ao aplicar a pena base no mínimo legal, qual seja, em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda etapa, o i. Magistrado, de forma esmerada, reconheceu a incidência da agravante da reincidência, consubstanciada pela condenação definitiva proferida nos autos do processo-crime n. **1500194-59.2024.8.26.0397 (furto qualificado)**, da Vara Única da Comarca de Nuporanga, que teve o trânsito em julgado para as partes em 29 de julho de 2024. Na oportunidade, o i. Magistrado exasperou a pena em 1/6, obtendo-se a **pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa**. Não há reparos.

Na terceira fase, deixou o i. Magistrado de reconhecer a incidência da figura do tráfico privilegiado. A aplicação da causa de diminuição era mesmo inviável. Trata-se de réu reincidente. Além disso, se dedicava à prática de crimes. Nesse sentido, importante observar a consolidação do entendimento jurisprudencial segundo o qual a afirmação da reincidência como agravante e a vedação da causa de diminuição pelo mesmo motivo não implicam violação da garantia do *ne bis in idem*. Segue

jurisprudência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. CONDUTA FLAGRADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RÉU REINCIDENTE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

V - A reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 480.676/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019).

Ainda no mesmo julgado supracitado, assim se manifestou o Exmo.

Ministro Relator:

Dessa forma, extrai-se que a pena do paciente foi agravada em razão da reincidência, circunstância que também foi utilizada para a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Sobre o tema, importa considerar que a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualifica o crime, nos termos do art. 61, inciso I, do Código Penal. Outrossim, a reincidência, seja ela específica ou não, constitui óbice à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que um dos requisitos para a incidência do benefício é que o paciente seja primário. Dessa forma, a reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do

reductor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Nesse sentido, segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. Documento: 93608481 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 10 de 12 Superior Tribunal de Justiça 11.343/06. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 5. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, é incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes. 6. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do reductor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*. Precedentes. [...] 8. Habeas corpus não conhecido"

(STJ - HC n. 393.709/SP, Quinta turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2017, grifei).

Da mesma forma:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ÉDIPO HENRIQUE FARIAS. REINCIDENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. PACIENTE MICHEL JOSÉ DOS SANTOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE ÍNFINITA DE DROGA APREENDIDA (5,48 GRAMAS DE CRACK E 1,60 GRAMAS

DE COCAÍNA). REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. "A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto." (HC 229.340/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013) [...]"

(STJ - HC n. 326.359/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 11/5/2017, grifei).

"[...] CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao réu reincidente, pois não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. Precedentes. 2. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, a utilização da agravante da reincidência para fins de obstar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não configura indevido *bis in idem*. [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento"

(STJ - AgRg no AREsp n. 557.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/5/2017, grifei).

A quantidade de pena imposta, somada à reincidência, afastou a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando. Não há violação do princípio da proporcionalidade. É a resposta punitiva adequada a se considerar a maior reprovabilidade que comportam os fatos.

Em relação ao valor do dia-multa, não havendo razões que justificassem um aumento superior ao mínimo, foi fixada em 1/30 (um trigésimo) do

maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo dos fatos. Nenhum reparo deve ser feito.

Por fim, agiu bem o i. Magistrado em afastar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de réu reincidente.

No mais, inviável a liberdade. A par da confirmação da responsabilidade penal por graves fatos, o réu é reincidente. Trata-se de quadro que indica reiteração delituosa comprometedora da ordem pública e imperiosa da manutenção da custódia cautelar. Estão mais do que evidenciados os riscos concretos à ordem pública que afastam a viabilidade de medidas cautelares alternativas.

III.2 – Da ré Lorrainy

Na primeira fase, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, agiu com acerto o i. Magistrado ao aplicar a pena base no mínimo legal, qual seja, em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda etapa, o i. Magistrado, de forma escorreita, reconheceu a incidência das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, lembrando que, ao menos nesta fase da dosimetria, não é permitida a fixação da pena base aquém do mínimo legal, conforme preceituado pela Súmula n. 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça⁹.

Na terceira fase, o i. Magistrado afastou a figura do tráfico privilegiado. Justificou a negativa em razão da dedicação da acusada à prática de atividade ilícita. Impõe-se, contudo, o reconhecimento do privilégio.

Com efeito, as circunstâncias que cercaram o presente caso não apontam para o alinhamento da ré com atividades criminosas ou mesmo com organizações ilícitas. Não há registros de investigação prévia. Por sua vez, em poder da ré não foram encontrados manuscritos relativos a possível contabilidade, elevada quantia em dinheiro ou mesmo petrechos usualmente empregados para aquela

⁹ A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

atividade ilícita. Em que pese a variedade, a quantidade de drogas não era excessiva. Aliás, grande parte dela era comporta por maconha, substância que possuiu um menor poder lesivo e viciante se comparada às demais. A acusada é, por fim, primária e não registra antecedentes criminais. Assim, os requisitos previstos pelo artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 estão presentes e autorizam a aplicação do redutor no patamar máximo de 2/3. **Obtém-se, assim, a pena de 01 ano e 08 meses de reclusão e o pagamento de 166 dias-multa.**

Com relação ao regime prisional, fixou-se o semiaberto para início de cumprimento de pena. A acusada, contudo, é primária e não registra antecedentes criminais. Por outro lado, afirmada a figura do tráfico privilegiado, resta afastada a equiparação com os crimes hediondos, conforme já estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 118.533/MS. Nesse quadro, a fixação do **regime aberto** mostra-se proporcional à luz do princípio retributivo que orienta a individualização da pena.

É, ademais, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Além do aspecto objetivo, relativo à quantidade da pena imposta, a acusada ostenta condições subjetivas favoráveis. Era menor de 21 anos. Ademais, uma vez reconhecida a figura do tráfico privilegiado, delito não equiparado aos crimes hediondos, afasta-se a vedação prevista na parte final do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pela jurisprudência. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO. PACIENTE PRIMÁRIA. MINORANTE DO § 4º APLICADA NO MÁXIMO. PENA FINAL: 1 ANO E 8 MESES. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Considerando a primariedade da paciente, a inexistência de circunstância judicial negativa, a aplicação da minorante do § 4º no patamar máximo e a natureza da droga apreendida, mostra-se cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos. Tendo sido proferida em consonância com a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça -

STJ sobre o tema em debate, a decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. Agravo desprovido.

(STJ, AgRg no HC 485.746/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REFERÊNCIAS GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PACIENTE PRIMÁRIO, COM ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...) 3. A partir do julgamento do HC n. 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. Hipótese em que o regime prisional foi recrudescido e a substituição da pena foi negada com base em referências genéricas acerca da gravidade do delito, além da quantidade dos entorpecentes apreendidos, que não é expressiva na hipótese dos autos (9,1g de cocaína e 33,3g de maconha).

5. O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto e ter sua pena substituída por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(STJ, HC 482.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019)

(...) VIOLAÇÃO DO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, A CARGO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

(...) 7. Possível a substituição da pena privativa de liberdade por

restritivas de direitos, notadamente diante do entendimento firmado pela Suprema Corte na hipótese do preenchimento dos requisitos legais (HC n. 105.779, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; HC n. 97.500, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 25/6/2010; e RHC n. 109.374, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 6/12/2011).

8. No julgamento do HC n. 97.256/RS da Suprema Corte, foi reconhecida a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, passando a admitir o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP. Na hipótese, observo que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais o favorecem (HC n 487.684/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 11/3/2019).

9. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1777922/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019)

Assim, reconhecidos os requisitos dados pelo artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, os quais deverão ser estabelecidos pelo juízo da execução, e à limitação de final de semana, que também deverá ser detalhada por aquele mesmo juízo.

Com relação à pena de multa, não há elementos que apontem para condições financeiras favoráveis da parte da ré. Assim, o valor do dia-multa é estabelecido em seu menor padrão monetário.

IV - Do Voto

Ante o exposto, **conheço dos recursos e, no mérito:**

IV.1 - Nego provimento àquele interposto pela defesa do réu OLICE MACEIÓ CARROCINE;

IV.2 – Dou parcial provimento àquele interposto pela defesa da ré LORRAINY ALMEIDA SILVA para: a) reconhecer a incidência do tráfico privilegiado e reduzir a pena no montante de 2/3; b) fixar o regime prisional aberto; c) readequar a pena imposta à ré em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal; d) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, os quais deverão ser estabelecidos pelo juízo da execução, e na limitação de final de semana, que também deverá ser detalhada por aquele mesmo juízo.

Mantenho, no mais, a r. Sentença.

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica