



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000429874

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501260-81.2020.8.26.0537, da Comarca de Diadema, em que é apelante ELLEN MALHEIRO BAPTISTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), TOLOZA NETO E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

JAYME WALMER DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1501260-81.2020.8.26.0537

3ª Câmara Criminal

Apelante: ELLEN MALHEIRO BAPTISTA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Voto nº 9498

Direito penal. Apelação. Recurso defensivo. Tráfico de drogas. Pleito de aplicação da causa de diminuição do art. 41 da Lei nº 11.343/06 e modificação das penas restritivas de direitos. Desprovimento.

I – CASO EM EXAME

1 – Cuida-se de ação penal em que a ré foi condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, com substituição por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária), além do pagamento de 166 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), consistente na guarda de porções de maconha e quase mil frascos de “lança-perfume”, para fins de tráfico.

II – QUESTÕES EM DISCUSSÃO

2 – A apelação defensiva discute: (i) o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 41 da Lei de Drogas ou, subsidiariamente, sua aplicação como atenuante inominada; e (ii) a substituição das penas restritivas de direitos impostas na sentença, por prestação pecuniária cumulada com multa.

III – RAZÕES DE DECIDIR

3 – Inviável a aplicação do art. 41 da Lei de Drogas por ausência de colaboração voluntária e efetiva da ré, que nem sequer compareceu em juízo, tendo sido declarada revel, além de não ter contribuído para a investigação ou identificação de coautores.

4 – Não há justificativa para aplicação da colaboração como atenuante inominada, pois não se verificam elementos subjetivos que autorizem sua incidência.

5 – A substituição das penas restritivas de direitos foi corretamente aplicada, não competindo à ré eleger a forma mais conveniente de cumprimento, sendo a execução penal o momento apropriado para eventual adequação às suas condições pessoais.

IV – DISPOSITIVO E TESE

6 – Recurso não provido.

Ellen Malheiro Baptista, qualificada nos autos, foi processada e ao final condenada por sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Thiago Dantas Cunha Nogueira de Souza, no processo nº 1501260-81.2020.8.26.0537, que tramitou pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Diadema – SP, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por violar o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, substituída a pena corporal por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária (fls. 351/365).

Inconformada, pleiteia a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 41 da Lei de Drogas ou, ao menos, seu reconhecimento como atenuante inominada, bem como a modificação das penas restritivas de direitos, requerendo a substituição por *“uma pena restritiva de direitos (na modalidade de prestação pecuniária) e uma multa”* (fl. 380), ante a ausência de motivação.

Processado e contra-arrazoado o recurso, manifestou-se a Procuradora de Justiça pelo improvimento.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual contrariedade ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **não houve oposição** a essa forma de julgamento.

É o relatório.

A apelante foi processada e condenada pelo crime de tráfico de drogas porque, segundo a denúncia, no dia 18 de julho de 2020, por volta das 10h25, na Rua Pau do Café, nº 756, Casa Grande, cidade e comarca de Diadema/SP, trazia consigo e guardava, para fins de entrega a consumo de terceiros, 13 (treze) invólucros plásticos contendo *maconha*, pesando 62,30g (sessenta e dois gramas e trinta centigramas), e 984 (novecentos e oitenta e quatro) frascos plásticos contendo cloreto de etila, vulgarmente conhecido como “*lança-perfume*”, substâncias entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, no dia dos fatos, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina em conhecido ponto de venda de drogas, oportunidade em que visualizaram a ré em atitude suspeita, saindo detrás de um veículo abandonado na via, motivo pela qual a abordaram.

Em revista pessoal, os agentes da lei encontraram uma pochete com a acusada contendo 13 porções de *maconha* e a quantia de R\$ 41,75 (quarenta e um reais e setenta e cinco centavos), além de R\$ 50,00 (cinquenta reais) em seu bolso, tudo proveniente do tráfico. Indagada informalmente, **Ellen** admitiu que estava no local abastecendo o ponto de venda de drogas.

Em seguida, os policiais se dirigiram ao carro abandonado e encontraram 984 tubos de “*lança-perfume*” no porta-malas. A acusada admitiu que os referidos tubos também eram destinados à venda.

Conduzida à delegacia de polícia, perante a autoridade policial, confessou que trabalhava para o tráfico de drogas e que recebia a quantia de R\$ 100,00 (cem reais) por turno (fl. 4).

Saliente-se que a autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas e não constituem objeto do presente recurso, tendo a defesa se irrisignado tão somente quanto ao critério de fixação da pena, tendo transcorrido *in albis* o prazo recursal para o órgão acusatório.

Passa-se, então, ao cálculo da reprimenda lançada em desfavor da acusada, onde tal questão será analisada.

1ª fase. Seguindo as diretrizes dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei de Drogas, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, levando-se em conta a significativa quantidade e variedade de drogas apreendidas, em especial de “*lança-perfume*” (quase mil frascos), a pena-base foi corretamente imposta 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

2ª fase. Ausentes agravantes, mas reconhecida a atenuante da confissão espontânea, nos termos da Súmula 545 do STJ, a reprimenda retornou ao patamar mínimo, isto é, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

3ª fase. Nesta derradeira etapa, o magistrado sentenciante aplicou a benesse ao art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzindo a reprimenda em 2/3, totalizando **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, sanção que foi tornada definitiva à míngua de outras circunstâncias modificadoras.

Contrariamente ao argumentado pela defesa, não é o caso de aplicação da benesse prevista no art. 41 da Lei nº 11.343/06, porquanto as condições mínimas da viabilidade de sua observância não

estão verificadas na conduta da acusada, especialmente na fase judicial.

Ensina a doutrina que “(...) *insta perceber que a lei se utiliza da partícula aditiva 'e' ao mencionar que a colaboração efetiva e voluntária deve se operar 'com a investigação policial e o processo criminal'. Para nós, isso não quer dizer que o sujeito que não colaborou na fase inquisitorial esteja proibido de o fazer na fase judicial. Longe disso. Em nossa leitura, esse dispositivo está apenas a exigir uma postura coerente por parte do colaborador, a fim de que ele possa fazer jus à obtenção de algum prêmio. Dessa maneira, a colaboração efetiva e voluntária com a investigação deverá se refletir também e, principalmente, na fase processual. Seria ilógico considerar uma colaboração 'efetiva' se no inquérito o colaborador percorreu uma trilha e, por ocasião do processo, outra. Em termos mais simples, a retratação desqualifica as declarações e torna sem efetividade a colaboração. Em síntese, 'é natural que se exija do delator a mesma cooperação dada na fase investigatória quando transposta à fase judicial; noutros termos, tal como a confissão, de nada adianta apontar cúmplices durante o inquérito para, depois, retratar-se em juízo. A cumulação é razoável. Entretanto, se o investigado não colabora durante a investigação, mas o faz na fase processual, pode-se acolher a delação premiada, dispensando-se a cumulatividade.'* (...)”¹.

No caso *sub judice*, a ré nem sequer compareceu em juízo, sendo decretada sua revelia (fl. 349), em nada colaborando com o desenvolvimento do processo, de modo que não se há falar aplicação da referida causa de diminuição de pena ou seu reconhecimento como atenuante inominada.

Nesse aspecto, transcreve-se trecho da manifestação da d. Procuradora de Justiça por reputá-lo adequado e

¹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 171.

pertinente:

“Não há como reduzir a pena pelo reconhecimento da colaboração da apelante, haja vista que não resultou na recuperação total ou parcial do produto do crime e na identificação dos demais coautores ou partícipes. Aliás, os policiais surpreenderam a apelante em atitude suspeita, abordaram-na e, em busca pessoal, localizaram com ela uma pochete com porções de maconha e dinheiro, tudo proveniente do tráfico. Na sequência, os policiais se dirigiram ao carro abandonado do qual a apelante estava próxima e encontraram mais 984 tubos de lança perfume, restando claro que a apelante não auxiliou os agentes na recuperação da droga, tampouco na identificação de outros envolvidos.

O STJ já se manifestou no sentido de que 'para a incidência da causa de diminuição prevista no art. 41 da Lei de Drogas, é imprescindível a voluntariedade do agente na colaboração, e as informações transmitidas devem ter efetiva importância na identificação dos agentes (...)' (AgRg no AREsp n. 2.278.035/MS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 23/2/2024).

Para a concessão do benefício previsto no art. 41 da Lei Antidrogas, além da efetiva colaboração na recuperação do produto do crime e na desarticulação do grupo criminoso, mostra-se imprescindível que o agente delate os demais autores do delito, não sendo suficiente que apenas admita que estivesse guardando o entorpecente para integrantes não identificados de facção criminosa e/ou indicação do local que estava a droga.

No caso, não houve a efetiva colaboração nas investigações e diligências policiais, de modo que a apelante não faz jus à benesse...” (fls. 402/403, grifamos).

Regime Prisional. Tendo em vista o

reconhecimento do tráfico privilegiado em solo de piso, adequada a imposição do **regime inicial aberto**, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária, em atenção à **Súmula Vinculante nº 59 do STF**, segundo a qual: *“é impositiva a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal”*.

Lado outro, não é o caso de modificá-las, conforme requereu a defesa, porquanto a sanção penal não leva em consideração o interesse ou preferência do sentenciado, cabendo tão somente ao julgador definir a resposta penal adequada ao caso concreto, para fins de prevenção e reprovação do crime. Em outras palavras, não cabe à ré escolher ou tentar alterar ou substituir sua pena, mas sim limitá-la a cumpri-la.

Nesse sentido:

A reconversão da pena restritiva de direitos imposta na sentença condenatória em pena privativa de liberdade depende do advento dos requisitos legais (descumprimento das condições impostas pelo juiz da condenação), não cabendo ao condenado, que sequer iniciou o cumprimento da pena, escolher ou decidir a forma como pretende cumprir a sanção, pleiteando aquela que lhe parece mais cômoda ou conveniente. 3. Recurso especial

desprovido. (REsp 1524484/PE, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016).

Aliás, a forma como serão executadas as penas restritivas de direitos compete ao Juízo das Execuções Criminais responsável pela fiscalização da reprimenda, que terá condições de adaptar a medida às condições pessoais da ré, desde que devidamente justificadas, nos termos do art. 66, inc. V, letra “a”, da Lei de Execução Penal:

“Compete ao Juiz da execução:

(...)

V - determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;”.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**, mantendo-se *in totum* a sentença prolatada pelo **Dr. Thiago Dantas Cunha Nogueira de Souza**.

Jayme Walmer de Freitas

Relator