



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000926977

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501094-25.2019.8.26.0621, da Comarca de Lorena, em que é apelante JENIFER AMANDA DOS SANTOS CASTRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 12 de novembro de 2020.

EDISON BRANDÃO

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal com Revisão nº
1501094-25.2019.8.26.0621
Origem: Vara Criminal / Lorena
Magistrado: Daniel Otero Pereira da Costa
Apelante: **JENIFER AMANDA DOS SANTOS CASTRO**
Apelado: Ministério Público

Voto nº 39925

APELAÇÃO – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - Materialidade e autoria delitiva nitidamente demonstradas que sequer foram objeto do recurso – Penas bem dosadas e que não comportam reparo – pena fixada acima do mínimo legal ante os maus antecedentes e tornada ao mínimo pela confissão e menoridade – Regime inicial fechado mantido – Quantidade de pena fixada que impede sua substituição - Descabido o pleito de recorrer em liberdade – Inviável a prisão domiciliar a despeito de possuir filho abaixo de 12 anos, porquanto já cometeu presente delito enquanto cumpria penas em prisão domiciliar - também restou incomprovado ser a ré a única responsável por pessoa menor de 12 anos de idade e, portanto, não sendo a hipótese do HC coletivo 165704 do STF – Recurso defensivo desprovido.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **JENIFER AMANDA DOS SANTOS CASTRO**, contra a r. sentença de fls. 132/134, que a condenou como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 à pena de **05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa, no**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

piso legal.

A imputação é a de que, no dia 13 de outubro de 2019, por volta das 20h20, na esquina das ruas Maria Zulmira R. Aquino e José Freire, bairro Brisas do Campos, naquela comarca de Lorena, a apelante trazia consigo sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, e para fins de entrega e fornecimento a consumo de terceiros, ainda que gratuitamente, 29 invólucros plásticos, todos contendo de cocaína, com peso líquido de 11,29 gramas, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 08/09 e laudo de constatação de fls. 16/17.

Narra a denúncia que, durante patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de comércio de drogas, policiais militares avistaram a ré.

Ao notar a presença dos milicianos, a indiciada tentou evadir-se, bem como, concomitantemente, guardou uma sacola da cor preta no interior de seu sutiã.

Efetuada a revista, os agentes localizaram com ela o montante de R\$ 237,00, produto do narcotráfico, bem como o entorpecente acima descrito, ambos dentro da aludida sacola.

Assim, considerando o local em que a denunciada se encontrava, conhecido ponto do narcotráfico, a forma de acondicionamento dos entorpecentes em embalagens plásticas, o que demonstra estarem prontas para a comercialização, bem como o montante apreendido é força convir que, efetivamente, a droga apreendida destinava-se a entrega e fornecimento a consumo de terceiros.

Irresignada, a Defesa da ré inconformada em parte com a r. sentença pretende a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas ao argumento que a consideração dos maus antecedentes, que já foi utilizada para o recrudescimento da pena, consiste em *bis in idem*; a possibilidade de recorrer em liberdade quando não a concessão de prisão domiciliar no atual cenário em que possui uma filha de 05 anos de idade, bem como corre o risco de ser contaminada (fls. 138/144).

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 158/160), manifestando-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 166/168).

Relatei.

O recurso não merece provimento.

A materialidade e a autoria do crime são incontestes, tanto que sequer impugnada pela defesa em seu recurso; nem poderia, uma vez que o robusto e coeso arcabouço probatório incrimina sobremaneira a ré, estando sobejamente demonstradas pela farta documentação juntada aos autos, a saber, auto de prisão em flagrante delito (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 03/05), auto de exibição e apreensão (fls. 09), laudo de exame químico-toxicológico definitivo com resultado positivo para cocaína (fls. 50/52), além da prova oral coligida, consistente na confissão da acusada, que confirmou que estava no local traficando; confissão esta que foi corroborada pelos depoimentos de dois policiais militares, que surpreenderam a ré na posse da droga e com dinheiro.

Portanto, a condenação da ré era medida de rigor, devendo prevalecer.

Nada mais quanto o mérito, passo à análise da pena que, adiante-se, sequer comporta reparo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 580 dias-multa, o que se mostra acertado, diante dos maus antecedentes devidamente certificados à fls. 99, em observação ao art. 42 da Lei 11.343/06 e art. 59 do Código Penal.

Na segunda fase da dosimetria, a pena tornou ao mínimo legal, diante da confissão da ré e de sua menoridade relativa, passando a 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, no patamar raso, o que se mostra em conformidade com a Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase da dosimetria a MM. Juíza a quo entendeu pela impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, de forma exaustivamente fundamentada, tendo em vista os maus antecedentes da ré, e, portanto, ausentes os requisitos para a aplicação do redutor, por indicar a sua dedicação à atividade criminosa. A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. AFASTAMENTO DA MINORANTE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado" (AgRg no AREsp n. 1.073.422/DF, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 31/8/2017). 2. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que a natureza e a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quantidade da droga apreendida constituem elementos aptos a justificar a não aplicação do referido redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 3. No caso, não há que se falar em ilegalidade na dosimetria da pena, tendo em vista que o Tribunal de origem baseou-se em fundamentação idônea, lastreada na elevada quantidade de droga apreendida - perto de 19kg de maconha -, para afastar o redutor. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 563.848/PB, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe 25/05/2020).

A pena foi tornada definitiva à míngua de circunstâncias modificadoras em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Por fim, foi fixado o regime inicial fechado para o cumprimento das penas, sendo inviável a fixação de regime inicial menos severo ante a quantidade de penas fixadas (art. 33, §2º, "b" do Código Penal) em cotejo com as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ora, os fatos foram gravíssimos, sendo que a ré, que ostenta maus antecedentes específicos, foi presa na posse de 29 porções de cocaína, bem como confessou a prática do delito, possuindo, ainda, R\$ 237,00 produto do narcotráfico.

Cumprе observar, ainda, que o ilícito do qual ora se trata tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício, especialmente no caso em tela, em que comprovado a dedicação do réu ao tráfico de drogas.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Deve-se salientar, também, que tal ilícito leva à dependência psíquica, o que acaba por acarretar o cometimento de crimes mais graves para sustentar a dependência; daí o reconhecimento de periculosidade de forma tal que o regime fechado permitirá, para eventual progressão, melhor exame.

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL) POR DUAS VEZES. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. RÉU REINCENTE COM A PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAUS ANTECEDENTES UTILIZADOS PELA ELEVAR A REPRIMENDA BÁSICA E JUSTIFICAR O REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais severo do que aquele que permite a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito. 2. Na hipótese, não se observa a existência de constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena definitiva seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a condição de reincente do réu, somada à análise desfavorável das circunstâncias judiciais, impede a aplicação do disposto na Súmula n. 269 desta Casa. Precedentes. 3. **Não configura ofensa ao princípio do non bis in idem a consideração dos maus antecedentes para**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e elevar a reprimenda básica e fixar o regime mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda por serem institutos diversos e decorrerem de expressa previsão legal constante dos arts. 59 e 68, bem como do art. 33, respectivamente, todos do Código Penal. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 497.220/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/10/2019, DJe 22/10/2019). g.n.

Portanto, no presente caso, a fixação do regime inicial fechado não ofende as Súmulas 718 e 719 do STF, bem como a Súmula 440 do STJ.

Por fim, mantida a pena privativa de liberdade em patamar superior a 04 anos, descabem maiores considerações a respeito da persecuida substituição, medida que esbarra na literalidade do art. 44, I, do Código Penal, sendo estéril discutir-se qualquer outro pormenor.

E não há que se falar em recorrer em liberdade.

Note-se que, persistindo os motivos que deram ensejo à prisão preventiva, a negativa de apelo em liberdade é medida de rigor, devendo prevalecer. A superveniência de sentença condenatória tão-somente reforça o *fumus comissi delicti*.

Confira-se julgado a respeito:

"Persistindo com o advento da sentença condenatória os motivos ensejadores da prisão preventiva, deve ser negado à ré o direito de recorrer em liberdade, eis que esse direito, assim como todos os outros previstos no ordenamento jurídico, não é absoluto e deve ser avaliado conforme a circunstância fática



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concreta." (HC 111.251/SP – STJ – 6ª Turma – Rel. Min. JANE SILVA – DJe. 02/03/2009)

Colocar a apelante em liberdade agora seria por em risco a aplicação da lei penal, bem como a ordem pública, ante a gravidade e circunstâncias do fato, com fixação, inclusive, de regime inicial fechado, sendo, portanto, necessária sua manutenção sob custódia estatal.

Frise-se que o direito do acusado de responder ao processo em liberdade não é irrestrito nem absoluto. Não obstante a liberdade constitua a regra determinada pela Constituição da República, admite-se a sua privação em caráter precário, sendo pacífico o entendimento de que a negação do recurso em liberdade não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência:

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE O PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Consoante entendimento desta Corte, proferida a sentença condenatória, a manutenção da prisão é de rigor para o réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal de forma absolutamente legal. Tal procedimento não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência e nada mais é do que efeito de sua condenação. 2. Ordem denegada. (HC 123.810/RS, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado Do TJ/RJ), Quinta Turma, j.01/12/2011) (g.n.).

No tocante à prisão domiciliar, o magistrado de primeiro grau bem fundamentou a r. decisão: "De mais a mais, convém lembrar que a ré no momento do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

crime estava em prisão domiciliar, após ter sido condenada em ação penal anterior pela prática do mesmo crime, ora julgado. Sendo assim, visando assegurar não só a aplicação da lei penal, como, ainda, garantir a ordem pública, recomende-se Jenifer na prisão em que se encontra." (fls. 133).

Portanto, não obstante, diante do cenário atual marcado pela pandemia do COVID-19, registra-se que não se desconhece os elevados propósitos que levaram a edição da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, porém, como o próprio nome diz, trata-se, nada mais, que uma recomendação, uma advertência, não sendo caso, portanto, de aplicação imediata e automática.

Importante registrar que não foi referendada pelo Plenário do Pretório Excelso a liminar concedida no bojo da ADPF nº 347, pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio.

Anota-se, ainda, que a Portaria Interministerial nº 07 de 18 de março de 2020 adota providências suficientes à contenção da pandemia no sistema prisional.

Vale ressaltar que, além de não demonstrada infecção por parte da apelante pelo vírus, não foi comprovada a falta tratamento adequado, se eventualmente necessário. Destarte, não se vislumbra que estaria submetida a situação de risco iminente que autorize a concessão excepcional da ordem pretendida. Não há nos autos qualquer indício de que sua saúde esteja comprometida. Frisa-se, o requerimento é genérico, não tendo o impetrante demonstrado, concretamente, a justificação do deferimento do pleito.

A propósito:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus, com pedido de liminar. 2-) Custodiado que não preenche o requisito dos art. 117, II, da LEP. Regime atual (fechado) incompatível com a prisão domiciliar. 3-) Situação de pandemia, por conta da disseminação do vírus COVID-19, que não autoriza a revisão automática da segregação cautelar, sobretudo quando não há prova cabal da existência de risco da manutenção do paciente no ambiente carcerário. 4-) Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 2064743-87.2020.8.26.0000, rel. Tetsuzo Namba, 11ªC, j. 16/05/2020).

Nesse contexto, não se demonstrou, concretamente, a justificação do deferimento do pleito, principalmente no presente caso em que a apelante praticou o delito em tela já estando em prisão domiciliar quando cumpria penas pela prática de outro delito.

Ressalta-se que o fato de ser genitora de uma criança menor de 12 anos de idade, por si só, não autoriza a concessão da prisão domiciliar.

Confira-se:

"Insta salientar que, a respeito de as pacientes possuírem filhos menores, referida circunstância, por si só, não é suficiente para indicar a real necessidade da concessão da prisão domiciliar, haja vista que não restou demonstrada a imprescindibilidade das mães terem que cuidar das crianças." (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2080243-33.2019.8.26.0000; Relator (a): Márcio Eid Sammarco; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi das Cruzes - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/06/2019; Data de Registro: 07/06/2019)

Aliás, o recente habeas corpus coletivo nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

165.704 do C. STF condiciona a prisão domiciliar aos seguintes requisitos, hipóteses estas em que não se enquadra o apelante:

A Turma, por votação unânime, conheceu e concedeu a ordem de habeas corpus coletivo, para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, desde que observadas as seguintes condicionantes: (i) presença de prova dos requisitos do art. 318 do CPP, o que poderá ser realizado inclusive através de audiência em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos; (ii) em caso de concessão da ordem para pais, que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, nos termos acima descritos; (iii) em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC nº 143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes; (v) a concessão da ordem, em caráter emergencial, nos casos elencados na Recomendação nº 62/2020 do CNJ, para substituição da prisão preventiva por domiciliar ou concessão de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, nos termos da Súmula Vinculante 56 desta Corte; (vi) a comunicação da ordem ao DMF para acompanhamento da execução; (vii) a expedição de ofício a todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com cópia desta decisão, para que comuniquem a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

esta Corte os casos de concessão de habeas corpus com base neste julgamento, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. Prosseguindo, a Turma determinou que com a chegada das informações, haja a reavaliação das medidas de fiscalização e monitoramento necessárias ao cumprimento do acórdão, na forma acima descrita, nos termos do voto do Relator. Falou, pelos pacientes, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público da União e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. José Elaeres Marques Teixeira. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 20.10.2020.

Desse modo, a r. sentença é de ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, posto que examinou toda a matéria deduzida em Juízo, e o fez bem, de forma técnica, concluindo por desfecho que indubitavelmente é de ser mantido.

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo, mantendo-se, intacta a r. sentença tal qual lançada.

EDISON BRANDÃO
Relator