



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000333617

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500137-43.2023.8.26.0537, da Comarca de Diadema, em que é apelante MAICON DE BRITO FARIA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Maicon de Brito Faria para afastar, como condição do regime aberto, a proibição de frequentar pontos de venda de drogas ("biqueiras"), locais e eventos em que sejam oferecidas ao público, de forma gratuita ou onerosa, bebidas alcoólicas para consumo imediato (bares, bailes, festas, "baladas" e congêneres) – item "e" de fls. 225 -, como também substituíram a pena restritiva de direitos de um salário mínimo por multa de 10 dias-multa, no valor mínimo, mantida, no mais, a r. sentença. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente sem voto), NUEVO CAMPOS E RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

ANTONIO B. MORELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1500137-43.2023.8.26.0537

Apelante: MAICON DE BRITO FARIA

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Diadema – 1ª Vara Criminal

Voto nº 1.509

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Conduta de ter em depósito entorpecente para o fim de entrega ao consumo de terceiros. Sentença condenatória. Autoria e materialidade bem delineadas. Prisão em flagrante. Versão dos policiais civis segura e harmônica. Inexigibilidade de conduta diversa e coação moral irresistível não comprovadas. Condenação de rigor. Dosimetria que comporta pequeno reparo. Regime inicial aberto com imposição das condições pelo juízo sentenciante. Usurpação da competência do Juízo da Execução não verificada. Afastada, contudo, a proibição de frequentar determinados lugares como condição do regime aberto, exegese da Súmula nº 493 do C. STJ. Mantida a substituição da pena corpórea por restritivas de direitos, mas substituída a de prestação pecuniária por multa. Recurso parcialmente provido.

VISTOS.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Maicon de Brito Faria** contra a r. sentença de fls. 212/227, cujo relatório acolho, que julgou procedente a ação penal movida pela Justiça Pública para condená-lo às penas de **1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão**, em regime inicial **aberto**, e ao pagamento de 111 dias-multa, no mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, por infração ao **artigo 33, caput, da Lei 11.343/06**.

Irresignada, almeja a d. defesa a absolvição. Argumenta com a inexigibilidade de conduta diversa decorrente da coação moral irresistível. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'c', do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e por multa, e o afastamento de todas as condições impostas em cumulação ao regime aberto, ou, ao menos, a cassação da condição "e" – não frequentar determinados lugares (fls. 245/270).

Apresentadas as contrarrazões pelo representante do Ministério Público (fls. 276/281), a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 293/295).

É o relatório.

Consta dos autos que, no dia 13 de janeiro de 2023, por volta de 12h30min, na Rua Baleia, altura do nº 171, Diadema, MAICON DE BRITO FARIA tinha em depósito, para fins de mercancia e entrega a terceiros, 40 porções individualizadas de *crack*, com peso líquido total de 6,66g, 32 porções individualizadas de cocaína em pó, com peso líquido total de 12,6g, e 42 porções individualizadas de maconha, com peso líquido total de 128g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado, em viatura descaracterizada, policiais civis realizaram campana no local dos fatos e visualizaram o réu em movimentação típica do tráfico de drogas: transeuntes lhe entregavam algo e recebiam outra coisa em contrapartida. Então, os policiais abordaram o acusado na posse da quantia de R\$ 51,00 em espécie e, na sequência, MAICON indicou-lhes onde escondia as drogas à disposição para o tráfico,

mais precisamente em um buraco na parede de um escadão em frente onde fora abordado. De fato, ali, foi localizada uma sacola com 40 pedras de crack, 32 papelotes de cocaína e 42 trouxinhas de maconha.

Pois bem.

A materialidade e autoria do crime de tráfico ilícito de entorpecentes vieram estampadas pelos auto de prisão em flagrante (fls. 4), boletim de ocorrência (fls. 17/20), auto de constatação provisória (fls. 23/26), auto de exibição e apreensão (fls. 52/53), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 94/96), relatório final (fls. 98/103), bem como pela prova oral colhida em contraditório.

As testemunhas *William Divetta Carrieri* e *André Hidalgo*, policiais civis responsáveis pelo flagrante, apresentaram depoimentos harmônicos e complementares quanto aos pontos nucleares dos fatos, em conformidade com a denúncia. Relataram que, na data dos fatos, realizavam policiamento em combate ao tráfico de drogas em viatura descaracterizada, quando avistaram uma movimentação característica de venda de drogas. Realizaram a abordagem e, na posse de MAICON, apreenderam a quantia de R\$ 51,00 em espécie. Indagado, o réu admitiu que estava vendendo drogas e indicou o local onde os tóxicos estavam armazenados, onde encontraram uma sacola de plástico preta, com diversas porções de maconha, cocaína e crack (fls. 5/6 e gravação digital).

O ora apelante, em solo policial, confirmou que promovia a venda de drogas havia três semanas para pagar uma dívida com os traficantes. Alegou que não era traficante, apenas usuário de maconha. Informou que os policiais apreenderam a quantia de R\$ 51,00, que estava na sua posse. Confirmou que indicou o local onde as drogas estavam

armazenadas, em um buraco no muro de um escadão de frente ao local em que fora abordado (fls. 8).

Sob o crivo do contraditório, MAICON confirmou a prática da mercancia, alegando, no entanto, que fora coagido. Esclareceu que era do Rio de Janeiro e que as pessoas relacionadas ao tráfico achavam que ele participava de alguma organização criminosa. Disse que um parente seu foi preso pelo tráfico de drogas e que ele foi acusado de ter subtraído parte do entorpecente. Afirmou que foi ameaçado e agredido, tendo sido obrigado a praticar o tráfico para "pagar a dívida" (gravação digital).

Nesse contexto, a confissão judicial do réu somada à descrição dada ao evento pelos policiais, é inegável a caracterização do tráfico, de modo que a condenação era o desfecho natural da ação penal.

A despeito de o réu ter se esforçado em legitimar sua conduta, não ficou demonstrado nos autos a alegada inexigibilidade de conduta diversa, que se dá somente nas hipóteses em que não há a possibilidade de evitar o cometimento do injusto sem prejuízo a outro bem jurídico relevante.

Outrossim, não foi provado que o sentenciado teria sido vítima de promessa de mal grave e iminente, tampouco que teria sofrido ameaça irresistível por parte de qualquer outra pessoa, não configurando a mera alegação não comprovada da existência de ameaça, a excludente da culpabilidade da coação moral irresistível.

Dessa forma, as alegações defensivas de

inexigibilidade de conduta diversa e coação moral irresistível não foram comprovadas, providência que incumbia à Defesa, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Inviável, nesse contexto, o acolhimento da pretensão absolutória.

Passo, pois, à análise da dosimetria das penas.

Na primeira fase, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no piso.

Na etapa intermediária, a atenuante da confissão espontânea não autoriza a redução da reprimenda aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Embora a defesa tenha formulado pedido subsidiário de redução da pena sob o fundamento de que o apelante teria sofrido coação moral resistível (artigo 65, inciso III, "c", do Código Penal), tal alegação não foi comprovada, não podendo ser acolhido o pedido.

Na derradeira etapa, preenchidos os requisitos legais, o i. julgador *a quo* concedeu ao réu o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3, resultando 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa, no piso, não havendo qualquer modificação a ser promovida nesta instância.

No mais, o MM. Magistrado reconheceu a causa de diminuição relativa à colaboração premiada, reduzindo a reprimenda na fração de 1/3, ao argumento de que " (...) a circunstância de o acusado ter

indicado a localização das drogas, ajudando as autoridades na apreensão, enseja a redução da pena em 1/3. Salienta-se que o redutor deve ser aplicado no patamar mínimo, pois embora a colaboração do acusado tenha contribuído para a comprovação do crime, não foram apontados pelo acusado os coautores do delito” (fls. 221).

Dessa forma, à míngua de circunstâncias modificadoras, as penas se tornaram definitivas em **1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão, e pagamento de 111 dias-multa, no piso.**

O MM. Juiz estabeleceu o regime **aberto** para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, caso descumpridas as penas substitutivas, impondo as seguintes condições para o seu cumprimento, conforme se destaca:

“(a) permanecer em sua residência durante o repouso e nos dias de folga; (b) sair para apenas para tratamento médico, estudo ou trabalho, retornando ao término do expediente; (c) não se ausentar da cidade onde reside, por mais de 08 (oito) dias, sem prévia autorização judicial; (d) comparecimento periódico em Juízo (em prazo a ser fixado no Juízo da Execução Criminal), para informar e justificar as suas atividades. (e) Não frequentar determinados lugares, a saber: pontos de venda de drogas (“biqueiras”), locais e eventos em que sejam oferecidas ao público, de forma gratuita ou onerosa, bebidas alcoólicas para consumo imediato (bares, bailes, festas, “baladas” e congêneres)” (fls. 225).

Não comporta acolhimento o pleito defensivo de afastamento das condições impostas ao regime aberto, ao argumento de violação da competência exclusiva do Juízo das Execuções Criminais.

Com efeito, o artigo 115 da LEP não restringe a aplicação de condições especiais ao Juiz da Execução, como também não retira deste a competência para modificar as condições estabelecidas, conforme artigo 116 da LEP. Contudo, não há que se falar em usurpação de competência do juízo condenatório, aqui seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. MATERIALIDADE E AUTORIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO DA DEMANDA. REGIME ABERTO. ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Se a decisão proferida concretamente justificou a existência do dolo diante da presença da materialidade e autoria do delito com base no contexto fático-probatório da lide, descabe sua revisão na via eleita. 2. **É possível ao magistrado sentenciante, o estabelecimento de condições especiais para o regime aberto em complemento daquelas previstas na Lei de Execução Penal LEP.** 3. Agravo desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 600.920/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 23/3/2021) (grifo nosso).

Demais, o artigo 110 da LEP, que estabelece a medida a ser observada quando da prolação da decisão de mérito encontra-se no mesmo título da execução das penas em espécie, mesmo capítulo das penas privativas de liberdade e mesma seção, qual seja, dos regimes, consequentemente, podem ser aplicadas na fase de conhecimento,

porquanto evidente o seu vínculo com a sentença (*AgRg no HC n. 728.411/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 10/5/2022*).

Dessa forma, o Juiz sentenciante não deixa de ser competente para fixar condições do regime aberto, embora entendo que melhor seria ao magistrado deixar para o Juízo da Execução da pena estabelecer as condições do regime aberto estabelecido na sentença, porquanto ao proferir a sentença o juiz, ao fixar a pena, além de outras obrigações, deve estabelecer "*o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade* (art. 59, III, do CP), como também esclarece o artigo 110 da LEP, sem tratar da imposição das condições do regime.

E se ao Juiz da Execução compete determinar "*a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade* " (art. 66, inciso V, letra "b", da LEP) como também estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto (artigo 115 da LEP) e ainda modifica-las (art. 116 da mesma lei), a este deve ser reservada a atribuição para o estabelecimento das condições do referido regime. Demais, o juiz que executa a pena imposta tem melhor potencial de avaliar e adequar as condições necessárias àquele determinado sentenciado, individualizando-as ao caso concreto.

Assim, a despeito do entendimento pessoal deste relator (cabe ao juízo da condenação estabelecer apenas o regime de cumprimento da pena e não impor as condições do regime), não vejo como acolher o recurso para afastar todas as condições que foram imposta pelo magistrado na sentença condenatória sob o argumento de violar competência exclusiva do Juízo das Execuções.

Mas deve ser acolhido o recurso na parte em que pede a cassação da condição "e" (fls. 225).

De fato a determinação do item 'e' de *"não frequentar determinados lugares, a saber: pontos de venda de drogas ("biqueiras"), locais e eventos em que sejam oferecidas ao público, de forma gratuita ou onerosa, bebidas alcoólicas para consumo imediato (bares, bailes, festas, "baladas" e congêneres)"* constitui pena restritiva de direitos de interdição temporária de direitos, nos termos dos artigos 43, inciso V, e 47, inciso IV, ambos do Código Penal, não correspondendo às condições do regime aberto estabelecidas pelos artigos 36, do referido Código, e artigo 115, da LEP.

Nesse sentido já decidiu esta Colenda 10ª Câmara de Direito Criminal:

"(...) Por fim, foi fixado o regime aberto, com a condição especial de prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção corporal. Todavia, conforme a Súmula 493, do E. STJ: "É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial no regime aberto". De tal sorte, fica afastada, portanto, a condição especial estabelecida para o regime aberto" (Apelação criminal nº 1503417-08.2018.8.26.0663, Relator Francisco Bruno, 13/05/2020).

E também, como reiteradamente tem decidido o C. Superior Tribunal de Justiça, o regime aberto está sujeito a condições

obrigatórias (artigo 115, I a IV), podendo, ainda, o juiz estabelecer outras (condições especiais), desde que indique a necessidade a adequação e a proporcionalidade da medida (*STJ, HC nº 751.948/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 08/09/2022*).

Assim, de rigor o acolhimento do pleito defensivo de afastamento da condição de proibição de frequentar determinados lugares (item 'e'), por ofensa à Súmula 493 do STJ.

Por fim, delibero acolher o pleito da defesa de substituição da pena de prestação pecuniária por multa.

A r. sentença, reconhecendo preenchidos os requisitos legais, substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo para entidade a ser identificada pelo Juízo das Execuções criminais.

Mesmo verificando que a escolha da pena restritiva de direitos constitui matéria adstrita à discricionariedade do magistrado, não cabendo ao violador da lei escolher a reprimenda que deseja receber, de acordo com a sua conveniência pessoal, pelo contrário, ela é uma retribuição àquele que violou a ordem pública com a prática de infração penal, no presente caso o pleito merece acolhimento e se mostra mais adequado e proporcional à ação delituosa cometida.

Aqui, examinando as peculiaridades do caso e diante das informações sobre a vida pregressa do réu na ocasião (usuário de maconha, com dois filhos de pouca idade e desempregado), se afigura mais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Criminal

justo e razoável a substituição da pena pecuniária de pagamento de um salário mínimo por uma multa, consistente em 10 dias-multa, no valor mínimo, que reduz o valor da pena pecuniária substitutiva em 2/3, o que dará um alívio maior para que o acusado possa cumprir a pena aplicada, adequando a punição imposta à situação concreta do sentenciado.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Maicon de Brito Faria para afastar, como condição do regime aberto, a proibição de frequentar pontos de venda de drogas ("biqueiras"), locais e eventos em que sejam oferecidas ao público, de forma gratuita ou onerosa, bebidas alcoólicas para consumo imediato (bares, bailes, festas, "baladas" e congêneres) – item "e" de fls. 225 -, como também substituir a pena restritiva de direitos de um salário mínimo por multa de 10 dias-multa, no valor mínimo, mantida, no mais, a r. sentença.**

ANTONIO B. MORELLO

RELATOR