



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000427594

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501194-47.2023.8.26.0618, da Comarca de Campos do Jordão, em que é apelante DHYÊGO RAFAEL DA CONCEIÇÃO ALVES, 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: **Rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta a Dhyêgo Rafael da Conceição Alves para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituindo a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, e por 10 (dez) dias-multa, fixado o regime inicial semiaberto, em caso de descumprimento da benesse, preservada, no mais, a r. sentença recorrida V.U**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NÚOVO CAMPOS (Presidente) E RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

JUCIMARA ESTHER DE LIMA BUENO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501194-47.2023.8.26.0618

Apelante: Dhyêgo Rafael da Conceição Alves

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Foro de Campos do Jordão - 2ª Vara

Juiz de 1ª Instância: Guilherme Henrique dos Santos Martins

Voto nº 8266

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de entorpecentes. Direito de recorrer em liberdade prejudicado. Rejeição da matéria preliminar. Nulidades inexistentes. Legalidade da fundada suspeita para revista pessoal, da prisão em flagrante e da busca domiciliar. Aquele que, em conhecido ponto de tráfico, empreende fuga em razão da mera presença da polícia desperta fundada suspeita para abordagem, nos termos do art. 240, § 2.º, do CPP. Inexistência de violação do direito ao silêncio em confissão informal. Materialidade e autoria comprovadas quanto ao tráfico. Confissão Judicial e extrajudicial. Validade das palavras dos policiais. Condição funcional que, por si só, não afasta a credibilidade dos seus relatos. Precedentes. Comércio evidenciado pelas circunstâncias da apreensão e confissão do réu. Reincidência afastada. Pena reduzida. Aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, na fração de 2/3 (dois terços). Réu primário. Inexistência de prova de dedicação à atividade criminosa ou de que o apelante integrasse organização criminosa à época dos fatos. Hipótese de substituição da pena privativa

de liberdade por restritivas de direitos. Fixado o regime prisional inicial semiaberto na hipótese de descumprimento da benesse. Súmula vinculante 59 do STF. Justiça Gratuita deferida. Prequestionamento. Recurso provido em parte, rejeitadas as preliminares.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Dhyêgo Rafael da Conceição Alves** em face da r. sentença de fls. 255/270, cujo relatório adoto, que julgou procedente a ação penal para condená-lo às penas de 5 (cinco) anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, por haver violado o disposto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Inconformado, o réu suscita, preliminarmente, a nulidade: a) das provas obtidas irregularmente, em razão da ausência de fundada suspeita para revista pessoal; b) da confissão informal, por não ter sido o réu informado de seu direito de permanecer em silêncio; c) do auto de prisão em flagrante, diante da violência policial contra o acusado, sustentando a ocorrência de tortura psicológica, por parte dos policiais, maculando os atos processuais posteriores; e d) do ingresso na residência sem consentimento do acusado, mandado judicial ou investigações prévias. No mérito, requer a absolvição sob o argumento de insuficiência probatória; subsidiariamente, a possibilidade de apelar em liberdade; a imposição da pena no mínimo; a fixação de regime de cumprimento menos severo; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; a detração da pena e a concessão da justiça gratuita, com isenção das custas processuais. Por fim, prequestiona a matéria (fls. 310/329).

O recurso foi processado e respondido em contrarrazões (fls. 342/345).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 368/381).

É o relatório.

Preliminarmente, o pedido para recorrer em liberdade deve ser formulado em *habeas corpus* e não no corpo das razões de apelação. É manifesta a impropriedade da via eleita, para tal desiderato.

De qualquer modo, nego ao réu o direito de recorrer em liberdade, pois ele permaneceu preso durante toda a instrução processual, devendo, pois, continuar recolhido após a prolação da sentença condenatória, já que, se antes mesmo do julgamento do mérito ele estava cautelarmente recolhido, com mais lógica assim deve permanecer após a condenação, ante a ausência de modificação.

A matéria preliminar foi suficientemente rechaçada pela r. sentença.

Incialmente, não há qualquer nulidade decorrente da abordagem, pois o réu, em afamado ponto de tráfico, correu ao avistar os policiais. Aquele que se porta de maneira inquieta perante agentes de segurança pública desperta fundada suspeita que autoriza a abordagem, nos termos do art. 240, § 2.º, do Código de Processo Penal.

No caso, o acervo probatório é suficiente para justificar a ação policial, vez que os agentes de segurança, além de suspeitarem da atitude do acusado, o viram empreender fuga, quando da aproximação policial, circunstância apta a ensejar a busca pessoal.

Não prospera também a alegação de que houve invasão do domicílio, maculando a prova produzida. O tráfico, conforme entendimento pacífico, é crime permanente.

Deste modo, como se verá adiante e constou da r. sentença, a situação de ingresso no imóvel foi, “...*ao menos do quanto consta dos autos, regular, visto que já tinha havido apreensão de drogas em tese vinculadas*”

ao acusado anteriormente, a configurar a situação de flagrante delito, bem como posteriormente de entorpecentes adicionais na residência, estas vinculadas adolescente I.Y.S.B.V., que confirmaram os fundados indícios acerca de práticas ilícitas no local a configurar fundada suspeita autorizativa do ingresso independente de autorização. Não bastasse, os policiais militares responsáveis pela ocorrência salientaram que houve indicação do local do endereço por parte do próprio acusado, voluntariamente, bem como autorização do acusado e da proprietária do imóvel para ingresso no imóvel, conforme ressaltaram os policiais militares e o próprio acusado em audiência, embora este último bastante relutante de início, sendo desnecessária, respeitado o entendimento da Defesa, colheita de documento formal ou gravação de modo a formalizar esse consentimento (instrumentos que apenas reforçariam o quadro já existente de autorização para o ingresso ocorrido) “.

Assim, a abordagem e a entrada em domicílio teriam sido fundadas em suspeita de tráfico, diante das drogas anteriormente encontradas por policiais militares e da indicação do réu de que dois adolescentes estariam na residência, um deles encontrado com duas porções de maconha, confirmando as informações anteriormente relatadas, tornando a ação autorizada constitucionalmente (CF, art. 5º, XI), com a prisão em flagrante delito e apreensão das drogas por dever de ofício (CPP, arts. 301 e 302), impondo a atuação imediata.

Por tal dinâmica, não há que se falar em invasão de domicílio. Houve, sim flagrante delito, após fundada suspeita em relação às circunstâncias de apreensão, razão pela qual a diligência policial não constitui qualquer espécie de ilegalidade e não autoriza o reconhecimento de nulidade do feito.

O colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 603616, com repercussão geral reconhecida, firmou a tese n. 280 sobre o ingresso de agentes em domicílio sem mandado, ainda que no período noturno, no sentido de permitir o acesso, caso existam fundadas razões de situação de flagrante delito, justificadas posteriormente.

Também não comporta acolhimento a alegação de que o réu não foi informado, pelos policiais, sobre seu direito ao silêncio e à assistência de um advogado.

Não há obrigatoriedade de os policiais militares, no momento inicial da abordagem, informarem o direito de o abordado permanecer em silêncio, justamente por não se tratar de preso, mas de mero suspeito, tanto que inúmeras abordagens que ocorrem na rotina não resultam, efetivamente, em flagrante. A entrevista informal aos policiais militares não foi gravada, e o direito ao silêncio, que se aplica aos interrogatórios, na fase administrativa ou judicial, não se aplica a abordagem policial.

Ademais, em sede policial, o réu foi ouvido de acordo com as formalidades legais e constitucionais (fls. 15), tendo optado por confessar os fatos, reiterando sua confissão, em Juízo.

Por fim, rejeito a arguição de nulidade do auto de prisão em flagrante diante de violência policial contra o acusado, em razão de suposta ocorrência de tortura psicológica, por parte dos policiais. Nada há nada, nos autos que corrobore esta versão. Em audiência o apelante, apesar de insistentemente indagado a respeito (mudando radicalmente de versão ao final, quanto aos fatos, em si), não relatou a ocorrência da gravíssima alegação defensiva de "tortura psicológica". Limitou-se a dizer que "*não teve*

opção" senão levar os policiais até sua residência, fato ocorrido após a apreensão das drogas. Os policiais militares, ouvidos em Juízo, também relataram que a abordagem policial transcorreu, ao que tudo indica, dentro da normalidade e legalidade, tendo sido o auto de prisão em flagrante delito homologado na audiência de custódia (fls. 40), e ratificada pelo Juízo natural (fls. 49/50).

Ademais, como é cediço, para reconhecimento de nulidade, é imprescindível a demonstração de efetivo prejuízo, em obediência ao princípio do "pas de nullité sans grief", nos termos do artigo 563, do Código de Processo Penal, ônus do qual a impetrante não se desincumbiu.

Nesse sentido, o seguinte julgado do C. Superior Tribunal de Justiça (grifei):

"(...) 7. A demonstração de prejuízo é necessária para o reconhecimento de nulidade no processo penal, conforme o princípio pas de nullité sans grief. IV. Dispositivo e tese 8. Agravo regimental improvido. Tese de julgamento: "1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso adequado. 2. Não se prescinde da comprovação do efetivo prejuízo em se tratando de nulidade no processo penal. 3. O uso de algemas é justificado pela necessidade de segurança, não configurando constrangimento ilegal sem demonstração de prejuízo." Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 105, I, c; CPP, arts. 411, §1º, 422, 473, §3º, 474, §3º, 563. Jurisprudência relevante citada: STJ, HC 890.927/MG, Min. Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 12/11/2024; STJ, AgRg na RvCr 5.565/RS, Min. Jesuíno Rissato, Terceira Seção, julgado em 23/11/2022." (STJ, AgRg no HC 930556/SP, Relator(a): Min. Sebastião Reis Júnior, Órgão julgador: Sexta Turma, Data do julgamento: 12/03/2025, Data de publicação: 20/03/2025).

Rejeitada a matéria preliminar, passo a análise do mérito.

Segundo a denúncia, no dia 22 de junho de 2023, por volta das 17h30, na Rua São José nº 160, Fracalanza, na cidade e comarca de Campos do Jordão-SP, **Dhyêgo Rafael da Conceição Alves** tinha em depósito, para fins de tráfico, 270 pinos de cocaína, peso bruto aproximado de 339,77 gramas; e 130 pedras de “crack”, peso bruto aproximado de 35,37 gramas; substâncias que causam dependência física e psíquica, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade está devidamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante delito (fl. 4), boletim de ocorrência (fls. 5/9), auto de exibição e apreensão e entrega (fls. 20/21), auto de constatação preliminar (fls. 22/23,) fotografia dos entorpecentes (fls. 28/30), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 89/91) e pelas demais provas produzidas.

O réu confessou a imputação, na delegacia (fls. 15) e em Juízo. Afirmou, em princípio, que na hora da abordagem não encontraram nada além do seu celular e quando eles acharam as drogas, não indicou nada. Assegurou que foi abordado, sentou-se e os policiais perguntaram o que estava fazendo, falaram que iriam olhar lá em cima e, se tivesse algo, seria preso. Afirmou que disse “é isso mesmo”. Os policiais demoraram cinco, dez minutos e voltaram com a sacola, sendo que o celular já estava com ele. Falaram que iriam na residência, não perguntaram endereço, nada, foram lá, encontraram o menor, conversaram e trouxeram-no à viatura. Afirmou que dentro da casa não tinha droga, nem nada e que no seu celular tinha o endereço da casa, pois chamava Uber. Alegou que estava em Campos do Jordão há dois, três dias, a procura de trabalho, mas não arrumou, ficou sem dinheiro, então entrou no dia mesmo, para “fazer dinheiro” para ir embora. Disse ser usuário, que estava viciado no pó e, no momento da prisão, o rapaz gritou, todo mundo correu, ficou sem saber o

que fazer, correu também, em nenhum momento estava correndo, estava mexendo no celular, saiu andando, a viatura virou a rua, veio, abordou, eles vieram e fizeram a abordagem. Esclareceu que a primeira viatura que abordou foi uma Duster, dois policiais, depois veio mais uma da Força Tática, com três policiais dentro dela; eles perguntaram se tinha alguma coisa, falou que estava ali por causa do uso, falaram que se achassem algo acima, iria assumir, falou que não iria assumir o que não fosse seu, encontraram, colocaram o interrogando na viatura e foram em direção à casa. Não falou onde estavam as drogas. Não deu consentimento nesse sentido. Ficou um pouco coagido, a opção que teve na mente era dizer que era seu, aí falou “é isso mesmo, se achou, é meu”. Eles descobriram o local da casa pelo celular. O celular já estava desbloqueado, eles ficaram mexendo no celular, foram e conduziram até a casa, colocaram no “chiqueirinho” e saíram. Não sabia o que tinha na sacola de drogas. Em seguida, retificou suas alegações; afirmou que estava lá traficando, seu turno era no horário da tarde, das 7 da manhã às 19 horas. Veio para Campos do Jordão a procura de emprego, qualquer um, mexia com obra. Não conseguiu emprego. Esse “parquinho” é muito falado na cidade de Campos. Estava morando na casa com o menor que foi encontrado lá, I., que conheceu no “parquinho”. Quando chegou em Campos, deu uma volta, depois foi para lá pegar a droga. Subiu de Uber, o dinheiro que tinha não era muito, pagou 200 e sobrou 100, gastou o dinheiro. Veio atrás de emprego, depois a “loja” ressarcir o dinheiro do Uber. Quando chegou, foi direto. Veio para Campos só para traficar. Ia levantar um dinheiro. Não estava com dívida com o tráfico. Tinha uma dívida de roupa, parcela de carro, era de 1400 e pouco, um carro que tinha perdido. O combinado era de cada 1000 reais, 300 eram seus. Estava trabalhando sozinho nesse dia, sem “olheiro”, dispensou essa sacola quando começou a correria. Esse menor da casa trabalhava em outros horários, quando chegou, ele já estava lá. Não ia pagar aluguel da casa, era a “loja” que pagava. Está arrependido. Seu pessoal está passando sufoco na rua. Decidiu subir para Campos porque a “biqueira” dá muito dinheiro, queria quitar dívida, não encontrou

emprego. Esclareceu que está preso há sete meses e nove dias, ninguém que convidou para trabalhar deu assistência, com isso chega à conclusão de que isso não vale a pena, ver a mãe chorar, não aguenta ver ela na visita, fazer tirar dinheiro de casa para o interrogando. Já teve processo por tráfico e furto de São José dos Campos em 2023. O tráfico, estava esperando a audiência marcada na rua, o furto iria ficar assinando. Não teve processo por ato infracional. Em São José dos Campos estava “fazendo bico de pedreiro,” tirava por baixo uns 1000, 1200 por mês. Não tem filhos. Estudou até o segundo ano do ensino. Não tem problema com alcoolismo, usa cocaína desde os 15 anos, não passou por tratamento.

Os policiais militares Thiago da Silva Ferreira e Marco Aurélio de Souza Kovalski, em depoimentos firmes e coesos, relataram que realizavam patrulhamento de rotina no local dos fatos, conhecido como ponto de venda de drogas, quando visualizaram o apelante correndo, denotando fundada suspeita, a justificar a abordagem. Lograram detê-lo e, ao ser questionado, ele confessou a prática delitiva, bem como apontou onde havia escondido as drogas que estava comercializando no local, as quais foram devidamente apreendidas. Foi a primeira vez que abordaram o réu, que disse que morava em São José dos Campos e que veio para Campos do Jordão trabalhar no tráfico; narraram que ele estava correndo, portando três celulares, somente; depois ele confessou e mostrou à equipe onde estava guardada, escondida a droga. Ele os levou ao local da droga voluntariamente, e ele disse onde estava morando, senão não teriam como saber; autorizou a entrada da equipe, assim como a proprietária da residência, que estava no local, como constou no Boletim de Ocorrência. Com apoio de outra viatura, fizeram a diligência até essa casa, onde foi localizado apenas um menor de 14 anos, que disse que tinha vindo também para traficar, sendo localizada droga e dinheiro; ambos foram conduzidos à Delegacia.

A alegação de que a decisão estaria baseada na palavra dos policiais responsáveis pela prisão, não é suficiente para isentar o réu, por nada há, nos autos, a desacreditá-la, ausentes elementos que ao menos indicassem qualquer interesse dos agentes em incriminar o réu, a quem não conheciam.

A confissão judicial e extrajudicial do apelante foi corroborada pela prova oral. As testemunhas não teriam qualquer motivo para prejudicá-lo injustamente. Não se pode presumir que agentes públicos, no desempenho de suas funções, tenham que adotar conduta diversa do natural, apenas com o intuito de justificar as suas ações.

E pequenas divergências existentes entre os depoimentos prestados pelos policiais civis não bastam, por si sós, para infirmá-los.

Ao contrário, a jurisprudência é firme no sentido de que, aliados a outras provas, os depoimentos dos policiais são suficientes para comprovar a autoria e a materialidade do crime de tráfico. Neste sentido:

“4. Validade dos depoimentos de policiais. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de entendimentos que subtraíssem, 'a priori', valor dos

sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais 'lato sensu'. Precedentes do STF (HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007; HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996 e HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. em 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998) e do STJ (AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023; AgRg no HC 776.703/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 06/03/2023 – DJe de 14/03/2023; AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 02/08/2022 – DJe de 16/08/2022; AgRg no AREsp 1.858.776/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 26/04/2022 – DJe de 03/05/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1.970.832/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 29/03/2022 – DJe de 04/04/2022 e AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021)” (Apelação Criminal 1502043-59.2022.8.26.0616; Rel. Min. Airton Vieira; 6ª Câmara de Direito Criminal; j. 17/12/2023).

A condenação é, portanto, adequada, de modo que passo à análise da dosimetria.

A pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo, pela natureza, diversidade, quantidade e alto poder lesivo das substâncias, perfazendo cinco anos e dez meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa; na segunda fase a atenuante da confissão foi compensada com a agravante da reincidência.

Contudo, conforme se verifica das certidões de fls. 110/111 e da folha de antecedentes (fls. 184/186), não há condenação definitiva, sendo o réu tecnicamente primário, razão pela qual a agravante deve ser afastada. Assim, compenso o aumento da primeira fase com a atenuante da confissão, retornando a pena ao patamar mínimo, cinco anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, no piso.

Na terceira etapa, o MM. Juiz *a quo* afastou a causa de diminuição da pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, fundamentando “*que o réu não exercia atividade lícita por ocasião dos fatos e, mais que isso, admitiu que compareceu a esta Comarca exclusivamente para traficar, o que fazia já há dois dias, de modo que efetivamente dedicava-se a atividades criminosas (no caso, ao tráfico de drogas), impeditivo legal. Os processos em andamento em desfavor do acusado, todos recentes tratando de tráfico de drogas em tese ocorrido na Comarca de São José dos Campos ao 1º/3/2023, além de furto e crime de trânsito em tese ocorridos na Comarca de Caçapava aos 17/4/2023, conforme fls. 110/111 apontam, do mesmo modo, para sua dedicação às atividades criminosas*” (fls. 267).

Respeitado o entendimento diverso, a existência de ações em curso não constitui fundamento idôneo para a não incidência da causa de diminuição.

Nesse sentido:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, §4º DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, 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. 2. É firme o entendimento deste Tribunal de que a mera condição de desempregado, por si só, é insuficiente para se concluir pela habitualidade delitiva do condenado, a fim de fundamentar o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado (HC 413.610/SP, Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017; HC 336.143/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 16/8/2016). 3. Esta Corte Superior vem se manifestando no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, isoladamente consideradas, não constituem elementos suficientes para afastar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao pretexto do agente se dedicar ao comércio espúrio. 4. O STJ firmou a tese no Tema Repetitivo 1139 de que é inadmissível a utilização de ações penais em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp n. 2.440.765/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 26/2/2024).

O acusado é primário e não há, nos autos, demonstração concreta de dedicação à atividade criminosa ou de que ele faça parte de organização com essa finalidade, de modo que é necessária a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

Friso que embora a prova oral tenha confirmado que

ao apelante foi para cidade para traficar, estava lá há dois dias, e não restou apurada a realização de comercializações ilícitas anteriores, que evidenciassem a dedicação do réu ao tráfico de drogas.

Assim, preenchidos os requisitos legais, aplico a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06. Considerando que a quantidade e natureza da droga apreendida – 270 pinos de cocaína e 130 pedras de “crack”- foram valoradas na primeira etapa, diminuo a reprimenda do réu na fração de 2/3 (dois terços), resultando em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.

O regime inicial fechado, estabelecido na origem, deve ser mitigado para o semiaberto, considerando-se a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de pena imposta, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Pelos mesmos motivos, tendo o delito sido perpetrado sem violência ou grave ameaça, substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, e por 10 (dez) dias-multa, no piso, nos moldes a serem fixados pelo juízo de execução.

Entendimento contrário implicaria em afronta à Súmula Vinculante 59, do STF: *“É impositiva a fixação do 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 11.343/2006) 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”*.

Por derradeiro, o pleito de isenção da pena de multa com fulcro na gratuidade da Justiça não comporta acolhimento. Eventual impossibilidade de seu cumprimento – por motivo de insolvência -, é sabido, deverá ser analisado, inicialmente, pelo juízo da execução, a fim de evitar supressão de instância, sobretudo diante do disposto no art. 50 e art. 51, do

Código Penal, e art. 168 e art. 169, da Lei de Execução Penal.

Defiro a justiça gratuita. O art. 98, § 1.º, inciso I, do CPC, prevê que a gratuidade da justiça compreende também “*as taxas ou as custas judiciais*”. Quanto ao critério de deferimento do benefício, o art. 99, §§ 2.º e 3.º, do CPC, prevê, respectivamente, que “*O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade (...)*” e “*Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*”.

Dou por prequestionada a matéria alegada pelo combativo recorrente, para fins de recursos especial e extraordinário.

Ex positis, pelo meu voto **rejeito** as preliminares e, no mérito, **dou parcial** provimento ao recurso para reduzir a pena imposta a **Dhyêgo Rafael da Conceição Alves** para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituindo a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, e por 10 (dez) dias-multa, fixado o regime inicial semiaberto, em caso de descumprimento da benesse, preservada, no mais, a r. sentença recorrida.

JUCIMARA ESTHER DE LIMA BUENO
Relatora