



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000300584

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500171-90.2024.8.26.0631, da Comarca de Pedreira, em que é apelante LUIZ FELIPE REIS FELIX DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão.** V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente) E ELY AMIOKA.

São Paulo, 27 de março de 2025.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO: 021012
APELAÇÃO: 1500171-90.2024.8.26.0631
APELANTE: LUIZ FELIPE REIS FÉLIX DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
COMARCA: PEDREIRA — 1ª VARA

MMª. Juíza Sentenciante: Dra. Iohana Frizzarini Expósito

PRELIMINAR. ILICITUDE DA BUSCA PESSOAL E DA PRISÃO EM FLAGRANTE E, COMO COROLÁRIO, NULIDADE DE TODA A PROVA PRODUZIDA. REJEIÇÃO. O Estatuto das Guardas Municipais regulamentou o artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, estabelecendo que compete à Guarda Civil Metropolitana prevenir, inibir e coibir infrações penais e encaminhar indivíduos em flagrante delito à autoridade policial (Lei nº 13.022/14, art. 5º, II, III e IV). Crime permanente. Guardas municipais integram o Sistema Único de Segurança Pública, conforme assentado na ADPF 995, pelo STF. Guardas civis municipais visualizaram o acusado em local conhecido pela prática da traficância, e ele tentou evadir-se. Juízo objetivo de probabilidade de flagrância, confirmada a posteriori, justificada a diligência.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PROVAS ROBUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. Materialidade e autoria bem demonstradas nos autos. Laudo pericial atestou a ilicitude da substância apreendida (cocaína em pó e na forma de crack). Guardas civis visualizaram o acusado abaixado às margens do córrego existente em ponto de tráfico. Na tentativa de fuga, foi abordado e, em busca pessoal, foram apreendidos porções de cocaína e dinheiro, e mais pinos de cocaína e pedras de crack, onde ele fora visto inicialmente. Confissão em consonância com os firmes relatos dos agentes públicos. Condenação mantida.

PENAS. Base fixada no mínimo legal. Na segunda fase, reconhecidas nesta instância as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, sem repercussão nas penas (Súmula 231 STJ). Preenchidos os requisitos legais, mostrou-se correta a incidência do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06,

na fração de 1/2. Patamar de redução eleito, ponderados, de um lado, a primariedade e os bons antecedentes do acusado, e, de outro, a quantidade e natureza dos entorpecentes, as circunstâncias da prisão e a existência de outro processo pelo mesmo delito, com condenação em primeiro grau. Penas concretizadas em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa mínimos. Sanção pecuniária bem dosada, dentre os limites do preceito secundário do tipo penal. Reprimendas mantidas.

REGIME PRISIONAL E BENEFÍCIOS LEGAIS. Em observância à Súmula Vinculante 59, substituída, nesta Instância, a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, e fixado o regime aberto para o caso de reconversão das penas alternativas (CP, art. 44, § 4º). Incabível a concessão de sursis (CP, art. 77, III).

Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido, para reconhecer as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, sem reflexos no apenamento, substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e fixar o regime aberto para o caso de reconversão, mantida, no mais, a r. sentença, com determinação de imediata expedição de alvará de soltura clausulado.

A respeitável sentença de fls. 136/139, publicada em 02.10.2024 (fl. 144) e cujo relatório se adota, julgou procedente a pretensão acusatória para condenar **LUIZ FELIPE REIS FÉLIX DA SILVA**, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa mínimos, por incursão no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/06, mantida sua prisão preventiva.

Inconformado, o réu recorre e pugna, preliminarmente, pela declaração de nulidade do processo, por conta da

ilegalidade das diligências realizadas pelos guardas municipais, em ação típica de patrulhamento ostensivo, com sua consequente absolvição por insuficiência probatória. Em caso de manutenção da condenação por tráfico ilícito de drogas, busca o reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Regência, em seu patamar máximo de 2/3, a redução da pena de multa, a substituição da corporal por restritivas de direitos e a mitigação do regime prisional (fls. 160/172).

O recurso foi contrarrazoado (fls. 175/178).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou respeitável parecer pela rejeição da preliminar arguida e, no mérito, pelo parcial provimento do apelo (fls. 185/189).

É o relatório.

Pelo que consta dos autos, o acusado foi condenado por tráfico ilícito de entorpecentes porque, no dia 6 de abril de 2024, por volta das 8h40min, na Rua Ângelo Scarpato, nº 426, bairro Jardim Triunfo, em Pedreira/SP, trazia consigo, para fins de tráfico, 13 porções de cocaína (massa líquida de 2,47g) e 10 pedras de crack (máxima líquida de 3,03g), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de R\$ 50,00 em dinheiro.

Pois bem.

De proêmio, não se vislumbra qualquer irregularidade na ação dos guardas municipais a justificar o comprometimento da prova colhida nos autos, mostrando-se válidos o auto de prisão em flagrante e as provas dele decorrentes.

Com o advento do Estatuto das Guardas Municipais (Lei nº 13.022/14), que entrou em vigor no dia 8 de agosto de 2014 (art. 23) e regulamentou o artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, a competência dos integrantes da Guarda Civil Municipal foi devidamente regulamentada, cabendo-lhes, entre outras atribuições, *“prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais”* (art. 5º, II); *“atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais”* (art. 5º, III); e **“encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário”** (art. 5º, XIV) (grifos nossos).

Aliás, no julgamento da ADPF 995, o E. STF assentou o entendimento de que as guardas municipais integram o Sistema Único de Segurança Pública e exercem atividade dessa natureza:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA PÚBLICA. ART. 144, §8º, DA CONSTITUIÇÃO. RECONHECIMENTO DAS GUARDAS MUNICIPAIS COMO ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA. LEGÍTIMA OPÇÃO DO

CONGRESSO NACIONAL AO INSTITUIR O SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (LEI Nº 13.675/18). PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Civis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública. 2. Essa nova perspectiva de atuação na área de segurança pública, fez com que o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 846.854/SP, reconhecesse que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF). 3. O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou ao CONGRESSO NACIONAL, em legítima opção legislativa, no § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei nº 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, § 1º, inciso VII). 4. O quadro normativo constitucional e jurisprudencial dessa SUPREMA CORTE em relação às Guardas Municipais permite concluir que se trata de órgão de segurança pública, integrante do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). 5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecida e julgada procedente para, nos termos do artigo 144, §8º da CF, CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO ao artigo 4º da Lei 13.022/14 e artigo 9º da 13.675/18 DECLARANDO INCONSTITUCIONAL todas as

interpretações judiciais que excluam as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública” (ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julg. em 28/08/2023, DJe de 06/10/2023).

Nessa linha intelectual, com maior razão, há que se admitir que os guardas civis municipais, assim como qualquer do povo, podem efetuar a prisão em flagrante do agente cuja conduta amolda-se às hipóteses taxativas do artigo 302 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, aliás, é a orientação jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO. (...) Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade da sentença e do acórdão sob a alegação de irregularidade na prisão em flagrante, visto que os integrantes da Guarda Municipal flagraram o paciente, em via pública, na posse de entorpecentes destinados à mercancia, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. 3. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão. 4. Em razão do caráter permanente do

tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista pessoal ou domiciliar que ocasionou a prisão em flagrante, não representa prova ilícita” (STJ, Sexta Turma, HC 286.546/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 22.09.2015, DJe de 15.10.2015).

No caso dos autos, os guardas civis narraram que realizavam patrulhamento em local conhecido pelo comércio espúrio, quando avistaram o réu abaixado às margens de um córrego. Ele, ao notar a aproximação da viatura, tentou fugir, o que levantou suspeitas, pelo que decidiram abordá-lo, sendo apreendidos, em sua posse, cocaína e a quantia de R\$ 50,00; já, no ponto em que o réu se encontrava, havia crack e mais cocaína. Informalmente, o acusado confessou a traficância.

Tudo isso, somado, é que conferiu aos agentes públicos a suspeita — *fundada em critérios objetivos* - de que havia situação criminosa em andamento, não tendo a diligência resultado de arbitrariedade, preconceito ou intuição. A bem da verdade, naquele contexto, os servidores públicos não poderiam deixar de agir. Ademais, a prática do tráfico de drogas, em tal cenário, é situação desagregadora da segurança local, o que corrobora a necessidade de intervenção dos agentes da lei.

Em arremate, veja-se recente decisão monocrática proferida no âmbito do E. STF, em que foi julgado procedente pedido veiculado em sede de reclamação, para cassar o acórdão impugnado e assentar a **licitude das provas obtidas mediante busca pessoal realizada**

pela guarda municipal, bem como das provas derivadas, restaurando, assim, os efeitos de v. acórdão proferido por este E. Tribunal de Justiça em sede de apelação:

*“[...] ao julgar a ADPF nº 995, esta Corte firmou entendimento no sentido de que 'não se justifica, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Civis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública', tendo em vista que também executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF), possuindo, portanto, legitimidade inclusive para abordagem de suspeitos de crimes em geral, quando há fundadas razões para a ação [...]. Diante de tais fatos, fica **evidente a incongruência do ato reclamado com a ADPF 995/DE, pois teríamos um órgão de segurança pública de mãos atadas para atender aos cidadãos na justa concretização do direito fundamental à segurança (art. 5º, 'caput', da CF). Ou seja, esvaziar-se-ia de eficácia o quanto decidido por esta Suprema Corte, com arrimo em evidente e equivocada presunção de ilegitimidade de atos administrativos, no caso os concretizadores do Poder de Polícia das Guardas Municipais. Estes, ademais, ficariam destituídos de autoexecutoriedade, destruindo tal atributo fundamental ao Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, 'caput', da CF). Nesse prisma, faz parte das responsabilidades das guardas municipais interromper atividades criminosas ou infracionais,***

realizando prisões ou apreensões em flagrante, bem como busca pessoal quando houver fundadas razões para tanto (art. 244 do CPP). Essa atuação é fundamental para proteger a população e colaborar com os demais órgãos da segurança pública, de forma a contribuir significativamente para a manutenção da paz social” (Rcl nº 62.455/SP, Rel. Min. Flávio Dino, julg. em **22/04/2024**, publ. 25/04/2024, destaquei).

Nesse cenário probatório e jurídico, em virtude da existência de circunstâncias fáticas indicadoras do estado flagrancial do acusado, justificadas *a posteriori* (STF Tribunal Pleno, RE 603.616/RO), aliada à competência dos guardas civis municipais (Lei nº 13.022/14, art. 5º, II, III e XIV), não há que se falar em ilicitude da abordagem do réu, da apreensão dos ilícitos (drogas e dinheiro) e da condução dele à delegacia, diligências que culminaram com a deflagração da persecução penal.

Justificadas, então, a revista pessoal e a detenção realizadas (CPP, arts. 240, § 2º, e 244), até porque o direito à privacidade não foi constitucionalmente estabelecido para se assegurar a prática tranquila de crimes e sua certa impunidade.

Assim, afasto a alegação de ilicitude das provas colhidas nos autos, haja vista atuação dos guardas municipais nos limites de suas atribuições e a regularidade da abordagem, busca pessoal e posterior detenção.

Passo à análise do mérito do recurso.

Para a demonstração da materialidade delitiva, vieram ao feito: boletim de ocorrência (fls. 1/3), auto de prisão em flagrante (fl. 9), auto de exibição e apreensão (fls. 11/12), auto de constatação preliminar (fls. 45/50), laudos de exame químico-toxicológico (fls. 45/50), relatório final de investigação (fls. 52/53) e prova oral coligida.

A autoria do delito imputado também emana inequívoca dos elementos de convicção colacionados aos autos.

Sempre que ouvido, o réu admitiu a prática da traficância (fl. 7 e mídia digital).

E sua confissão está em consonância com os firmes relatos prestados pelos guardas civis Marco Antônio Damião e Valdomiro Zanelato Júnior, em ambas as fases da persecução penal, aduzindo que, em patrulhamento em local conhecido pelo comércio espúrio, avistaram o acusado abaixado às margens do córrego ali existente. Ele, tão logo avistou a guarnição, caminhou em sentido contrário da viatura, o que levantou suspeitas e justificou a abordagem. Em revista pessoal, foram encontrados nove pinos de cocaína e R\$ 50,00, em dinheiro. Já, no ponto onde ele fora visto inicialmente, havia mais quatro porções da mesma droga e dez pedras de crack. Inquirido, o acusado confessou a torpe mercancia (fls. 4/6 e mídia digital).

Eis, de relevante, a prova coligida.

Como visto, os exames químico-

toxicológicos atestaram a ilicitude da substância apreendida – *cocaína, em pó e na forma de crack* -, de uso e comercialização proscritos no país.

O réu, tanto na delegacia quanto em juízo, admitiu a comercialização de drogas.

E sua confissão está em consonância com os firmes relatos dos guardas civis oficiais, de que o avistaram em local conhecido pela prática da traficância e, após ele tentar se evadir, realizaram abordagem, encontrando em sua posse pinos de cocaína e dinheiro, bem como outras porções de cocaína e pedras de crack, no trecho em que ele fora visto pela primeira vez, ocasião em que Luiz assumiu que estava vendendo entorpecentes.

E não há motivo nos autos para negar crédito ao depoimento dos guardas responsáveis pela diligência. Primeiro, porque a valoração do relato dos agentes públicos deve ser feita pelo Estado-juiz como qualquer outra prova testemunhal, em consonância e obediência ao sistema do livre convencimento motivado (CPP, art. 155, *caput*), mesmo porque a condição de guarda civil, por si só, não põe em xeque o valor dessa prova. Ao revés, a condição de servidores públicos empresta a seus depoimentos a presunção – *relativa* – de veracidade de seus conteúdos – *não infirmada pela defesa, como seria seu ônus, nos termos do artigo 156, caput, do Código de Processo Penal*. Confira-se, a propósito, precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A prova oral produzida, consistente em declarações coesas dos agentes de segurança penitenciária se mostraram suficientes para a caracterização da falta como grave (...). A Jurisprudência é pacífica no sentido de inexistir fundamento o questionamento, a 'priori', das declarações de servidores públicos, uma vez que suas palavras se revestem, até prova em contrário, de presunção de veracidade e de legitimidade, [...] (HC n.º 391.170/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, julgado em 1º/8/2017, publicado em 7/8/2017)” (AgRg no HC 790.497/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07.02.2023, Dje 13.02.2023).

Segundo, porque os depoimentos de guardas metropolitanos compõem naturalmente o contexto probatório, sem que se apresentem, *a priori*, inválidos ou desmerecidos, até por inexistirem indícios de que pudessem ter interesse em causar gratuito e falso prejuízo ao acusado. Como toda e qualquer pessoa, podem os agentes públicos servir como testemunha (CPP, art. 202) e, no caso dos autos, não há elementos a indicar qualquer animosidade dos policiais que participaram da diligência, tampouco restou demonstrada alguma pretensão dos agentes em incriminar injustamente o réu, que não comprovou abusos ou injustiças contra si eventualmente praticados, como lhe competia (CPP, art. 156, *caput*). Nesse sentido, já decidiu o Colendo Tribunal da Cidadania:

“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 à defesa demonstrar sua imprestabilidade.** [...] É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (HC n. 382.306/RS, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017) (HC n. 404.514/PE, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/3/2018)" (AgRg no REsp 1.863.836/RS, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 06.10.2020, DJe 14.10.2020, destaquei).*

Por tais razões, não se nega a validade dos depoimentos apresentados pelos guardas civis responsáveis pela prisão flagrancial do apelante e pela apreensão dos entorpecentes e dinheiro, ausente qualquer motivo que coloque em dúvida suas veracidades.

Ressalto, por oportuno, que o crime de tráfico ilícito de entorpecente pode configurar-se com a prática de condutas variadas e, como tipo misto alternativo que é, a adequação do comportamento a qualquer um dos núcleos do tipo penal incriminador implica violação do bem jurídico protegido, justificando a incidência da norma penal. Desnecessário, pois, o flagrante no momento da efetiva tradição ou venda do entorpecente para

incidência do tipo penal previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. É dizer, as condutas periféricas à efetiva comercialização, como *trazer consigo, guardar, transportar* ou mesmo *manter em depósito*, por exemplo, são suficientes à transgressão do proibido penalmente pelo tipo. Neste sentido, é o entendimento firmado no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“É firme o entendimento desta Corte Superior de que o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento.” (AgRg no HC 701.134/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jesuíno Rissato — Desembargador convocado do TJDF —, j. em 07.12.2021, DJe de 15.12.2021).

Em suma, os elementos de prova produzidos e admitidos nos autos compuseram *standard* probatório suficiente a confirmar a hipótese contida na denúncia, restando bem demonstradas a materialidade e a autoria delitivas, sendo de rigor a manutenção da condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/06, art. 33, *caput*), não havendo que se falar em absolvição por insuficiência probatória.

Passo à análise das penas.

As basilares partiram do piso legal, ou seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, favoráveis as circunstâncias judiciais.

Na segunda fase, as atenuantes da menoridade relativa (fl. 21) e da confissão espontânea (mídia digital) – ora reconhecidas – não têm o condão de conduzir as reprimendas aquém do referido patamar (Súmula 231 do STJ).

Na derradeira etapa, tendo em vista a primariedade e bons antecedentes do acusado (fl. 25), foi concedido o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/2 (metade).

Com efeito foram apreendidas em poder do acusado 10 pedras de crack (3,03g) e 13 eppendorfs de cocaína (2,47g), além de R\$ 50,00, em dinheiro, tendo a diligência ocorrido em local notoriamente conhecido como ponto de tráfico.

Outrossim, verifica-se que o outro crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pelo qual responde o réu (processo nº 1500157-15.2024.8.26.0435 – fl. 25), não foi definitivamente julgado, vez que, conforme se verifica em pesquisa realizada via sistema e-SAJ, no último dia 22 de janeiro foi publicada r. sentença condenatória, encontrando-se pendente a apresentação de recursos pelas partes. E, conforme tese fixada pelo C. STJ no Tema 1139 dos recursos repetitivos, *“É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06”*.

Importante mencionar que, embora a notícia da existência de outro processo por tráfico não seja suficiente a

fundamentar a negativa do benefício, permite a **modulação** do redutor em questão, o que não afronta à referida tese firmada pelo C. STJ sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Dessa forma, ponderando, de um lado, a primariedade e os bons antecedentes de Luiz, e, de outro, a quantidade (e natureza) de drogas e dinheiro apreendidos, bem como o fato de ele ser réu em outro processo por tráfico, e com fulcro no artigo 42 da Lei de Drogas, concluo pela existência de elementos a indicar certo relacionamento com atividades criminosas, que, embora não tão expressivo a ponto de afastar a aplicação do redutor, justifica a manutenção do patamar de 1/2, tal como estabelecido na origem.

Assim, as penas restaram concretizadas em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa mínimos.

A pena de multa foi bem dosada e, ao contrário do sustentado pela defesa, não há motivos para sua isenção ou redução. Com efeito, o valor unitário do dia-multa já foi fixado no mínimo legal (um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato), nos termos dos artigos 49, § 1º, do Código Penal, e 43, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à míngua de elementos nos autos para comprovar a capacidade financeira elevada do apelante. E a quantidade de dias-multa foi fixada dentre os limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário — *de cuja*

inconstitucionalidade não se cogita – do crime pelo qual o recorrente foi condenado, além de ter obedecido aos critérios de dosimetria aplicáveis à pena privativa de liberdade, como de rigor. Desta feita, não há que se falar em ilegalidade ou rigor excessivo, tampouco em violação aos princípios da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), proporcionalidade ou razoabilidade. Mantenho, pois, a pena pecuniária acima fixada. Sem prejuízo, consigno que eventuais questões referentes à impossibilidade de cumprimento da sanção pecuniária devem ser formuladas perante o Juízo das Execuções, nos termos do artigo 168 e seguintes da Lei nº 7.210/84.

Em observância à Súmula Vinculante 59

(“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 11.343/06) 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”), reputando presentes os requisitos legais, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana (a esta, preferencialmente, **com ministração de palestras sobre os efeitos das drogas**), ambas pelo prazo da pena substituída, e fixo o regime aberto para o caso de reconversão das penas alternativas (CP, art. 44, § 4º).

Incabível a concessão de *sursis*, por expressa vedação legal (CP, art. 77, III), tendo em vista a substituição da pena corporal levada a efeito.

Por fim, tendo em vista o abrandamento do regime prisional para o aberto, afigura-se imperiosa a revogação da prisão cautelar do réu, com imediata expedição de alvará de soltura clausulado em seu favor, em prestígio ao princípio da homogeneidade, que proíbe adoção de medidas cautelares pessoais mais gravosas do que a própria sanção penal, eventual e futuramente aplicada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITO A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, para: a) reconhecer as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, sem reflexos no apenamento; b) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana nos termos indicados; e c) fixar o regime aberto para o caso de reconversão. Mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Expeça-se, com urgência, alvará de soltura clausulado em favor do réu.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI
Relatora