



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000310015

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502053-45.2024.8.26.0548, da Comarca de Paulínia, em que são apelantes RAFAEL RENAN SILVA CRUZ e JOSÉ RODRIGO SOUSA GOMES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 FARTO SALLES (Presidente), CRESCENTI ABDALLA E GILBERTO CRUZ.

São Paulo, 31 de março de 2025.

FARTO SALLES
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO nº. 32.627

APELAÇÃO CRIMINAL nº. 1502053-45.2024.8.26.0548 (processo digital)

COMARCA: PAULÍNIA – 1ª VARA

APELANTES: JOSÉ RODRIGO SOUZA GOMES e RAFAEL RENAN SILVA CRUZ

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS (art. 33, 'caput', da Lei nº 11.343/06). Preliminar. Ilegalidade do flagrante levado a efeito por guardas civis. Inocorrência. Possibilidade de qualquer do povo prender pessoa em situação de flagrância (artigo 301 do CPP), faculdade obviamente estendida a integrantes da Guarda Municipal que, embora vocacionada à proteção do patrimônio da Municipalidade (e, indiretamente, da população que dele usufrua), atua no auxílio dos órgãos de segurança pública para garantia da paz social. Recentíssimo precedente da SUPREMA CORTE a tornar sem sentido a tese da Defesa (tema em matéria de Repercussão Geral). Rejeição. Mérito. Materialidade e autoria inquestionáveis. Relatos seguros e coesos de guardas municipais, que encontraram palpável quantidade de variegados entorpecentes (maconha, cocaína, skunk e crack) em poder dos acusados. Condenação mantida. Penas-base no piso, desprezadas a variedade e quantidade de drogas. Codenunciado JOSÉ beneficiado com o privilégio, a imposição de regime aberto e a substituição da corporal, sem questionamento do Ministério Público, não se cogitando de abrandamento da sanção diante do quadro adverso reportado. Denunciado RAFAEL que, na adolescência, figurou em (pasmese!) DEZESSETE processos por ato infracional, SETE deles análogos ao tráfico, situação a denotar dedicação à atividade proscriita. Situação desfavorável inconciliável com o privilégio, assim como com o retiro intermediário

imposto na sentença e a substituição da corporal (também colidente com o montante da sanção), impossibilitada a revisão do regime prisional ante a inércia da acusação. Recurso defensivo improvido.

VOTO DO RELATOR

Pela sentença a fls. 221/234, cujo relatório se adota, RAFAEL RENAN SILVA CRUZ e JOSÉ RODRIGO SOUZA GOMES, qualificados nos autos, foram condenados a cumprir, o primeiro (Rafael), pena de cinco (5) anos de reclusão em regime inicial semiaberto, com multa correspondente a quinhentas (500) diárias, enquanto, o segundo (José), de dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão em regime aberto, mais duzentos e cinquenta (250) dias-multa, unidade das pecuniárias no piso, como incursos no artigo 33, *caput* e § 4º (diante de JOSE), da Lei nº. 11.343/06, possibilitada a interposição de recurso em liberdade diante daquele (RAFAEL), com a substituição da corporal de JOSÉ por restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária de um (1) salário-mínimo e de serviços à comunidade.

Inconformada, apela a Defesa em prol dos acusados (fls. 220), vindo as razões do recurso a fls. 260/278. Argui, preliminarmente, a ilicitude da atuação *investigativa e ostensiva* dos guardas municipais. No mérito, somente diante do codenunciado JOSÉ, requer a absolvição por fragilidade probatória. Subsidiariamente, quanto ao corréu RAFAEL, postula o reconhecimento do “privilégio”, com a mitigação do regime prisional e a substituição da corporal por restritivas de direitos, enquanto, diante de JOSÉ, almeja a redução da pena em seu coeficiente máximo (2/3) em razão da causa de diminuição reconhecida.

Regularmente processado o recurso, apresentaram-se as contrarrazões a fls. 287/292, tendo a ilustrada Procuradoria

Geral de Justiça se manifestado pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do apelo (fls. 301/314).

É o relatório.

De início, afasta-se a preliminar despropositada e tumultuariamente suscitada pela Defesa, nada denotando a aventada nulidade referente à prova obtida a partir da prisão em flagrante realizada por integrantes da guarda civil, tese, aliás, sem sentido diante de recente aresto da **SUPREMA CORTE**.

Com efeito, em nenhum momento se deparou com atividade investigativa exercida pelos guardas, que salientaram estar em patrulhamento de rotina pelo local do crime, onde comumente ocorre o tráfico de drogas, quando, casualmente, depararam-se com os réus, cada um trazendo consigo uma sacola plástica. Segundo os agentes municipais, RAFAEL e JOSÉ correram logo que notaram a presença da viatura, **situação a indicar lógica e racional suspeita** a justificar a perseguição, a abordagem e a revista pessoal.

Aqui, não se ignora ter o constituinte originário pátrio estabelecido como função precípua das guardas municipais a proteção dos “bens, serviços e instalações” do Município, “o que, segundo Bulos, corresponde ao policiamento administrativo da cidade, para a proteção do patrimônio público contra a depredação dos demolidores da coisa alheia” (LENZA, Pedro. “Direito Constitucional Esquematizado” — 13ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2009- pág. 664).

Contudo, nos últimos anos, debatem-se projetos de emenda à Constituição destinados a ampliar as atribuições das Guardas Municipais, possibilitando-lhes, também, atuar em prol da segurança pública, de modo a auxiliar as sobrecarregadas Polícias Civil e Militar no combate à violência e criminalidade que assolam as cidades do país, algo ainda longe de ser aprovado, considerado o complexo procedimento legislativo especial necessário à alteração de

texto constitucional.

Diante disso é que se aprovou a Lei nº 13.022/2014, a qual, em seu artigo 5º, IV, estabeleceu a possibilidade de a guarda civil “*colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social*”, numa busca à otimização do serviço de segurança pública conferido especialmente às Polícias Civil e Militar.

Neste mesmo contexto, editou-se a Lei 13.675/2018 que, em seu artigo 9º, expressamente, **incluiu as guardas municipais no Sistema Único de Segurança Pública**, com atuação “*nos limites*” de sua ‘competência’ e “*de forma cooperativa, sistêmica e harmônica*” diante dos demais órgãos operacionais que integram a estrutura do “*Susp*”.

Em outras palavras, as leis ordinárias em destaque certamente não “*dilataram*” a atribuição conferida pelo Constituinte pátrio às guardas municipais (*e nem poderiam fazê-lo, sob pena de vício de inconstitucionalidade*), ainda limitada à proteção do patrimônio público municipal e, indiretamente, da população que dele usufrua, apenas reconhecendo a possibilidade de colaboração da entidade com as instituições vocacionadas à segurança pública.

Outro não foi o entendimento do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** (a quem incumbe a última palavra sobre a matéria constitucional em debate) no recente julgamento da ADPF 995-DF: “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, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; pois **todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública**.[...] 3. O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou, com 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). [...] 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**” (Tribunal Pleno, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, DJe **19-10-2023**).

Colocando pá de cal sobre o tema, ainda mais recentemente, a **CORTE SUPREMA** estabeleceu que “É constitucional, no âmbito dos municípios, o exercício de ações de segurança urbana pelas guardas municipais, **inclusive policiamento ostensivo e comunitário**, respeitadas as atribuições dos demais órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal e excluída qualquer atividade de polícia judiciária, sendo submetidas ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso VII, da CF. Conforme o art. 144, § 8º, da constituição federal, as leis municipais devem observar as normas gerais fixadas pelo congresso nacional” (**Tema 656** em matéria de Repercussão Geral – mérito julgado em **20-02-2.025** – **grifei e destaquei**).

Traçado este panorama, convém lembrar que, se qualquer do povo está autorizado a prender pessoa surpreendida em situação de flagrante – *por permissivo legal (artigo 301 do CPP)* -, nada impede a concretização da custódia por integrantes da guarda municipal, sobretudo diante do papel recentemente atribuído à instituição para garantir a paz social no âmbito municipal.

Entendimento contrário denota irracionalidade,

colocando “*qualquer do povo*” acima dos integrantes da guarda municipal.

Rejeitada a despropositada e tumultuária prejudicial, infere-se que o inconformismo não vinga também diante do mérito.

No caso, o corréu JOSÉ, na Delegacia, optou pelo silêncio (fls. 02/03) para, em pretório, negar a imputação, alegando estar na casa do pai de seu enteado RAFAEL, nada sabendo sobre as drogas encontradas no imóvel (mídia no SAJ a fls. 219/220).

RAFAEL, na fase extrajudicial, negou a propriedade do material espúrio localizado, alegando apenas morar no imóvel pertencente ao pai, sem qualquer envolvimento no “*negócio*” (04/06). Em juízo, porém, modificou a versão inicial, agora admitindo armazenar os tóxicos em sua residência, recebendo R\$ 500,00 por semana, algo que o padrasto JOSÉ desconhecia (mídia no SAJ a fls. 219/220).

Contudo, as versões exculpatórias, além de inconsistentes, acabaram contrariadas pelos seguros e coerentes relatos dos guardas municipais, destacando os depoentes as circunstâncias do flagrante aptas a lhes conferir certeza sobre a vinculação dos apelantes com as variegadas drogas apreendidas.

Nesse tom, contaram os agentes públicos *Filipe Motta Amaral* e *Lunécio Alan da Silva Agostinho* que, durante diligência perto de uma escola municipal em obras, avistaram RAFAEL e JOSE na via pública, ambos carregando uma sacola plástica nas mãos (a do primeiro, na cor verde, enquanto, a do segundo corréu, de cor preta). Quando notaram a presença da guarda municipal, ambos correram e entraram na residência de terceiro, sendo seguidos pela guarnição. O corréu RAFAEL tentou fugir pelo telhado, dispensando a sacola plástica verde na fuga, mas acabou perdendo o equilíbrio, caindo ao solo e acabando detido. Já

JOSÉ foi encontrado sentado no sofá da casa. Verificaram, então, que, dentro da sacola plástica verde trazida por RAFAEL havia 74 porções de cocaína, 31 de *skunk*, 68 pedras de *crack* e 55 invólucros de maconha, enquanto, no interior da sacola preta que JOSÉ transportava, havia 71 porções de *skunk* e 48 de maconha, além de R\$ 597,00. Possivelmente, os coacusados redistribuiriam os entorpecentes — em forma de “kits” — no “*abacateiro*”, para onde se dirigiam os réus quando surpreendidos pelos depoentes, local conhecido pelo comércio espúrio (fls. 07/09, 10/12 e mídia no SAJ a fls. 219/220).

Frise-se que os esclarecimentos analisados se mostram harmônicos, coerentes, lógicos e livres de dúvidas, nada indicando animosidade ou intenção deliberada de prejudicar os réus, além do que a lei não faz ressalva alguma relativa ao valor de relatos trazidos por guardas municipais, circunstância que não afeta o valor probante de sua palavra (**STF**, HC n°. 74.608-0/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO, RT 816/548; **TJSP**, Apelação Criminal n°. 993.08.018758-4TJESP, Apelações Criminais n°.s. 0002253-17.2014.8.26.0439, Relator Desembargador IVAN SARTORI e 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

Acrescente-se que os guardas não teriam motivo para incriminar **JOSÉ e RAFAEL** falsamente ou atribuir-lhes a posse de variegados entorpecentes em quantidade superior àquela efetivamente encontrada, não se mostrando contraditórios os respectivos depoimentos, cuja essência delineia o tráfico descrito na denúncia de forma clara e indiscutível.

Inegável, portanto, o vínculo entre as substâncias apreendidas e os apelantes diante das firmes palavras dos guardas municipais dando conta de tê-los surpreendido em poder de palpável quantidade de entorpecentes (RAFAEL: 74 porções de cocaína —

124g, 31 de *skunk* — **123g**, 68 pedras de *crack* — **63g** e 55 de maconha — **261g**; JOSÉ: 71 porções de *skunk* — **234g** e 48 de maconha — **253g**), sem se esquecer do encontro de R\$ 597,00 com o segundo (*cuja origem lícita não logrou esclarecer a Defesa*), tudo a realçar a materialidade e a autoria do crime, consoante quadro probatório que, pondere-se, afigura-se robusto para denotar a espúria mercancia desempenhada pelos denunciados, sem se verificar situação capaz de ensejar a absolvição.

Importa dizer que, consoante a literatura médica e a jurisprudência, a quantidade da cocaína apreendida representa, pelo menos, 9.350 porções “insuportáveis” a ensejar quadro de overdose (Delton Croce e Delton Croce Júnior, “Manual de Medicina Legal”, 5ª edição, Editora Saraiva, 2.004, n.º. 14.2.11.3, pg. 636; Guilherme Oswaldo Arbenz, “Medicina Legal e Antropologia Forense”, 1ª edição, 1.988, n.º. 42, pg. 539; STJ, HC 235.257/DF; TJESP, Apelação Criminal n.º. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

Outrossim, conforme decisão publicada na RT 546/327, para se fazer um cigarro de “maconha” tipo bagana, basta 0,33g da droga; portanto, a quantidade de maconha apreendida representa, no mínimo, **2.630** “fininhos” a evidenciar, de forma clara, sua destinação ao tráfico, ainda mais porque, já o uso de ínfima parte da substância, seria suficiente para ocasionar acentuada diminuição do rendimento psicomotor e depressão grave (Delton Croce e Delton Croce Júnior, “Manual de Medicina Legal”, 5ª edição, Saraiva, pg. 636), tudo confirmando a infração penal descrita na denúncia.

Ainda a respeito, “*Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstância que cercam o agente envolvido*” (RT 729/542).

Cite-se, aqui, lição de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO dando conta de que, *“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”* (cf. “Prova Penal”, 2ª ed., RT, 2004, item 5, pág. 96).

Noutras palavras, prescindível a prova efetiva e direta de qualquer ato de comércio clandestino de droga (***embora, no caso concreto, comprovou-se a atividade ilícita, tendo os guardas civis pilhado os apelantes em poder de considerável quantidade de drogas variadas***), bastando o conjunto de indícios e presunções que, saliente-se, são claros e convergem contra os réus, não podendo o juiz desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*) ou seja, a ordem normal das coisas, representando aquelas o conhecimento adquirido pela prática e observação do cotidiano, conforme preceituam a doutrina e a jurisprudência (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ; RTJ 149/521; RT 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654).

“3. A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Doutrina: MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das

provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236; LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162; PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91. Precedentes: AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011; HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012; HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009” (STF, HC 97781/PR, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Redator do Acórdão Ministro LUIZ FUX).

Assim, demonstrada a materialidade pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 25/28), auto de exibição e apreensão (fls. 19/20), laudos de constatação provisória (fls. 47/50) e de exame químico toxicológico (fls. 92/95), a par de apurada a autoria do crime à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base no piso de cinco (5) anos de reclusão, mais quinhentos (500) dias-multa para cada um dos apelantes, desprezada a razoável quantidade de drogas (**pouco mais de 1kg!**) dotadas de exacerbado poder viciante a demonstrar acentuada periculosidade, lamentada a ausência de recurso da acusação a permitir a revisão do julgado nesta parte.

Já na segunda etapa da dosimetria, reconheceram-se as atenuantes representadas pela confissão espontânea e pela menoridade relativa somente diante de RAFAEL (o coacusado contava 18 anos de idade à época dos fatos — fls. 04), destacada a impossibilidade de redução aquém do piso, consoante Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, permanecendo inalterada a sanção de JOSÉ nesta fase.

Por fim, mitigou-se a pena de JOSÉ de metade (1/2) em razão da causa de diminuição descrita no artigo 33, § 4º, da Lei

de Tóxico, obtendo-se dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão, mais duzentos e cinquenta (25) dias-multa, vez mais sem questionamento da Justiça Pública.

Aqui, convém ressaltar que o “privilégio” era descabido, não se cogitando de reconhecimento da benesse diante de RAFAEL, algo pretendido pela Defesa via apelo, mesmo porque se depara com concurso de agentes também colidente com a benesse.

Noutro enfoque, os apelantes não demonstraram exercer função lícita (*JOSÉ, na Delegacia, declarou-se “ajudante de pedreiro” e RAFAEL se disse “ajudante autônomo”, ambos sem qualquer comprovação*).

Além disso, RAFAEL (*que perpetrou o crime com apenas **dezoito anos**, lembre-se*) respondeu a (pelo menos) **DEZESSETE (!)** processos por atos infracionais, **SETE DELES análogos ao tráfico** (*conforme impressionante certidão a fls. 54/55 e consulta efetuada via Gabinete perante o sistema e-SAJ*), peculiaridades a indicar ser o cometimento de ilícitos seu meio de vida desde a adolescência, daí a dedicação a atividade criminosa incondizente com a benesse despropositadamente requerida pela Defesa e erraticamente deferida a JOSÉ, **repisadas a quantidade e a lesividade dos tóxicos realçando a perene traficância, que somam pouco mais de 1kg (!)**, mormente porque somente pessoas galgadas a posição de destaque em organização proscrita poderiam obter tamanho volume de entorpecentes, notadamente pessoa ainda bastante jovem como RAFAEL, repisando-se que ambos não mantêm qualquer vínculo estável de emprego.

“Como não tem outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que se dedica costumeiramente à atividade criminosa de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir pertencer a organização criminosa que a abastece com a droga a ser

comercializada” (TJESP, Apelação Criminal nº. 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador SOUZA NERY).

A confirmar a tranquila jurisprudência da Corte Superior a respeito do tema, quanto ao “histórico juvenil” de RAFAEL, tem-se, em recente aresto, que, “V - Na espécie, consoante depreende-se do v. acórdão fustigado, ao contrário do que aduz a combativa Defesa, houve fundamentação idônea para a não adoção da minorante referente ao tráfico privilegiado, com base na conclusão de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, visto que possui registros de atos infracionais análogos ao tráfico de entorpecentes, não se tratando, portanto, de traficante eventual, elementos aptos a justificar a não aplicação da causa especial de diminuição de pena, nos termos do atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça. (precedentes)” (STJ, AgRg no HC 678534/SP, Relator Ministro JESUÍNO RISSATO – Desembargador Convocado do TJDF -, **julgado 28-9-2021**, grifei e destaquei).

Igualmente, “6. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, **o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado**, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas. Precedentes” (STJ, AgRg no HC 635905/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, **julgado 16-3-2021**, sem grifo e destaque no original).

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa” (STJ, HC 350122/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, grifou-se).

No mais, observa-se que “4. O Supremo Tribunal

*Federal já assentou que 'a conduta social do réu, **o concurso de agentes**, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa (RHC nº 116.926/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 4/9/13)'” (STF, HC 127241/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI).*

Nem mesmo se pode cogitar de violação ao princípio do *ne bis in idem*, porquanto não se sopesou o quadro negativo quando do cálculo das penas-base.

Além disso, como anotado na sentença, “*inaplicável inclusive a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), considerando o histórico infracional do denunciado, com prévias condenações infracionais por tráfico de drogas (fls. 54/55), e quantidade (552,4g massa líquida em 347 unidades) e diversidade de entorpecentes (quatro espécies)*” (fls. 228).

Porque ausente recurso da acusação, incogitável o recrudescimento das penas. E, tendo sido os acusados beneficiados, consequência lógica é a impossibilidade de se conferir redução mais benéfica a JOSÉ ou de se reconhecer a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no que tange a RAFAEL, algo pretendido pela Defesa via apelo.

De resto, mantém-se o retiro intermediário estipulado na sentença para início de cumprimento da corporal de RAFAEL, bem assim o regime aberto e a substituição da corporal de JOSÉ, cabendo ressaltar que o retiro **pleno** é o único adequado ao tráfico e às circunstâncias negativas alhures especificadas.

Solução mais branda como a conferida em primeiro grau propicia sentimento de impunidade, com odioso encorajamento à prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o regime fechado também da maior severidade externada por

dispositivo constitucional (artigo 5º, XLIII).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de situação facilmente constatada pela circunstância desfavorável (posse de elevadíssima quantidade de tóxicos variados, de acentuada nocividade à higidez física ou psíquica de incautos usuários), sem se ignorar que se trata de infração penal de indiscutíveis gravidade e repercussão.

“6. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes” (STJ, HC 352811/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, grifei).

Pronunciamento da Suprema Corte também realça ser *“possível a fixação de regime prisional mais gravoso em razão da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos. Precedentes. IV – Recurso desprovido” (STF, RHC 136511/SP, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, grifou-se).*

“3. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da fixação do regime inicial fechado para o cumprimento de pena e da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade não afronta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, preconizada no sentido de ser 'possível que o juiz fixe o regime inicial fechado e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido' (HC nº 125.077MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 4/3/15). 4. Ordem denegada” (STF, HC 128.754, Relator Ministro DIAS TOFFOLI).

Sobre o tema, sabe-se que a “[...] aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado

pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea” (STJ, HC 325493/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, grifei).

Inadmissível a substituição da privativa de liberdade de RAFAEL por restritivas de direitos diante do quadro desfavorável antes reportado e do montante da carcerária (superior a quatro anos de reclusão) também incondizentes com a benesse (artigo 44, incisos I e III do Código Penal).

À vista do exposto, pelo meu voto, rejeitada a preliminar, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO** da Defesa, mantendo a sentença impugnada.

Comunique-se, expedindo-se o mandado de prisão oportunamente com relação a RAFAEL, com a ressalva do disposto na Resolução CNJ n°. 474/2022.

FARTO SALLES

Relator

(Assinatura Eletrônica)