



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000444525

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500978-22.2024.8.26.0628, da Comarca de Vargem Grande Paulista, em que são apelantes GUSTAVO TOZZO DA SILVA e FERNANDO MENDES MATEOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

ROBERTO PORTO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 1500978-22.2024.8.26.0628

Apelantes: Gustavo Tozzo da Silva e Fernando Mendes Mateos

Apelado: Ministério Público

Comarca: Vargem Grande Paulista – Vara Única

Voto nº 22134

APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de drogas e associação para esse fim – Recurso defensivo – Autoria e materialidade demonstradas – Palavras firmes e coerentes dos agentes policiais – Apreensão de elevada quantidade de entorpecentes diversos – Unidade de desígnios e estabilidade demonstrados – Condenação inevitável – Regime fechado para Gustavo de rigor, ante os maus antecedentes e a reincidência específica – Regime semiaberto fixado para Fernando - Inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, por expressa vedação legal - Recursos defensivos desprovidos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por **Gustavo Tozzo da Silva** e **Fernando Mendes Mateos**, contra a r. sentença de fls. 268/280, que julgou procedente a ação penal para condená-los, como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal, respectivamente às penas de 07 (sete) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 901 (novecentos e um) dias-multa, no piso, e 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformadas, recorrem as combativas Defesas, pugnando pela absolvição, por insuficiência probatória.

Subsidiariamente, requerem a fixação de regime inicial menos gravoso. Gustavo Tozzo da Silva busca, ainda, o reconhecimento do direito de apelar em liberdade. Por sua vez, Fernando Mendes Mateos pleiteia a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 (fls. 320/330 e 333/344).

Oferecidas contrarrazões (fls. 358/363), os autos foram remetidos a este Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls. 375/383).

Relatei.

Consta da denúncia, que, a partir de data incerta, até o dia 02 de maio de 2024, na cidade e Comarca de Vargem Grande Paulista, FERNANDO MENDES MATEOS e GUSTAVO TOZZO DA SILVA associaram-se, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de entorpecentes.

Consta, ainda, que, no dia 02 de maio de 2024, por volta das 14h15min, na Rua Ponta Negra, altura do numeral 703, e na Rua Caraguatatuba, nº 418, Parque do Agreste, na cidade e Comarca de Vargem Grande Paulista, FERNANDO MENDES MATEOS e GUSTAVO TOZZO DA SILVA, previamente conluiados e com identidade de propósitos, possuíam, transportavam e tinham em depósito, para fornecer e entregar ao consumo de terceiros, 1.874,4g (mil oitocentos e setenta e quatro gramas e quatro decigramas) de cocaína, 66,1g (sessenta e seis gramas e um decigrama) de *crack* e 2.574,4g (dois mil quinhentos e setenta e quatro gramas e quatro decigramas) de maconha, substâncias capazes de causar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A polícia civil iniciou investigação, por meio da qual descobriu que uma organização criminosa, liderada por dois indivíduos conhecidos como “Cacá” (alcunha “Japa”) e “Gui da Fábrica”, comandava o tráfico de entorpecentes nas regiões de Carapicuíba e Vargem Grande Paulista, sendo que os réus realizavam atividades em favor da organização.

Gustavo era o responsável pela venda de drogas em um ponto situado na Rua Ponta Negra, altura do numeral 703, ficando encarregado também pelo armazenamento, em sua residência, de significativa quantidade de substâncias ilícitas para posterior comercialização. Por sua vez, Fernando realizava o transporte de entorpecentes para os pontos de venda da região, valendo-se da motocicleta Honda, modelo CG160 START, placa FCF3B18.

Em posse de tais informações, os agentes policiais se dirigiram à Rua Ponta Negra e surpreenderam Fernando entregando diversas porções de drogas para que Gustavo efetuasse a venda no local. Em revista pessoal, foram encontrados, com Gustavo, 06 (seis) porções de maconha, 32 (trinta e dois) *eppendorfs* de cocaína, 15 (quinze) pedras de *crack* e R\$ 74,00 (setenta e quatro reais). Indagados, os réus admitiram a prática do tráfico de entorpecentes, tendo Gustavo confessado, ainda, que mantinha mais substâncias ilícitas em depósito em sua residência, tendo os agentes policiais se dirigido ao imóvel indicado, onde foram localizados 04 (quatro) tijolos de maconha, 3.386 (três mil trezentas e oitenta e seis) porções de cocaína, 400 (quatrocentas) porções de *crack*, caderno com anotações de contabilidade relacionada à mercancia ilícita e 03 (três) aparelhos celulares.

Pois bem.

A materialidade dos delitos está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 07/08), pelo boletim de ocorrência (fls. 22/26), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 29/30), pelo laudo de constatação preliminar (fls. 32/35), pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 122/124), pelos laudos periciais em aparelhos celulares (fls. 165/169, 170/173 e 174/178), bem como pela prova oral carreada aos autos.

A autoria é certa.

Perante a autoridade policial, os réus admitiram a prática delitiva. Fernando afirmou que *“abastece da biqueira (...), sendo que se vale de sua moto para abastecer o ponto de vendas na hora que os policiais chegaram e efetuaram a prisão do interrogando e de Gustavo, disse ainda que presenciou Gustavo sendo preso com as drogas e autorizando o ingresso na casa dele onde foram apreendidas outras drogas”* (fl. 11) e, Gustavo, que *“é responsável pelas drogas apreendidas, sendo que na data de hoje foi preso enquanto estava vendendo em sua biqueira, sendo que Fernando é a pessoa que busca as drogas na residência do interrogado e depois leva para o ponto de vendas quando as drogas vão acabando, disse que ao ser preso confessou que tinha mais drogas em sua casa e autorizou o ingresso em sua residência, onde foram apreendidas mais drogas e anotações do tráfico cuja letra presente no caderno e de seu próprio punho”* (fl. 12).

Em juízo, negaram o cometimento do crime. Fernando disse que foi surpreendido pelos agentes policiais enquanto estava conversando com o corréu. Gustavo, por sua vez, alegou que se dirigiu ao local para adquirir entorpecentes para uso próprio, sendo surpreendido pelos agentes policiais, que o prenderam e o obrigaram a assinar papéis na delegacia de polícia. São parentes seus que moram no imóvel no qual foram encontradas as drogas.

A versão exculpatória apresentada em juízo, contudo, não encontra respaldo nas provas produzidas no curso da instrução criminal, sob o crivo do contraditório.

Os agentes policiais Rodrigo Kalil di Santo e Luiz Fernando Cesar de Souza corroboraram os termos da denúncia, narrando que, durante monitoramento de atividades dos traficantes “Guilherme” e “Japa”, tomaram conhecimento de que Gustavo praticava a mercancia ilícita na região de Vargem Grande. Foram realizadas campanhas, em duas ou três ocasiões, e, no dia da abordagem, Fernando foi avistado abastecendo a biqueira na qual Gustavo procedia às vendas. Os acusados foram abordados e, em revista pessoal, foram encontradas drogas em posse de Gustavo. Indagados, os réus admitiram a prática delitiva, relatando que havia substâncias ilícitas guardadas na residência de Gustavo, local onde foi apreendida grande quantidade de entorpecentes e anotações relativas à mercancia espúria.

Cumprе ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à validade da prova testemunhal prestada por agentes públicos que tenham participado das diligências que culminaram na captura do investigado ou em sua prisão em flagrante. Isso porque não seria razoável afastar a validade de depoimentos prestados por funcionários públicos com fundamento tão-somente na respectiva condição funcional, já que eles também são submetidos ao crivo do contraditório, como qualquer outra testemunha.

Com efeito, suas declarações têm valor relevante e merecem total credibilidade, vez que são agentes do Estado no exercício de função pública, razão pela qual se presumem legítimos os relatos por eles ofertados, principalmente quando em conformidade com as demais provas colhidas nos autos. A propósito:

É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que agentes públicos, tais como policiais militares, civis e agentes penitenciários não são apenas pela função que ocupam suspeitos como testemunhas em processo criminal. Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante (TJSP – Apelação nº 0014391-63.2013.8.26.0176, 4ª Câmara Criminal, Rel. Camilo Léllis, j. 29.09.2015).

É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte (STJ - AgRg no Ag 158921/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.05.2011).

Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que os depoimentos não mereçam credibilidade. Não se vislumbra qualquer elemento das narrativas que não seja coerente com o restante do conjunto probatório, tampouco se afigura crível que os agentes incriminariam de forma gratuita e injustificada, pessoas a quem sequer conheciam antes do ocorrido.

Efetivamente, não é crível que os agentes policiais incriminariam os réus de forma gratuita, nada existindo nos autos que possa afastar a credibilidade de seus depoimentos.

Como se sabe, “*O depoimento dos policiais*”

constitui elemento hábil à comprovação delitiva, mormente na espécie dos autos, em que, como assentado no aresto a quo, inexistiu suspeita de imparcialidade dos agentes” (AgRg no REsp nº 1514101/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma do STJ, j. em 16.05.2017, DJe 24.05.2017).

Colocá-los sob suspeita pela condição funcional é argumento batido e preconceituoso. Bem por isso a versão oficial deve ser confrontada com as demais provas, como deve ser feito com qualquer outra fonte de informação, tudo para afastar o risco de que a acusação decorra de sentimentos menos elevados ou interesses outros que não o da contribuição para o julgamento justo.

No mais, não se desincumbiu a defesa do ônus de demonstrar tivessem os agentes policiais motivos quaisquer para imputar, falsa e levianamente, a autoria dos fatos aos Apelantes, cabendo a ressalva de que estão sujeitos às penas do artigo 339 do Código Penal. As testemunhas não foram contraditadas e nem tiveram a idoneidade contestada com base em argumentos sólidos ou confiáveis. Com efeito, os depoimentos foram confrontados com as demais provas colhidas e mostram-se em consonância ao conjunto probatório.

A testemunha Ellen Sthefany Gomes da Silva afirmou que mora no mesmo quintal do acusado Fernando, tendo presenciado quando os agentes policiais realizaram buscas na residência do réu, nada encontrando de ilícito. Quando da diligência, a moto do acusado estava estacionada na frente do imóvel deste.

Não há nos autos, assim, qualquer prova que corrobore a versão exculpatória dos acusados. Pelo contrário, os agentes policiais foram firmes e coerentes, entre si e com o mais das provas, ao reafirmarem os detalhes das apreensões e das prisões,

narrando que já haviam realizado campanhas anteriores por meio das quais descobriram que Gustavo era responsável pela mercancia ilícita na biqueira da Rua Ponta Negra e, na data dos fatos, avistaram Fernando levando os entorpecentes para venda, valendo-se de uma motocicleta, e entregando-os a Gustavo.

No mais, como bem ressaltou o MM. Juiz sentenciante, *“a versão dos réus é parcialmente conflitante. O réu Gustavo afirmou que foi ao local apenas para comprar maconha, no intervalo para o trabalho. O réu Fernando, por outro lado, afirmou que passou pelo local e Gustavo lá estava sentado no banco e com ele ficou conversando. Afirmou que foi na padaria, voltou e Gustavo continuava lá. A narrativa de Fernando conflita com o relato de Gustavo que foi rapidamente ao local, apenas para comprar drogas”*.

Tem-se, portanto, que os agentes públicos apreenderam relevante quantidade de drogas variadas, além de anotações sobre a mercancia espúria, a indicar com segurança que os acusados praticavam o narcotráfico.

Desta forma, a prova oral colhida, aliada aos demais elementos de convicção obtidos no curso do processo, é suficiente para comprovar a responsabilidade dos Apelantes pela prática dos crimes.

No mais, a versão apresentada por Gustavo, no sentido de que apenas havia adquirido entorpecentes para uso pessoal, não encontra respaldo nas provas amealhadas nos autos.

Para aferição se a droga se destina a consumo pessoal ou ao tráfico, deve-se verificar a quantidade de substância apreendida, o local, as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente, conforme dispõe o artigo 28, §2º, da Lei nº

11.343/06.

No presente caso, as circunstâncias da prisão em flagrante, tendo Fernando sido avistado entregando drogas para Gustavo vender, as observações feitas durante campanhas anteriores que revelaram que Gustavo era responsável pela mercancia ilícita no local dos fatos, a variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos, com alto poder viciante, individualizados e prontos para o comércio, somado ao fato de Gustavo ter condenação anterior pelo mesmo delito, demonstram, com a certeza necessária, a finalidade da mercancia e indicam que as drogas não seriam destinadas apenas ao consumo próprio.

Destaca-se que o tipo penal do tráfico prevê diversas condutas, bastando uma delas para consumação do crime. Quem traz consigo a droga, ou a mantém sob guarda ou em depósito, com intuito de distribuição a terceiros, como indicam as circunstâncias da apreensão no presente caso, já consumou a infração. Ou seja, para configuração do delito de tráfico de drogas, não seria necessária prova da efetiva mercancia. O simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Irrelevante, portanto, o fato de não ter sido localizada balança de precisão, estando suficientemente comprovado o fim delitivo, sendo certo que foi apreendido caderno contendo anotações sobre a venda espúria.

No mais, diversas circunstâncias dos autos permitem concluir, acima de dúvidas, pelo vínculo associativo perene entre eles.

Sabe-se que a associação pressupõe, ainda

que em grau mínimo, certa estabilidade, permanência e divisão de tarefas entre todos os agentes o que, definitivamente, restou demonstrado nos autos.

Com efeito, *“observe-se que o delito está a exigir, além de duas ou mais pessoas, que o vínculo associativo para a formação da quadrilha ou bando visando ao tráfico ilícito de entorpecentes seja estável e permanente. Observa Vicente Greco Filho que: 'não será toda a vez que ocorrer o concurso que ficará caracterizado o crime em tela. Haverá necessidade de um 'animus' associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira 'societas sceleris', em que a prática de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a co-autoria”* (GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes – Nova lei antidrogas comentada – Lei nº 11.343 – São Paulo – Quartier Latin, 2007, págs. 175/176).

Não é diverso, aliás, o entendimento desta Colenda 4ª Câmara:

Associação para o tráfico (art. 35 da Lei de Drogas). Associação para o tráfico caracterizada, integralmente. Farto acervo investigativo, com interceptações telefônicas. Menção a envolvimento dos acusados em rede de traficância relacionada a organização criminosa. Flagrante inquestionável. Posse, acondicionamento e distribuição de drogas que revelam associação para o tráfico. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Civis e Militares. Versões exculpatórias inverossímeis. Associação inegável. Responsabilização inevitável. Apenamento criterioso. Penas inalteradas. Substituição da corporal obstada. Regime fechado único possível.

Apelos improvidos (Apelação Criminal
0002837-10.2016.8.26.0441, Rel. Desembargador Luis
Soares de Mello, DJ 08/10/2019).

De fato, verifica-se que, pelas investigações, concluíram os agentes policiais que o acusado Gustavo era responsável pela guarda e venda das drogas, o que comprova seu envolvimento com o narcotráfico organizado.

Seu vínculo com Fernando é inconteste, eis que os agentes policiais visualizaram, em campana, este entregando as substâncias ilícitas para Gustavo na biqueira, a fim de possibilitar que este procedesse à mercancia espúria.

Como bem apontou o douto Magistrado:

Os agentes da polícia civil chegaram aos réus a partir de investigação de outro caso, em que se investiga traficantes de maior estatura, por meio da qual se descobriu que os traficantes de Carapicuíba forneciam as drogas para os acusados. Essa constatação já indica integração dos réus com outros criminosos estável e permanente.(...)

Além disso, há o vínculo associativo entre os próprios acusados. Os réus confessaram em sede inquisitorial a prática conjunta da traficância, inclusive com divisão de tarefas (fls. 11 e 12). A dinâmica fática narrada pelos policiais confirma essa divisão de tarefas, já que o acusado Fernando chegou de moto para entregar as substâncias para o acusado Gustavo, que estava no ponto de drogas.

Assim, a venda de drogas e a utilização de imóvel por Gustavo para guarda dos entorpecentes, bem como o fato de Fernando ter sido visto levando ao corréu as substâncias ilícitas para entrega a terceiros, tornam inconteste o vínculo entre os réus. A

quantidade e variedade de drogas indica que a atividade tinha vistas à permanência, à prática continuada da venda espúria. E as diligências anteriores efetuadas pelos agentes policiais apontam para o fato de que a atividade já se desenvolvia há certo tempo. Desse modo, o vínculo associativo entre os réus se mostrou com intenção de permanência, tudo a comprovar a ocorrência, também, do delito de associação para o tráfico.

A dedicação ao narcotráfico e o vínculo associativo, assim, restam muito bem demonstrados. As versões exculpatórias carecem de indícios que as corroborem e são frontalmente contrárias à profícua prova oral e pericial constante nos autos, que evidencia a apreensão de drogas em quantidade e diversidade relevantes em poder dos réus.

Destarte, considerando-se o extenso conjunto fático-probatório, e que os Apelantes não trouxeram aos autos elemento de prova hábil a comprovar suas versões dos fatos, as quais restaram completamente isoladas, resta evidente que suas exculpatórias, fundamentadas na negativa de autoria, conquanto constituam legítima manifestação de autodefesa, revelam mera tentativa de livrarem-se da condenação pelos crimes lhes são imputados.

Assim, a condenação dos acusados era mesmo medida de rigor.

Passo ao exame da dosimetria.

Com fundamento no artigo 59 do Código Penal, as penas-base de Gustavo foram fixadas 1/8 (um oitavo) acima do mínimo legal, perfazendo 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 563 (quinhentos e sessenta

e três) dias-multa, para o crime de tráfico, e 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 338 (trezentos e trinta e oito) dias-multa, para o delito de associação para o tráfico, em razão dos maus antecedentes (processos nº 0003757-97.2011.8.26.0654- fls. 207/208 – e 0003854-34.2010.8.26.0654 – fls. 208).

É cediço que na primeira fase de aplicação da sanção, é concedida ao magistrado ampla discricionariedade, desde que obedecidos os limites mínimo e máximo para a fixação da pena base, como ocorreu no presente caso.

Assim, adequada a exasperação da pena acima do mínimo legal.

Quanto a Fernando, as penas-base partiram do mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, para o crime de tráfico, e 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, para o delito de associação para o tráfico.

Observo que houve erro material no cálculo das reprimendas corpóreas e das penas de multa do crime de associação para o tráfico, que erroneamente partiram de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa. Contudo, ausente inconformismo ministerial, mantêm-se os montantes fixados, a fim de não incorrer em *reformatio in pejus*.

Na segunda fase, a agravante da reincidência específica (processo nº 0001563-56.2013.8.26.0654 – fl. 207) foi compensada com a atenuante da confissão espontânea em relação ao Apelante Gustavo, mantendo-se inalteradas as sanções.

Para Fernando, a atenuante da confissão espontânea não tem o condão de reduzir a reprimenda aquém do

mínimo, nos termos da Súmula 231 do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Na derradeira etapa, ausentes causas de aumento e de diminuição, as penas se tornaram definitivas.

A condenação concomitante pelo crime de associação para o tráfico já seria suficiente para afastar o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, eis que o dispositivo proíbe expressamente sua aplicação ao apenado que integre organização criminosa. Mas há mais: a elevada quantidade de drogas e a variedade de suas naturezas, tudo indica dedicação assídua à prática delitiva e envolvimento com a criminalidade organizada.

O quadro, de fato, demonstra a absoluta incompatibilidade dos perfis dos Apelantes com o do traficante neófito e eventual que caracteriza a figura privilegiada do delito em comento. O afastamento do redutor, assim, era mesmo medida de rigor.

Cometidos os delitos em concurso material, porque diversos em seus modos de execução momentos de consumação e objetivos, as penas devem ser somadas, perfazendo: 07 (sete) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 901 (novecentos e um) dias-multa, para Gustavo, e 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, para Fernando.

O valor dos dias-multa foi fixado no mínimo legal, medida que não comporta reparo.

O regime inicial fechado é o único possível para o caso em análise, diante da quantidade e natureza das substâncias apreendidas (1.874,4g de cocaína, 66,1g de *crack* e 2.574,4g de maconha) e da gravidade em concreto do delito

praticado, sendo de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso país, o qual vem assumindo proporções sem precedentes, merecendo a conduta dos réus maior repressão por parte do Estado.

Nesse sentido é o posicionamento dessa colenda Câmara:

Lei de Tóxicos (nº 11.343/06). Tráfico. Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Acondicionamento e quantidade da droga que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Versão exculpatória inverossímil. Desclassificação para porte de entorpecentes para uso próprio. Impossibilidade. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento impassível de abrandamento. Fixação da pena-base no mínimo legal, diante da aplicação dos critérios explicitados em determinação do C. S.T.J. Inaplicabilidade do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Regime inicial fechado único possível. Inviabilidade de substituição da corporal por penas alternativas. Apelo improvido (Apelação nº 0022448-60.2013.8.26.0050, Relator Desembargador Luis Soares de Mello, j. 29/01/2019).

Dessa forma, o regime semiaberto foi fixado na origem de forma benéfica para o réu Fernando, não havendo que se falar em aplicação de regime inicial mais brando.

Ainda, para Gustavo, necessário se considerar os maus antecedentes e a reincidência específica, a demonstrar que o Apelante não se emenda, e continua a cometer crimes, fazendo da prática delituosa seu meio de vida, fator que exige resposta enérgica, e com a qual não é compatível solução mais branda.

No mais, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a quantidade de pena imposta, por expressa vedação legal, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Por fim, quanto ao pleito de reconhecimento do direito de recorrer em liberdade, seria um tanto quanto incoerente conceder ao réu Gustavo Tozzo da Silva o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ainda mais quando inalterados os motivos propulsores de sua prisão cautelar.

Ademais, verifica-se a necessidade da segregação cautelar do Apelante para a garantia da ordem pública, considerando a gravidade do delito praticado, expondo a sociedade ao risco concreto.

Nesse mesmo sentido, já se posicionou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. Em casos em que o réu permaneceu preso durante a instrução criminal, a exigência de fundamentação exaustiva e a possibilidade de recorrer em liberdade, de acordo com a jurisprudência pátria, devem ser avaliadas com prudência.

Considerando que, na espécie, os elementos apontados no decreto construtivo foram suficientes para manter a medida excepcional em momento processual em que existia somente juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, com a prolação do édito condenatório, precedido de amplo contraditório, no qual as provas foram analisadas por órgão judiciário imparcial, é de todo incoerente reconhecer ao condenado o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado do processo quando inalterados os motivos ensejadores da medida. Assim, é incompatível com a realidade processual manter o réu preso durante a instrução e, após a sua condenação, preservado o quadro fático processual decorrente da custódia cautelar, assegurar-lhe a liberdade. Precedentes (...). (STJ, HC 289217/SP, 5ª Turma, Min. Marco Aurélio Bellizze, jg. 13/05/2014, DJe 21/05/2014).

Isto posto, pelo meu voto, **nega-se provimento** aos recursos interpostos, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ROBERTO PORTO
Relator