



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Registro: 2025.0000287329

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500954-57.2021.8.26.0544, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ROBSON ALLAN SANTOS FAGUNDES ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso ministerial a fim de condenar o apelado como incurso nas penas do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal; substituir a reprimenda corporal por duas penas alternativas; e estabelecer o regime inicial aberto, na hipótese de descumprimento da benesse. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente) E ANTONIO B. MORELLO.

São Paulo, 26 de março de 2025.

NELSON FONSECA JÚNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Apelação Criminal nº 1500954-57.2021.8.26.0544

Juízo de origem: Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha - SP

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Robson Allan Santos Fagundes Almeida

Magistrada: Gabriela da Conceição Rodrigues

Voto nº 21.485

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público da sentença que absolveu o réu Robson Allan Santos Fagundes Almeida da acusação de tráfico de drogas, com base no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. O réu foi denunciado por guardar e manter em depósito substâncias entorpecentes, sem autorização legal, para fins de tráfico.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se a apreensão de drogas realizada por guardas municipais é válida e se há provas suficientes para a condenação do réu por tráfico de drogas.

III. Razões de decidir

3. A materialidade do delito foi comprovada por boletim de ocorrência, apreensão, laudo de constatação e exame químico-toxicológico que confirmaram a presença de cocaína.

4. A autoria foi corroborada por depoimentos de guardas municipais que relataram a apreensão das drogas na residência do réu, após indicação do corréu Ângelo. A atuação dos guardas foi considerada legítima, conforme precedentes do STJ e STF, que permitem a prisão em flagrante por qualquer do povo, incluindo guardas municipais.

IV. Dispositivo e tese

5. Recurso parcialmente provido para condenar o réu nas penas do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixação do regime inicial aberto.

6. Tese de julgamento: "1. A apreensão de drogas por guardas municipais é válida e não constitui prova ilícita. 2. A condenação por tráfico de drogas pode ser fundamentada em depoimentos de agentes públicos, desde que corroborados por outras provas."

Legislação citada: Código de Processo Penal, art. 301. Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º. Constituição Federal, art. 144, § 8º.

Jurisprudência citada: STJ, HC 286546/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 22/09/2015. STF, HC 125.188/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016.

Cuida-se de recurso de apelação da sentença de fls. 412/427,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação penal e absolveu o réu **Robson Allan Santos Fagundes Almeida** da imputação que lhe foi intentada (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público apela buscando a condenação do acusado, nos termos da denúncia, que entendeu provada, acrescentando que a pena deve ser aplicada acima do mínimo legal, com imposição do regime inicial fechado (fls. 437/446).

O recurso foi recebido (fl. 435) e regularmente contrariado (fls. 451/474).

A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso (fls. 488/493).

É o relatório.

O recurso procede em parte.

O apelado **Robson Allan Santos Fagundes Almeida** foi denunciado porque, no dia 15 de abril de 2021, por volta de 03h20, nas imediações da Rua Poá nº 133, no Jardim Santa Filomena, na cidade e Comarca de Franco da Rocha/SP, juntamente com Ângelo dos Santos Bento Medeiros, trazia consigo, para fins de tráfico e entrega ao consumo de terceiros, 49,11 gramas de cocaína, acondicionados em 150 (cento e cinquenta) tubos plásticos, e 14,9 gramas de *crack*, fracionados em 54 (cinquenta e quatro) unidades, enquanto o apelado **Robson** guardava e tinha em depósito na sua residência, para fins de tráfico e entrega ao consumo de terceiros, 55,2 gramas de cocaína, acondicionados em 166 (cento e sessenta e seis) tubos plásticos e 6,9 gramas de *crack*, fracionados em 46 (quarenta e seis) unidades, substâncias estas

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

entorpecentes, causadoras de dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Foi julgada extinta a punibilidade do corréu Ângelo, pela prescrição virtual (cf. fls. 304/308), decisão esta que transitou em julgado para o Ministério Público em **29/01/2024** (cf. certidão de fl. 314).

E, respeitada a compreensão diversa da Magistrada sentenciante, entendo que o delito de tráfico de drogas ficou devidamente comprovado em relação ao recorrido.

De fato, a materialidade do delito está consolidada pelo boletim de ocorrência de fls. 02/05, apreensão descrita a fls. 15/16 e 20, laudo de constatação de fls. 27/33, além do exame químico-toxicológico de fls. 296/298, que forneceu resultado positivo para cocaína.

A autoria é igualmente incontroversa.

Na delegacia, o apelado negou a prática do delito, dizendo que não sabe o motivo pelo qual as drogas foram encontradas na sua residência e que possui amizade com Ângelo; todavia, não sabe o motivo pelo qual ele teria falado que havia drogas na sua casa (cf. fl. 09).

Em juízo, preferiu manter-se silente (cf. audiovisual a fl. 364).

Sucede, no entanto, que a versão extrajudicial apresentada pelo réu, além de inconsistente, não está em consonância com as demais provas dos autos.

Realmente, os guardas municipais Paulo Libanio Junior e Lindomar Rodrigues Cardoso de Oliveira, na esteira de seus relatos prestados na

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

delegacia, informaram em juízo que, durante patrulhamento rotineiro, avistaram o corréu Ângelo caminhando com uma sacola na mão. Relataram que, diante da aproximação da viatura oficial, ele jogou a sacola atrás de um automóvel estacionado na via pública. Por isso, foi abordado e questionado, ocasião em que admitiu a traficância e indicou a residência na qual havia buscado aquelas drogas, que seriam para comercialização. Narraram que, no local indicado por Ângelo, o réu **Robson** os atendeu e franqueou a entrada. Em seguida, ele mesmo indicou a localização dos entorpecentes, que estavam em um guarda-roupas, sendo apreendidos, ainda, um caderno com anotações contábeis e dinheiro (cf. fls. 06/08 e audiovisual a fl. 364).

Diante de tais testemunhos, não se verifica qualquer indício de desvio na conduta dos guardas municipais, a sinalizar que tenham agido fora de suas atribuições legais, tampouco há qualquer contradição em seus relatos capaz de lhes retirar a credibilidade.

Na sentença, a Magistrada *a quo* entendeu que a atuação dos agentes públicos envolvidos na diligência extrapolou os limites das atribuições constitucionalmente previstas para a atuação da guarda civil metropolitana, violando, ainda, o direito de propriedade do réu, e, assim, considerou nula a apreensão das drogas e absolveu o apelado, por não haver provas da existência do fato.

Todavia, o entendimento de que a prova é ilegal, porquanto as drogas foram apreendidas por guardas civis municipais, não se sustenta.

Importa consignar que a prisão realizada por guardas municipais e, no caso, a apreensão das drogas, são legítimas, uma vez que, se a qualquer do povo é permitido prender alguém em situação de flagrante delito, conforme preceitua o artigo 301 do Código de Processo Penal, não seria razoável falar-se em proibição ao guarda municipal de agir dessa maneira, ao argumento

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

de que excederam suas atribuições.

Nesse sentido, a propósito, vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça: **"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO. (...)** 2. 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 (Precedente). 5. Habeas corpus não conhecido" (HC 286546/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 22/09/2015, Dje de 15/10/2015).

E mais: **"PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. ART. 301 DO CPP. ORDEM DENEGADA.** 1. A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, § 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. 2. Se a qualquer do povo é permitido prender quem quer

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

que esteja em flagrante delito, não há falar em proibição ao guarda municipal de proceder à prisão. 3. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não tem o condão de inquirar de nulidade a ação penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, restando, portanto, legítima a sentença condenatória. 4. Ordem denegada" (HC nº 129932/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 15/12/2009).

Além do mais, os guardas civis municipais, como se viu acima, explicaram que realizavam patrulhamento pela via pública, quando abordaram o corréu Ângelo, que portava considerável quantidade de drogas, e indicou a casa do apelado **Robson** como sendo o local onde as havia adquirido e, como resultado das diligências, apreenderam mais porções de entorpecentes na residência.

Assim, observa-se que os guardas não saíram em diligência, realizando policiamento ostensivo, extrapolando suas funções institucionais, mas, após informação obtida do corréu Ângelo, dirigiram-se a local onde ocorria outra prática delitiva e realizaram a abordagem do réu **Robson**, que foi surpreendido na posse de 166 (cento e sessenta e seis) porções de cocaína e 46 (quarenta e seis) de *crack*.

Verifica-se, portanto, que o réu já se encontrava na posse das porções de drogas apreendidas, ou seja, o ilícito já havia se configurado, posto que o tráfico é crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo por deliberação exclusiva de seu agente ativo; logo, caracterizada a situação de flagrância, inexistente impedimento para ingresso em domicílio.

Assim, não há que se falar em nulidade do ingresso dos agentes públicos na residência, pois constatada a prática do crime e configurado o flagrante, com a apreensão das drogas referidas na denúncia, a expedição de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

mandado de busca e apreensão tornava-se, no caso, prescindível.

Nesse sentido, confira-se o Tema 280 do STF, que fixou a seguinte tese: **"A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados"**.

Logo, nenhuma ilicitude ou irregularidade existiu na prisão do apelado, ou mesmo na apreensão das drogas, efetuadas por guardas municipais.

Já o auto de fl. 15/16 dá conta que 162 (cento e sessenta e duas) porções de cocaína e 54 (cinquenta e quatro) de *crack*, em poder de Ângelo, e 172 (cento e setenta e duas) porções de cocaína e 46 (quarenta e seis) de *crack*, em poder de **Robson**, efetivamente foram apreendidos naquele dia, tal como relatado pelos guardas municipais em juízo.

Percebe-se, assim, que a prova dos autos apurou, de maneira segura, que o apelado guardava e mantinha em depósito parte das drogas apreendidas, quando foi surpreendido e preso em flagrante pelos guardas municipais.

A quantidade e a forma como os entorpecentes estavam acondicionados - 55,2 gramas de cocaína, acondicionados em 166 (cento e sessenta e seis) tubos plásticos e 6,9 gramas de *crack*, fracionados em 46 (quarenta e seis) unidades – pesos líquidos, segundo laudo de fls. 27/33 -, aliadas às circunstâncias da apreensão e à prova oral, não deixam margem a dúvidas acerca da sua destinação mercantil.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Nem se diga, de outra parte, que os depoimentos dos guardas municipais ouvidos em juízo são suspeitos ou indignos de credibilidade, eis que eles não teriam motivos para fazer uma acusação forjada ou mendaz contra o apelado, que não conheciam.

Demais disso, o fato de serem agentes públicos, só por só, igualmente não invalida os seus testemunhos, porquanto eles não estão impedidos de depor e se sujeitam a compromisso como outra testemunha qualquer.

Aliás, o depoimento vale não pela condição do depoente, mas pelo seu conteúdo de verdade. Sendo assim, estando em harmonia com as demais provas dos autos, como no caso em apreço, não há motivo para desprezá-lo apenas por se tratar de guarda municipal.

Por outro enfoque, importa consignar que o delito de tráfico de drogas se consuma com a prática de uma das condutas identificadas no núcleo do tipo, todas de natureza permanente, sendo desnecessária a mercancia da droga em si para sua caracterização.

Em suma, a procedência da acusação pelo tráfico é de rigor.

Com essa conclusão, passa-se à individualização da pena.

Atento às circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput*, do Código Penal, tendo em conta que a quantidade de drogas apreendidas não é elevada o suficiente para afastar a aplicação da pena mínima. Além disso, a quantidade e natureza das drogas apreendidas serão objeto de análise na terceira etapa, a teor do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, evitando-se a ocorrência de *bis in idem*. Assim, fixo a base do apelado no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no patamar raso;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

sem alterações na segunda etapa, ante a ausência de agravantes e/ou atenuantes a serem consideradas, já que a agravante suscitada pela acusação (cf. artigo 61, inciso II, alínea "j", do Código Penal – prática do crime durante período de calamidade pública causada pelo coronavírus), no caso concreto, não se aplica, pois não evidenciado que o réu se beneficiava da referida circunstância, até porque estava no interior da sua residência quando foi preso em flagrante.

Na derradeira etapa, tendo em vista que o réu é primário, contra o qual não há prova nos autos que indique, de maneira indubitosa, que ele se dedicasse a atividades criminosas e tampouco integrasse organização dessa natureza, entendo cabível, no caso, a aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, na fração intermediária de 1/2 (metade), levando em consideração, agora, a quantidade e, principalmente, a nocividade das drogas em questão (cocaína e *crack*), ambas de alto poder alucinógeno e viciante, resultando numa pena final para ele de **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal**, à falta de outras modificadoras.

Considerando, também, a Resolução nº 5 do Senado Federal, publicada em 15/02/2012, que suspendeu a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, e presentes os demais requisitos legais (cf. artigo 44 do Código Penal), esta 10ª Câmara de Direito Criminal, em conformidade com o posicionamento já consolidado no STF, tem entendido, contudo, em casos como o aqui tratado, que é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (cf. Apelação nº 0010101-07.2011.8.26.0198, Rel. Des. Carlos Bueno, j. em 19/07/2012; Apelação nº 0011434-21.2011.8.26.0286, Rel. Des. Carlos Bueno, j. em 19/07/2012; Apelação nº 0010025-83.2010.8.26.0176, Rel. Des. Nuevo Campos, j. em 02/08/2012), motivo pelo qual, substituo a pena corporal do acusado por penas restritivas de direitos, consistentes em prestação

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser indicada em sede de execução, dado o seu forte caráter pedagógico, e limitação de fim de semana, ambas pelo prazo da pena carcerária aplicada.

Confira-se, a respeito do tema, o julgado do Supremo Tribunal Federal: ***"PENA - TRÁFICO DE DROGAS - SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS - INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. A vedação à substituição da reprimenda privativa de liberdade pela restritiva de direitos, prevista na Lei de Tóxicos, foi declarada inconstitucional, ante o princípio da individualização da pena - habeas corpus nº 97.256, relator o ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 1º de setembro de 2010 pelo Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de dezembro imediato. PENA - EXECUÇÃO - REGIME DE CUMPRIMENTO. Não se tratando de réu reincidente, ficando a reprimenda no patamar de 4 anos e sendo as circunstâncias judiciais positivas, cumpre observar o regime aberto e apreciar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos - artigos 33 e 44 do Código Penal"*** (HC 125.188/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016).

E mais: ***"Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Condenação. 3. Decisão do STJ que se limitou a determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem sem adentrar o mérito. Supressão de instância. Superação. 4. Regime inicial fechado. Deficiência de fundamentação. Constrangimento ilegal configurado. 5. A jurisprudência do STF consolidou entendimento de que a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 6. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Possibilidade. Preenchimento dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto de início do cumprimento da pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo juízo das execuções criminais" (HC 133.617/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016).

O regime prisional também não deve ser o mais gravoso, já que a nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, pela Lei nº 11.464/07, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial fechado nos casos de condenação pelo delito do artigo 33 da Lei Antidrogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27/06/2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

Além disso, a teor da Súmula Vinculante 59, estabeleço o regime **aberto**, no caso de não cumprimento da benesse.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ministerial a fim de condenar o apelado como incurso nas penas do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal**; substituir a reprimenda corporal por duas penas alternativas, na forma acima delineada; e estabelecer o regime inicial **aberto**, na hipótese de descumprimento da benesse.

NELSON FONSECA JÚNIOR
Relator