



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000319469

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501698-25.2024.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes MARCOS AURELIO DE OLIVEIRA BESSA e MATEUS DA COSTA BRITO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a matéria preliminar, negaram provimento ao recurso do réu Mateus da Costa Brito e deram parcial provimento ao recurso do réu Marcos Aurelio de Oliveira Bessa (nome social Manuely Raissa de Oliveira Bessa) para substituir a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser definida pelo juízo das execuções penais e pelo pagamento de 10 (dez) dias-multa, em seu valor unitário mínimo legal, mantida, no mais, a r. sentença monocrática. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E GRASSI NETO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

SÉRGIO COELHO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 60988

APELAÇÃO Nº 1501698-25.2024.8.26.0616 – PD

COMARCA: MOGI DAS CRUZES - 2ª VARA CRIMINAL

APELANTES: MARCOS AURELIO DE OLIVEIRA BESSA e MATEUS DA COSTA BRITO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelação. Tráfico de drogas. Preliminar de ilegalidade da prova, por usurpação das atribuições da Guarda Municipal. Rejeição. Recursos defensivos buscando a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração máxima e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (em relação ao réu Marcos); a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (em relação ao corréu Mateus) e, em relação a ambos os acusados, o abrandamento do regime prisional. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação dos réus nos moldes em que proferida. Penas e regimes prisionais mantidos. Substituição da pena carcerária por uma restritiva de direitos e multa, nos termos da Súmula vinculante nº 59 do STF, no que diz respeito ao réu Marcos. Rejeição da matéria preliminar e, no mérito, recurso do réu Mateus improvido e apelo do réu Marcos parcialmente provido.

Pela r. sentença de fls. 357/366, cujo relatório fica adotado, **Marcos Aurelio de Oliveira Bessa** (nome social **Manuely Raissa de Oliveira Bessa**) foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no unitário mínimo, e **Mateus da Costa Brito** foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no unitário mínimo, ambos como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformada, apela a Defensoria Pública sustentando,

preliminarmente, a nulidade da prova porque obtida mediante usurpação das atribuições da Guarda Municipal. No mérito, postula a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, em relação à acusada Manuely, postula a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração máxima e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; em relação ao corréu Mateus, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e, em relação a ambos os acusados, o abrandamento do regime prisional (fls. 416/440).

Os recursos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 443/450), manifestando-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos defensivos (fls. 461/470).

Este é o relatório.

Inicialmente, convém registrar que o processo teve andamento regular e aos réus foi assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como respeitado o devido processo legal.

Dito isso, anoto que não procede a alegação de que houve usurpação das atribuições da Guarda Municipal.

Com efeito, nos moldes do art. 244, do CPP, havia fundada suspeita de que os acusados Marcos (Manuely) e Mateus estavam envolvidos na prática de crime, já que os guardas municipais foram uníssonos em afirmar que foram acionados pelo COI, que constatou movimentação típica do tráfico de drogas, captada por meio das câmeras de monitoramento da cidade, por meio das quais visualizaram os acusados se revezando nas funções de receber

dinheiro dos usuários e a eles entregar as drogas, bem como foram vistos entregando dinheiro a terceiro indivíduo que também estava no local dos fatos, mas não foi identificado pelas imagens, sem falar que, no momento em que abordaram os réus, encontraram em poder de Marcos (Manuely) alguns invólucros de “crack” e certa quantia em dinheiro e, na posse de Mateus, apreenderam um aparelho celular.

Note-se, assim, que estava perfeitamente configurada a situação flagrancial (art. 302, I, do CPP), uma vez que os crimes relacionados a drogas são permanentes, ou seja, exaurem-se com o simples ato de portar, trazer consigo, guardar, possuir, etc., a substância entorpecente que cause dependência física ou psíquica, de modo que seria até mesmo despicienda a efetiva comercialização do entorpecente para que se caracterizasse o crime do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Logo, no caso dos autos, é certo que os réus se encontravam em flagrante delito desde o momento em que passaram a trazer consigo os entorpecentes, o que autorizava suas prisões em flagrante por qualquer do povo (art. 301, CPP).

Ora, se é possível que qualquer do povo pode conduzir alguém até uma Delegacia, quando em flagrante delito, com maior razão assim também podem agir os guardas municipais. Aliás, como já reconheceu o C. Superior Tribunal de Justiça, embora a guarda municipal, a teor do disposto no § 8º, do art. 144, da Constituição Federal, tenha como tarefa precípua a proteção do patrimônio municipal, tal limitação *“não exclui nem retira de seus integrantes a condição de agentes da autoridade, legitimados, dentro do princípio de auto defesa da sociedade, a fazer cessar eventual prática criminosa, prendendo quem se encontra em flagrante delito, como de resto facultado a qualquer do*

povo pela norma do art. 301 do Código de Processo Penal. Nestas circunstâncias, se a lei autoriza a prisão em flagrante, evidentemente que faculta – também – a apreensão de coisas, objeto do crime” (STJ, 6ª Turma, RHC 7916/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves - DJU de 09/11/98, pág. 175 ou JSTJ, 115/302).

E, ainda: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. LEGALIDADE. CUSTÓDIA PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 2. Não há falar em ilegalidade na prisão em flagrante realizada por guardas civis municipais, consoante disposto no art. 301 do CPP, segundo o qual "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". [...] (HC 402.793/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017). AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE PELA GUARDA MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. ART. 301 DO CPP. BUSCA PESSOAL EFETUADA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FUNDADA SUSPEITA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRADO IMPROVIDO. [...] 2. **Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, inexiste óbice à realização da prisão em flagrante por guardas municipais, por força do disposto contido no art. 301 do Código de Processo Penal, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela.** 3. A teor do art. 244 do CPP, a busca pessoal justifica-se quando existente fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Na espécie, a busca policial se deu de forma legal, tendo em vista a existência de fundada

suspeita de que o paciente estaria transportando droga em seu veículo. No caso, ao receberem a notícia de que o paciente fazia o transporte de drogas em seu veículo, os guardas municipais primeiro identificaram o referido automóvel e fizeram sinal de parada, o réu se negou a parar e tentou fugir, gerando a suspeita da prática de crime, o que justificou a abordagem. Na sequência, ao finalmente parar o carro, o réu saiu dizendo "ladrão", "perdi". Além disso, o veículo possuía cheiro de entorpecente. Tudo isso, motivou a busca veicular, a apreensão do entorpecente e a prisão em flagrante. 4. Agravo Regimental improvido. (AgRg no HC 635.303/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021). "...conforme jurisprudência consolidada desta Corte Superior, não há falar em ilegalidade na prisão em flagrante realizada por guardas municipais. Consoante disposto no art. 301 do CPP, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (AgRg no HC n. 748.019/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022)". (AgRg no HC 776.743/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023). No mesmo sentido, ainda, mais recentemente: HC 769673/SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, julgado em 21/11/2023

Ademais, o Pretório Excelso já deixou assentado que ***"A guarda municipal pode, e deve, prender quem se encontre em situação de flagrante delito, nos termos do art. 301 do CPP. Precedentes"*** (RE 1281774 AgR-ED-AgR, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 13/06/2022, Processo Eletrônico DJe-170 Divulg. 25-08-2022 Public. 26-08-2022).

Não bastasse, para espancar qualquer dúvida, importa lembrar que o C. Supremo Tribunal Federal, com sua autoridade máxima, confirmou, com o julgamento da ADPF 995, o entendimento de que as Guardas Municipais integram, efetivamente, o sistema de segurança pública, de modo que a sua atuação na prevenção e repressão da prática de crimes não pode ser tida por ilícita, mas, em verdade, apenas reflete o exercício do seu dever funcional em prol da tutela de um bem maior, a segurança coletiva.

De fato, assim constou da ementa do referido julgado, que, vale lembrar, tem eficácia erga omnes e deve ser observado por todas as Instâncias, por se tratar de controle concentrado de constitucionalidade: 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 N° 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, Cíveis 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 aos 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, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 09/10/2023, g.n.).

Em verdade, o C. Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem reconhecido a validade de buscas realizadas por guardas municipais e, ainda recentemente, em 22/04/2024, o E. Min. Flávio Dino, Relator da Reclamação 62.455/SP, julgada procedente pelo Pretório Excelso, cassou o acórdão impugnado e restaurou os efeitos proferidos pelo Tribunal de Justiça em sede de apelação, deixando expresso em seu voto que a atuação da Guarda Municipal “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”, reconhecendo, por via de consequência, “a licitude das provas obtidas mediante busca pessoal realizada pela guarda municipal, bem como das provas derivadas”.(g.n.)

Se tudo o que foi dito não bastasse, há também a se considerar a tese do julgamento realizado pelo Pleno da Corte Suprema, em 20/02/2025, no RE 608.588 (Tema 658 da Repercussão Geral):

“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”.

Assim, perfeitamente lícita a abordagem realizada pelos guardas municipais no caso em análise, lastreada em fundadas suspeitas de que os acusados estavam envolvidos em delito de caráter permanente e em situação flagrancial, conforme efetivamente constatado. Logo, não há falar em desvirtuamento da função da Guarda Municipal.

De fato, pelo que se tem nos autos, descabe falar em ilegalidade manifesta na ação dos guardas municipais, já que as razões para a abordagem e prisão em flagrante foram devidamente justificadas e, inclusive, poderiam ter sido efetuadas por qualquer do povo.

Ora, havendo fundada suspeita e encontrando-se os réus em situação de flagrância, outra não poderia ser a conduta dos guardas civis municipais, a não ser conduzirem-nos à presença da Autoridade Policial, como determina a lei.

Exigir que guardas municipais permaneçam inertes diante da suspeita de que um crime esteja ocorrendo, ou esteja na iminência de ocorrer, fere a lógica e soa simplesmente absurdo.

Rejeito, assim, a prejudicial arguida.

No mérito, não obstante o dedicado esforço da combativa Defesa, a r. sentença apelada examinou corretamente as provas e decidiu acertadamente ao reconhecer a responsabilidade dos réus pelo crime de tráfico de drogas descrito na peça acusatória.

Com efeito, ficou seguramente comprovado que no dia 09 de agosto de 2024, por volta das 14h50min, na Praça Diego Chavedar nº 01, Centro, na cidade e comarca de Mogi das Cruzes, Marcos Aurelio de Oliveira Bessa (nome social Manuely Raissa de Oliveira Bessa) e Mateus da Costa Brito, agindo em concurso e com unidade de desígnios, traziam consigo, para fins de tráfico, 15 (quinze) porções de “crack”, sem autorização ou em desacordo com determinação legal e/ou regulamentar.

Segundo restou apurado, guardas municipais foram acionados pelo COI (Centro de Operações Integradas), em razão da ocorrência da prática de tráfico de drogas, o que foi captado por meio de câmeras de monitoramento.

No local, os guardas civis observaram Marcos Aurelio (Manuely) e Mateus se revezando nas funções de receber valores dos usuários e a eles entregar as drogas. Após a realização de diversas vendas, os agentes públicos visualizaram Marcos Aurelio (Manuely) levando o dinheiro recebido dos usuários a terceiro indivíduo não identificado.

Os guardas civis resolveram abordar os acusados, ocasião em que localizaram, em poder de Marcos Aurelio (Manuely), uma bolsa

de mão pequena, dentro da qual havia 09 porções de “crack” e a quantia de R\$63,25, proveniente da comercialização espúria. Posteriormente, foram localizadas mais 06 porções de “crack” na blusa de Manuely, totalizando 15 porções de “crack”. Em poder de Mateus, foi localizado um aparelho celular (denúncia de fls. 118/119).

Assim resumidos os fatos, importa assinalar que, em pretório, os réus negaram a prática criminosa (mídia).

O acusado Marcos Aurelio (Manuely) disse que as drogas eram para seu próprio consumo, narrando que estava no local para fazer uso de drogas, quando os guardas municipais o abordaram e apreenderam 06 “pedras de crack” que trazia consigo, além do dinheiro que recebera do auxílio.

O acusado Mateus disse ser usuário de drogas e que, em seu poder, nada de ilícito foi localizado.

Consigne-se que o fato de os réus fazerem uso de drogas, como afirmaram em seus interrogatórios, não afasta a condição de traficantes, à medida que, frequentemente, os usuários também passam a atuar na rede do tráfico, justamente para obter dinheiro e garantir o vício e o próprio sustento, acrescentando-se, por oportuno, que uma conduta não exclui a outra.

A prova amealhada nos autos, todavia, é francamente desfavorável aos apelantes e não deixa dúvida quanto à traficância por eles exercida.

De fato, os informes prestados pelos guardas civis que

efetuaram a prisão em flagrante dos acusados e a apreensão dos entorpecentes, acrescidos do auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), laudo de constatação (fls. 11/13 e 175/177), auto de exibição e apreensão (fls. 32/33), boletim de ocorrência (fls. 52/55), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 178/180) e laudo das imagens (fls. 195/294), servem como prova cabal da materialidade delitiva e, também, se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Registre-se que os guardas municipais Leandro dos Santos Andreoti e Anderson Bruno de Souza, ouvidos sob o crivo do contraditório, deram plena conta do ocorrido, confirmando a dinâmica dos fatos acima reproduzidos e, conseqüentemente, o delito de tráfico de drogas imputado aos apelantes. Reiteraram as declarações prestadas na delegacia, afirmando, resumidamente, que foram acionados pela central de monitoramento em razão da traficância exercida no local dos fatos. Confirmaram que as imagens não deixavam dúvidas de que os réus Marcos (Manuely) e Mateus atuavam na venda de drogas. Acrescentaram que as imagens também captaram o momento em que os réus entregaram dinheiro a terceira pessoa que não conseguiram identificar. Assim, foram até ao local, onde efetuaram a abordagem dos réus Marcos (Manuely) e Mateus. Disseram que Marcos (Manuely) retirou do bolso alguns invólucros de “crack” e certa quantia em dinheiro. Informalmente, os réus negaram o tráfico de drogas no local (fls. 03/06 e mídia).

De se ressaltar que os guardas civis foram bastante convincentes em suas afirmações, inexistindo motivo para não se dar credibilidade ao quanto por eles relatado.

De fato, não há razão para se duvidar da veracidade dos

relatos dos agentes públicos, que merecem fé até prova em contrário, assim como o de qualquer pessoa idônea. A presunção *juris tantum* de que agiram escorreitamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada.

A propósito, a jurisprudência dos E. Tribunais Superiores, de forma reiterada e unânime, tem reconhecido que os depoimentos dos agentes da lei têm valor probante, notadamente quando colhidos sob o crivo do contraditório e se encontram em sintonia com os demais elementos de informação carreados para os autos, como ocorre no caso em análise. Nesse sentido: **STF** – HC 223.425-AgR/RJ, Rel. Min. Luz Fux, j. em 01/03/2023, DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 27/04/2021; HC 76557-RJ - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - Rel. para o Acórdão Min. Carlos Velloso - DJU 02.02.2001 - p. 73; HC 87.662-5/PE, Re. Min. Carlos Ayres Brito, 1ª T., j. em 05/09/2006, DJU de 16/02/2007; HC 73.518-5/SP, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26/03/1996, DJU de 18/10/1996; HC 76.381/SP, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 14/06/1998, DJU de 14/08/1998; **STJ** – AgRg no AREsp 1.917.106/MG, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 14/03/2023, DJE de 17/03/2023; AgRg no HC 776.703/SP, 5ª T., Rel. Min. Messod Assulay Neto, j. em 06/03/2023, DJe de 14/03/2023; AgRg no HC 783.347/RJ, 5ª T., Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG, 6ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 25/10/2022, DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP, 5ª T., Rel. Min. Jesuíno Rissato, j. em 02/08/2022, DJe de 16/08/2022; AgRg no AREsp 1.858.776/PR, 5ª T., Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no HC 695.249/SP, 5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 26/10/2021, DJe de 03/11/2021; AgRg no HC 606.384/SC, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 22/09/2020,

DJe de 29/09/2020; HC 608.558/RJ, 5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 01/12/2020, DJe de 07/12/2020; AgRg no AREsp 1.317.916/PR, 5ª T., Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/09/2019; REsp n. 1/302.515/RS, 6ª T., Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; HC 262.582/RS, 6ª T., Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016.

Não é demasiado enfatizar, também, em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, não havendo que se falar na prática de atos de mercancia para a sua configuração. Neste sentido: *“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 circunstâncias que cercam o agente envolvido”* (RT 729/542). *“Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização”*. (RT 714/357). *“O crime de tráfico de entorpecentes é configurado ainda que não haja venda de tóxico, mas evidenciada somente a posse do produto destinado a consumo de outrem. Configurando crime de perigo abstrato, o tráfico não exige efetiva oferta da droga a terceiro, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. É condenável a simples possibilidade de distribuição (gratuita ou onerosa) do entorpecente”* (RT 776/663).

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório era mesmo de rigor. De fato, a significativa quantidade de droga apreendida – 15 invólucros contendo 1,97g de “crack” -, aliada às circunstâncias dos fatos, bem esclarecidas nos depoimentos dos

guardas municipais que afirmaram terem visto imagens dos réus em ação típica do tráfico de drogas, ambos se revezando nas funções de receber dinheiro dos usuários e entregar o entorpecente, sem falar na captura de imagens de ambos entregando dinheiro a terceira pessoa não identificada, evidenciam, sem sombra de dúvidas, que os réus estavam no local traficando entorpecentes e não simplesmente consumindo drogas. Não há, portanto, que se falar em absolvição por insuficiência probatória.

Com efeito, como dito anteriormente, não é necessário para caracterizar o delito que o acusado seja encontrado praticando diretamente a comercialização; é, antes, suficiente que o próprio réu seja encontrado em circunstância que evidencia a prática do tráfico, o que inclusive foi apontado na r. sentença, estando estas circunstâncias ao todo bem demonstradas no presente processo. De fato, no caso em tela, dúvidas inexistem, quer no que concerne à autoria, quer quanto à presença do dolo genérico de traficar, elemento subjetivo do tipo descrito do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Passo, então, à análise das penas, que, adianto, não comportam reparo.

Na primeira fase do cálculo, a pena-base dos acusados foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, pela comprovada reincidência do réu Mateus (fls. 64/66 - autos nº 1526327-34.2022: infração ao artigo 157 do CP), sua pena foi majorada de 1/6 (um sexto), perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. A pena do réu Marcos (Manuely) permaneceu inalterada,

ausentes agravantes e/ou atenuantes.

Na derradeira etapa, a pena do réu Marcos (Manuely) foi reduzida de 1/2 (metade), em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado, resultando em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, o que fica mantido. Nesse ponto observo que, malgrado os parâmetros estabelecidos pelo art. 42 da Lei 11.343/2006, o tema da fixação do redutor da citada lei envolve certo grau de subjetivismo. Bem por isso, deve ser prestigiado, tanto quanto possível, o critério adotado pelos Juízes de primeiro grau, os quais, ante o contato direto com as partes e com a prova por elas produzida, certamente têm melhores condições de encontrar o redutor adequado. A propósito, o próprio Supremo Tribunal Federal, com a autoridade máxima, já reconheceu que *“O Magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto”* (STF, HC 99.440/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/05/2011, V.U.). Portanto, somente quando a quantificação do redutor for absurdamente incompatível com os fatos e circunstâncias extraídos dos autos é que se justifica sua alteração. No caso em exame, contudo, não pode ser tachado de absurdo o redutor estabelecido pelo nobre Magistrado sentenciante. Ao contrário, tendo em conta as circunstâncias dos fatos, em que Marcos (Manuely) foi visto em movimentação típica do tráfico de drogas, sendo com ele apreendidas 15 porções de “crack”, considero que o redutor fixado se mostra razoável, de pleno acordo com os comandos dos artigos 42 da Lei 11.343/2006 e 59 do Código Penal, e em perfeita consonância com os princípios da proporcionalidade e suficiência da resposta penal. Logo, fica mantida

a redução da pena de 1/2 (metade) operada em primeira instância, em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado.

Em relação ao corréu Mateus, observo que não era mesmo o caso de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em razão da reincidência do acusado, circunstância que impede o reconhecimento do redutor.

Mantenho o regime inicial fechado fixado para o réu Mateus e o aberto para o réu Marcos (Manuely), prejudicado o pedido de abrandamento do regime prisional de Marcos. Quanto ao pedido de abrandamento do regime em favor do réu Mateus, anoto que o regime mais rigoroso, efetivamente, é o que convém para coibir a infração praticada pelo acusado, que, como já acentuado, é reincidente em crime doloso. Realmente, o fato de tornar a delinquir, após ser advertido por condenação pretérita (roubo), deixa claro que a sanção anteriormente aplicada não produziu nenhum efeito no sentido de frear o ímpeto criminoso do apelante Mateus, reforçando a necessidade de fixação do regime prisional mais severo.

Por outro lado, no tocante ao réu Marcos, considerando que a pena fixada não supera 04 (quatro) anos, mostra-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, do CP). Assim, substituo a pena carcerária por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser definida pelo juízo das execuções penais e pelo pagamento de 10 (dez) dias-multa, em seu valor unitário mínimo legal. Nesse sentido, o enunciado da súmula vinculante nº 59 do STF: *“É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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”.

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar, nego provimento ao recurso do réu Mateus da Costa Brito e dou parcial provimento ao recurso do réu Marcos Aurelio de Oliveira Bessa (nome social Manuely Raissa de Oliveira Bessa) para substituir a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser definida pelo juízo das execuções penais e pelo pagamento de 10 (dez) dias-multa, em seu valor unitário mínimo legal, mantida, no mais, a r. sentença monocrática.

SÉRGIO COELHO
Relator
(Assinatura Eletrônica)