



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000365103

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502251-72.2024.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante FERNANDO HENRIQUE DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO E MENS DE MELLO.

São Paulo, 13 de abril de 2025.

ISAURA CRISTINA BARREIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1502251-72.2024.8.26.0616

Apelante: Fernando Henrique de Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

2ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes

Juiz de 1ª Instância: Dr. Davi de Castro Pereira Rio

Voto nº 2113

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. GUARDA CIVIL MUNICIPAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE DA ABORDAGEM REJEITADA. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. REGIME FECHADO ADEQUADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação criminal interposta por Fernando Henrique de Souza contra sentença que o condenou a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006). O réu sustenta, preliminarmente, a nulidade da abordagem realizada por guardas municipais e pleiteia a absolvição. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base, o abrandamento do regime inicial, o direito de recorrer em liberdade e a isenção das custas processuais.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há quatro questões em discussão: (i) verificar a nulidade da abordagem realizada por guardas municipais; (ii) analisar a adequação da fixação da pena-base acima do mínimo legal; (iii) examinar a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando; (iv) avaliar o direito do réu de recorrer em liberdade e a isenção das custas processuais.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A Guarda Civil Municipal pode realizar prisões em flagrante, conforme art. 301 do CPP e entendimento consolidado do STF e STJ, não havendo nulidade na abordagem.

4. A pena-base foi corretamente elevada em 1/6 acima do mínimo legal, fundamentada na nocividade e variedade das drogas apreendidas, em conformidade com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

5. A reincidência específica do réu justifica o afastamento da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas e a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, conforme art. 33, § 3º, e art. 59, ambos do Código Penal.

6. A manutenção da prisão cautelar do réu é necessária para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, não

havendo ilegalidade na negativa de recorrer em liberdade.

7. O pedido de isenção das custas processuais deve ser analisado pelo Juízo da Execução, não cabendo sua concessão nesta fase processual.

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Recurso não provido.

Tese de julgamento:

1. A Guarda Civil Municipal pode realizar prisões em flagrante, conforme art. 301 do CPP, não configurando nulidade a abordagem feita por seus agentes.

2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal é válida quando fundamentada na nocividade e variedade das drogas apreendidas, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

3. A reincidência específica do réu impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e justifica a imposição do regime fechado.

4. A manutenção da prisão cautelar do réu antes do trânsito em julgado é legítima quando justificada na necessidade de garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

5. A análise do pedido de isenção das custas processuais deve ser realizada pelo Juízo da Execução.

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 301; CF/1988, art. 144, § 8º; Lei nº 11.343/2006, arts. 33 e 42; Código Penal, arts. 33, § 3º, e 59.

Jurisprudência relevante citada: STF, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, julgado em 28.08.2023; STJ, AgRg no HC 748.019/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22.08.2022; STJ, AgRg no AREsp 2433493/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06.02.2024.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **FERNANDO HENRIQUE DE SOUZA**, em face da r. sentença de fls. 144/151, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e o condenou 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 piso, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Inconformado, o réu apela buscando, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade por considerar ilegal a

atuação dos guardas municipais, com a consequente absolvição. Subsidiariamente, o afastamento do aumento aplicado na primeira fase dosimétrica, reconduzindo a pena-base ao mínimo legal, o abrandamento do regime inicial para o semiaberto, o direito de recorrer em liberdade e a isenção das custas processuais (fls. 162/181).

Recebido o recurso, vieram, aos autos, as contrarrazões (fls. 186/191).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo não provimento do apelo (fls. 207/223).

É o relatório.

Preliminar.

Conheço da preliminar, a qual deve ser rejeitada.

O pleito de reconhecimento de nulidade por considerar que os policiais da Guarda Civil Metropolitana não possuem competência para investigar e apurar ilícitos criminais sem relação com a proteção dos bens dos entes públicos aos quais pertencem, não deve prosperar.

De início, cumpre mencionar que as Guardas Municipais integram, operacionalmente, o Sistema Único de Segurança Pública desde a entrada em vigor da Lei nº 13.675/2018.

Assim reza o artigo 9º, § 2º, inciso VII, da mencionada lei, *in verbis*:

*“[...] § 2º São integrantes operacionais do Susp:
[...] VII - guardas municipais;”*

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ATUAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE DAS PROVAS. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão que denegou habeas corpus, no qual se pleiteia o reconhecimento da nulidade das provas obtidas em abordagem realizada por agentes da Guarda Municipal, com a consequente absolvição do agravante.

2. O agravante foi condenado por tráfico de drogas, com base em provas obtidas durante prisão em flagrante realizada por guardas municipais.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em saber se a atuação da Guarda Municipal na realização de prisão em flagrante configura nulidade das provas obtidas, em razão de suposto excesso de suas funções constitucionais.

III. Razões de decidir

4. A Guarda Municipal, como integrante do Sistema de Segurança Pública, pode realizar prisões em flagrante, conforme art. 301 do CPP e entendimento consolidado do STF e STJ.

5. A prisão em flagrante foi considerada legítima, pois realizada em praça pública, sem necessidade de ordem judicial específica, podendo ser efetuada por qualquer do povo.

6. A jurisprudência do STJ é iterativa no sentido de que o habeas corpus não é a via adequada para reexame de provas e circunstâncias fáticas do flagrante.

IV. Dispositivo e tese

7. Agravo desprovido.

Tese de julgamento:

"1. A Guarda Municipal pode realizar prisões em flagrante, conforme art. 301 do CPP. 2. A prisão em flagrante por guardas municipais não configura nulidade das provas obtidas. 3. O habeas corpus não é a via adequada para reexame de provas e circunstâncias fáticas do flagrante."

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 301; CF/1988, art. 144, § 8º.

Jurisprudência relevante citada: STF, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, julgado em 28.08.2023; STJ, AgRg no HC 748.019/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22.08.2022." (AgRg no HC nº 938521/SP, Rel. Min. Messod Azulay, 5ª Turma, julgamento em 04/11/2024, DJe 07/11/2024). (Grifamos).

Desse modo, infere-se legítima a prisão em flagrante do apelante pelos guardas civis municipais, devendo ser rejeitada a preliminar defensiva e, conseqüentemente, afastado pleito de absolvição decorrente da alegada nulidade.

Superada a preliminar, no mérito, o recurso não comporta provimento.

Consta da denúncia (fls. 75/78) que *“em 23 de outubro de 2024, por volta de 19h30, na Rua Valentim Faustino de Souza, nº616, Vila Cecília, nesta Cidade e Comarca de Mogi das Cruzes, FERNANDO HENRIQUE DE SOUZA, com 38 anos de idade, qualificado à fl. 15 e 36, trazia consigo 30 invólucros contendo Tetrahydrocannabinol (maconha) com peso líquido de 84.26g.; 64 porções de cocaína, em forma de crack, com peso líquido de 2.58g.; 23 porções de cocaína com peso líquido de 18.55g.; 1 porção de cocaína com peso líquido de 0.26g.; porção de cocaína, em forma de crack, com*

peso líquido de 0.6g. e 64 frascos contendo substância a ser determinada com peso bruto de 122.6g., sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Listas F1 e F2 da Portaria SVS/MS 344/98), conforme auto de exibição e apreensão às fls. 16/17, laudo de constatação às fls. 20/25 e laudo definitivo a ser oportunamente juntado.

Segundo o apurado, o denunciado resolveu traficar drogas e obteve os entorpecentes acima descritos de pessoa não identificada. Dessa forma, guardou as porções de drogas acima indicadas em um estojo escolar, visando futuras vendas a possíveis interessados.

Ocorre que guardas municipais faziam diligências de rotina nas imediações, quando entraram na rua dos fatos e viram o denunciado, o qual saiu correndo ao perceber a viatura. Em perseguição, FERNANDO foi abordado poucas quadras abaixo e, em seu poder, o estojo escolar.

Em revista pessoal, foram encontradas nas vestes do denunciado 1 porção de cocaína e 1 porção de crack; já no interior do estojo escolar estavam outras 30 porções de maconha, 60 porções de crack e 23 porções de cocaína, além de 64 frascos pequenos contendo, aparentemente, lança-perfume.

FERNANDO disse que estava em posse dos entorpecentes a pedido de terceiro traficante.

Assim, o denunciado recebeu voz de prisão em flagrante, seguindo-se à condução ao distrito policial.

O comportamento durante a abordagem oficial, a apreensão de porções de crack, cocaína e maconha, embaladas em porções individuais são circunstâncias que demonstram que o denunciado praticou o delito ora descrito.

A materialidade delitiva restou consubstanciada no auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), boletim de ocorrência (fls. 10/14), auto de exibição e apreensão (fls. 16/17), laudo de constatação preliminar (fls. 20/25), imagens do estojo escolar e das substâncias apreendidas (fls. 28/34), relatório final (fls.49/52), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 109/111), laudo de constatação (fls. 112/116), laudo do estojo escolar (fls. 117/119), bem como pela prova oral coligida.

A autoria, igualmente, é inconteste.

A confissão judicial do réu se apresenta em consonância com o conjunto probatório e não deixa margem de dúvidas quanto à autoria delitiva (mídia às fls. 151).

Tanto é assim, que a Defesa não questiona a materialidade e a autoria do delito, apenas se insurge contra o aumento aplicado na primeira fase dosimétrica e o regime inicial fechado aplicado, bem como pleiteia o direito de recorrer em liberdade e a aplicação da justiça gratuita.

Passo, portanto, à análise da dosimetria e das teses correlatas.

Na primeira fase, o Juiz de origem considerou a variedade e a nocividade dos entorpecentes comercializados pelo acusado, elevando a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, fixando-a em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.

Em que pese o pleito defensivo, o Juiz sentenciante, corretamente, fundamentou a elevação da pena-base, ao sustentar a nocividade dos entorpecentes apreendidos: *“No caso vertente, o aumento da pena-base justifica-se à luz da nocividade dos entorpecentes comercializados pelo acusado, os quais possuem alto grau de lesividade e dependência aos seus usuários.”* (fls. 149)

Ademais, o artigo 42, da Lei de Drogas, determina, além da valoração da personalidade e da conduta social do agente, o reconhecimento da natureza e quantidade da droga como circunstância judicial a ser valorada. *In verbis*:

“Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.”

Assim, diante do alto poder aditivo das substâncias apreendidas e os danos decorrentes à saúde dos usuários, bem como os prejuízos que o comércio espúrio tem causado a toda

sociedade, não seria justo que obtivesse apenamento semelhante a quem ostenta circunstâncias judiciais menos gravosas, devendo o pleito defensivo, nesse ponto, ser afastado.

Na segunda fase, presentes a agravante da reincidência específica (autos nº 000227-92.2017.8.26.0616 – fls. 53) e a atenuante da confissão espontânea, o Juiz de origem procedeu a devida compensação, permanecendo inalterada a pena fixada anteriormente.

Na terceira fase, o Juiz *a quo*, corretamente, afastou a causa de diminuição da pena prevista no § 4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, pois o réu é reincidente na prática delitiva. Ausente insurgência defensiva, a pena deve ser mantida no patamar anterior.

Convém frisar que não há óbice ao reconhecimento da reincidência para compensá-la com a confissão, na segunda fase dosimétrica, e sua utilização para afastar o redutor da pena, na derradeira fase. Tão pouco, há qualquer impedimento para utilizá-la para fundamentar a fixação de regime mais gravoso para o início de cumprimento da pena.

Nesse sentido:

*“como visto, esta redutora não foi aplicada em razão da reincidência do agravante, providência que se encontra em consonância com o disposto no art. 33, §4º, da lei n. 11.343/06. Registre-se que a fixação do regime prisional segue as regras do artigo 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal. Assim, **inexiste bis in idem quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria, e, novamente, para***

fundamentar o regime mais gravoso.' (HC n. 463.769/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 13/9/2018.) Adotando idêntico raciocínio, também **não caracteriza bis in idem a utilização desta condenação na terceira fase, para afastar a minorante do tráfico privilegiado. Como é cediço, trata-se de providências adotadas em etapas diversas e que contam com previsão legal, especificamente nos arts. 33, 59 e 68 do CP, e art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/03.**” (STJ, AgRg no AREsp 2433493/SP, Rel Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06/02/2024). (Grifamos)

Portanto, seguindo o mesmo entendimento, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena não merece reparo, pois, além das nefastas consequências à saúde humana decorrentes da hedionda prática do tráfico de entorpecentes, o réu é reincidente específico, sendo, portanto, o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e reprovação da conduta delitiva, nos termos do artigo 33, § 3º, combinado com o artigo 59, ambos do Código Penal.

Do mesmo modo, incabível, posto que reconhecida a culpabilidade do réu pela instância ordinária, com aplicação de pena substancial, ainda que sujeita a reforma, autorizar que recorra em liberdade, subsistindo os fundamentos que ensejaram a decretação da custódia cautelar.

Assim, devidamente, fundamentada a prisão cautelar diante da persistência criminosa do réu (fls. 150), não há, aqui, o que reparar.

Observe-se que, em que pese não poder

considerar o réu culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é possível considerá-lo suspeito, mediante a constatação da prova da materialidade delitiva e de indícios de autoria.

Certamente, tal medida não acarreta violação à presunção de inocência e constitui fundamento válido para a imposição de qualquer modalidade de prisão cautelar, nos termos da lei processual.

Portanto, a manutenção da prisão do acusado se revela imprescindível para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, devendo o pleito defensivo, nesse aspecto, ser afastado.

Por fim, a Defesa postula a isenção das custas processuais, entretanto, por se tratar de matéria a ser analisada pelo Juízo das Execuções, momento adequado para a competente análise das condições financeiras do acusado, tal pedido não merece acolhimento.

Ex positis, pelo meu voto, **REJEITA-SE** a preliminar e **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso interposto por **FERNANDO HENRIQUE DE SOUZA**. Preservada, integralmente, a r. sentença recorrida.

ISAURA CRISTINA BARREIRA

Relatora