



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000380213

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501436-74.2023.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante/apelada FERNANDA PIMENTEL DOS SANTOS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitadas as preliminares arguidas, no mérito negaram provimento ao apelo defensivo e deram provimento ao do Ministério Público, para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida pelos próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN E PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 23225

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1501436-74.2023.8.26.0272

COMARCA: Itapira

VARA DE ORIGEM: 2ª Vara Judicial

JUIZ(a) PROLATOR(a) DA SENTENÇA: *Helia Regina Pichotano*

APELANTES/APELADOS: Ministério Público e Fernanda Pimentel dos Santos

Vistos.

Trata-se de apelações criminais, interpostas pelo Ministério Público e por **Fernanda Pimentel dos Santos**, contra a r. sentença de fls. 133/140 (publicada em cartório aos 27 de maio de 2024 – fl. 144), cujo relatório se adota, que condenou a ré como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e a 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

Inconformado, apela o Ministério Público em busca da fixação do regime fechado (fls. 165/171).

Igualmente irresignada, apela a ré arguindo a inépcia da denúncia e, como constou ao final da peça, a absolvição “*diante da NULIDADE da prova pela usurpação da função pública praticada pelos GM’s e a nítida “pesca probatória”, ou DESCLASSIFIQUEM-NA para a figura do artigo 28, da Lei 11.343/06 é que mais se coaduna com o cotejo das evidências nos autos, ou ainda lhe defiram o TRÁFICO PRIVILEGIADO com*

a fixação da REDUTORA MÁXIMA, e nesse contexto, enfim, seja-lhe fixado o regime aberto como inicial” (sic - fls. 228/245).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 178/182 e 325/335), o parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo provimento, apenas, do apelo manejado pelo Ministério Público (fls. 340/348).

É o relatório.

Consta dos autos que:

“... no dia 12 de dezembro de 2023, por volta das 15h50min, na Rua José Marella, nº 26, Praça do Protocolo, Conjunto Habitacional Juscelino Kubitschek de Oliveira, nesta cidade e Comarca de Itapira, a denunciada trazia consigo, vendeu e guardava, para fins de tráfico, 10 (dez) porções de cocaína, acondicionadas em invólucros plásticos individuais, com peso total aproximado de 14,0g (catorze gramas), substância esta que determina dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 19, auto de constatação preliminar de fls. 17/18 e laudo de exame químico toxicológico a ser oportunamente juntado aos autos.

De acordo com o que foi apurado, a denunciada promovia o tráfico de drogas no local, uma praça pública conhecida como ponto da mercancia ilícita. Para tanto, trazia consigo algumas porções da droga acima descrita e guardava o restante próximo a ela junto a um bueiro.

Guardas municipais realizavam patrulhamento pelo local e avistaram a denunciada entregando algo para o usuário Márcio Donisete Giraldi.

Realizada a abordagem, em poder do usuário foram encontradas três porções de cocaína que foram adquiridas por ele junto à denunciada.

*Em diligências pelo local, mais precisamente em um bueiro ali existente e próximo à denunciada, os guardas encontraram mais 7 (sete) porções de cocaína, semelhantes às que foram entregues por **FERNANDA** ao usuário e prontas para serem comercializadas. Também foi abordado pelo local Everton William Ferreira Alves e, em seu poder, foram encontrados R\$180,00 (cento e oitenta reais), em dinheiro, e nada de ilícito.*

A denunciada foi presa em flagrante e conduzida para a Delegacia de Polícia juntamente com o usuário e o outro indivíduo que ali estava.

O relato dos agentes públicos, a forma de acondicionamento da droga apreendida, em porções individuais que facilitam a entrega aos usuários, em local conhecido como ponto de venda de drogas e com presença de usuário, tornam certo de que a droga se destinava ao tráfico.

O tráfico de drogas praticado pela denunciada era realizado em uma praça pública, local de grande movimentação de pessoas, conforme croqui do local dos fatos a ser oportunamente juntado aos autos.” (sic).

As preliminares arguidas pela defesa não merecem acolhimento.

Isso porque, ao contrário do sustentado pela defesa da apelante, a busca pessoal realizada pelos agentes públicos obedeceu aos ditames legais, não havendo qualquer nulidade que pudesse macular a diligência e as provas que dela derivaram.

Com efeito, conforme se extrai dos autos, a apelante foi surpreendida pelos agentes públicos no exato momento em que realizava a venda de três porções de cocaína a um usuário, daí porque a dupla acabou abordada, assim como um terceiro indivíduo, próximo deles, que estava na posse de dinheiro.

Evidente que o cenário inicialmente visualizado pelos guardas municipais era suficiente para que eles realizassem a abordagem da apelante, posto que flagrada exercendo a atividade ilícita, não se olvidando que parte da droga apreendida já estava na posse do usuário.

Corroborando o acerto da diligência, seguem julgados colacionados dos Tribunais Superiores:

“(...) BUSCA PESSOAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. (...). 3. Nos termos dos arts. 240, § 2º e 244 do CPP, cabe a busca pessoal, independente de autorização judicial, quando houver fundada suspeita de ocultação pelo investigado de elementos de convicção. Precedentes. (...). 5. Agravo regimental conhecido e não provido.” (STF - HC 212.682-AgR/SP Rel. Min. ROSA WEBER Primeira Turma j. em 11/04/2022).

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA PESSOAL EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FUNDADA SUSPEITA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. “AVISO DE MIRANDA”. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO MATERIAL FÁTICO/PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA VIA ELEITA. MULTIREINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. 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 escondendo algo na sacola plástica que carregava (balança de precisão, 119,25g de maconha e a quantia de R\$ 587,00), revelado pelo seu comportamento excessivamente nervoso e pelo fato de ser conhecido pelo envolvimento com o tráfico de drogas na região. (...)” (STJ –

HC nº 614.339/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09.02.2021, DJe 11.02.2021 grifos nossos). Com idêntico pensar: AgRg no HC nº 734.704/AL¹, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 14/02/2023; HC nº 257.002/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, J. 17.12.2013, DJe 19.12.2013).

Também não é demais lembrar que o artigo 144, § 8º, da Constituição Federal atribui aos guardas municipais a função de proteção de bens, serviços e instalações do Município, sendo que tal incumbência evidentemente abrange a Em complemento ao mencionado artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, observa-se que a função de proteção de bens, serviços e instalações do Município, feita pelos policiais municipais, evidentemente abrange a fiscalização das vias públicas da cidade e do que nelas ocorre, conforme dispõem os artigos 99, inciso I², do Código Civil, 22, *caput*, da Lei nº 6.766/91³ e 5º da Lei nº 13.022/14.

Saliente-se que tal atividade não se confunde com o policiamento ostensivo. Como as vias públicas constituem equipamento público, compete à guarda municipal a sua fiscalização e proteção, especialmente em face da prática do comércio espúrio, responsável por trazer evidentes reflexos negativos para a região, tendo em vista que são corriqueiras as situações em que traficantes se apoderam do patrimônio público para finalidades escusas, o que dificulta e em determinadas vezes

¹ “[...] 2. No caso em tela, a abordagem foi realizada em razão da presença de fundadas suspeitas, porquanto um dos pacientes se evadiu do local ao avistar a viatura policial e, após buscas no perímetro, ambos os pacientes foram localizados escondidos entre os arbustos, circunstâncias que configuraram justa causa para a realização das buscas pessoais - que resultaram na apreensão de 25g (vinte e cinco gramas) de crack, 97g (noventa e sete gramas) de maconha, um revólver calibre 32, com 3 munições e um revólver calibre 38, com 3 munições -, estando hígidas, portanto, as provas produzidas. 3. Agravo regimental provido para reconhecer a legalidade das buscas pessoais realizadas.”

² Artigo 99: São bens públicos.

Inciso I: os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

³ Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo

até impede a livre locomoção dos moradores do local e arredores.

Convém recordar que o citado artigo 5º da Lei nº 13.022/2014 estabelece, dentre outros, o poder-dever do integrante das guardas municipais em: *“prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais”* (inciso II); *“atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais”* (inciso III); e *“encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário”* (inciso XIV), o que redobra o acerto da conclusão de que, na espécie, a ação dos agentes municipais não caracterizou ilegalidade, posto que a realização de patrulhamento e a atuação em ordem a coibir casos de flagrante delito são atividades harmônicas com as finalidades da instituição que integram.

Não se pode perder de vista que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, prescindindo, portanto, de autorização judicial para sua investigação e, via de consequência, combate e repressão.

E como se não bastasse, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer do povo pode efetuar a prisão em flagrante. E, no caso concreto, com muito mais razão pode fazê-lo o agente público que possui atribuição para proteger bens e instalações do Município.

Esse, inclusive, é o ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete:

“... admite-se que o particular, autor da prisão, que pode ser o ofendido, possa apreender coisas em poder do preso desde

que relacionadas com a prova do crime e da autoria”
(MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo, 1996, Atlas, 4ªed., pág. 350).

Nesse sentido também é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça e desta colenda 5ª Câmara de Direito Criminal:

“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 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 inquinar 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” (STJ, HC nº 129.932/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/12/2009 – – sem destaque no original).

“ENTORPECENTES. TRÁFICO. Alegação de nulidade por ter sido a prisão realizada por guardas municipais. Nulidade inexistente. Relaxamento da prisão. Impossibilidade. Flagrante formalmente em ordem. Existência de prova da materialidade da infração e de indícios suficientes de autoria. Prisão preventiva decretada por decisão suficientemente

fundamentada. Presença dos requisitos da custódia cautelar. Substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, do CPP, ou por prisão domiciliar. Impossibilidade. Medidas que seriam inadequadas e insuficientes. Pandemia do Coronavírus que não autoriza, por si só, a concessão ao paciente de prisão domiciliar. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.” (Habeas Corpus nº 2174835-98.2021.8.26.0000, Relator Tristão Ribeiro, j. 16.08.2021 – grifo nosso).

Na mesma esteira de intelecção:

“HABEAS CORPUS – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE À MINGUA DA COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DAS HIPÓTESES EXCEPCIONALMENTE PERMISSIVAS – INOCORRÊNCIA, ADEMAIS, DE NULIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE FEITA PELA GUARDA CIVIL METROPOLITANO – PRECEDENTES CITADOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE – ORDEM DENEGADA.” (Habeas Corpus Criminal nº 2172270-64.2021.8.26.0000, Relator Euvaldo Chaib, 4ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 16/09/2021 – destaque ora acrescido).

“HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – Nulidade. Prisão realizada por guarda civil municipal. Inexistência de irregularidade. Prisão em flagrante. Fundada suspeita. Constituição Federal que tutela a saúde pública, elencando-a como bem jurídico a ser protegido. Prisão em flagrante formal e materialmente em ordem. Trancamento da ação penal. Não

acolhimento. Presença de elementos mínimos a configurar justa causa para a persecução penal. Prova da materialidade e indícios de autoria. Conduta típica e ilícita. – Excesso de prazo. Não ocorrência. Audiência já realizada. Não comprovação de desídia ou procrastinação do feito por parte do Poder Judiciário ou do representante do Parquet – ORDEM DENEGADA.” (Habeas Corpus Criminal nº 2139762-65.2021.8.26.0000, Relatora Rachid Vaz de Almeida, 10ª Câmara de Direito Criminal; julgado em 04/08/2021 – grifo nosso).

Ademais, não é muito enfatizar que a apelante foi surpreendida pelos agentes públicos no exato momento em que realizava a venda de três porções de cocaína a um usuário, daí porque, dada a evidência da prática delitiva, com maior razão estavam os guardas municipais ao abordarem a dupla.

Logo, a busca pessoal – realizada na via pública, vale frisar – não ocorreu de forma arbitrária, sem a devida motivação, mas, sim, levando-se em conta as circunstâncias concretas do caso ora em análise, máxime em razão da efetiva apreensão de substâncias ilícitas na posse de **Fernanda** e também do usuário.

E também não é demais repisar que, apesar da tese firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.977.119/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 16/08/2022 – Informativo 746) dispor que “*As guardas municipais não possuem competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais*”, ela não possui efeito

vinculante, não tendo, portanto, o condão de retirar a autonomia do órgão julgador de interpretar e aplicar o direito aos casos que lhe são submetidos.

Ainda a respeito, vale prestigiar o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, que, de forma precisa e esclarecedora, consignou que:

“A preliminar de ilegalidade de atuação dos Guardas Municipais, como já bem ressaltado nas contrarrazões ministeriais, não subsiste, pois não houve propriamente investigação dos agentes municipais, como sustenta a apelante, mas sim situação evidente de flagrante delito, em que é justificado que qualquer pessoal pode efetuar a prisão, nos termos do art. 301 do CPP.

Outrossim, foi sedimentado recentemente pelo E. Supremo Tribunal Federal, que as Guardas Municipais integram os órgãos de segurança pública, ou seja, podem atuar em policiamento preventivo. Neste sentido:

*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 Nº 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, Civis 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, com CONGRESSO NACIONAL, em legítima opção legislativa, no § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei nº 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, § 1º, inciso VII). 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 ao artigo 4º da Lei 13.022/14 e artigo 9º da 13.675/18 DECLARANDO INCONSTITUCIONAL todas as interpretações judiciais que excluam as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública**". (STF-Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 995, Distrito Federal, Pleno, julgado em 28 de agosto de 2023, Relator Ministro Alexandre de Moraes, "DJE" de 9 de outubro de 2023, grifei). Logo, não houve qualquer ilicitude na prisão em flagrante realizada pelos guardas civis." (destaques no original).

Noutro giro, não há falar em ocorrência de “*pescaria predatória*” ou “*fishing expedition*”, que é o deferimento de ordens de busca e apreensão sem qualquer critério, com fim exclusivo de angariar provas ou indícios da prática de crimes não relacionados com a investigação principal, pois, como visto, a diligência sequer decorreu de cumprimento de mandado de busca e apreensão.

Quanto à inépcia da denúncia, verifica-se que a inicial acusatória descreveu, satisfatoriamente, a conduta atribuída à apelante, preenchendo, assim, os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, de modo a propiciar-lhe, plenamente, o exercício da ampla defesa, não havendo falar, portanto, em inépcia da denúncia.

Extrai-se do ensinamento de Damásio E. de Jesus:

“O STF tem entendido que, antes da condenação, é inepta a denúncia que não contém a descrição do crime (C.P.P., art. 43, I). Depois da sentença condenatória, entretanto, não pode ser alegada a inépcia da denúncia, senão de um defeito da sentença, que se baseou numa peça acusatória defeituosa. Assim, deve ser atacada, depois da condenação, a sentença, quanto à sua existência, validade, eficácia etc. Se a denúncia é inepta e o juiz julgou procedente a pretensão punitiva nela contida, deve ser atacada a sentença e não a denúncia (RTJ84/425). Como se vê, a inépcia da denúncia só pode ser alegada enquanto não houver sentença de mérito (TJSP RT 451/340; STF H.C.68.211 DJU 14.12.90 p. 15.110; H.C. 73.271 RTJ 168/896 H.C. 73.596 RTJ166/560 H.C. 77.912 RTJ 168/291; STJ AgReg 49.582 6ª Turma DJU 23.5.94p. 12.638; TJMT Tacrim 28358 RT 721/494.” (JESUS, Damásio

Evangelista de. Código de Processo Penal anotado, Saraiva 18ª ed., 2002, p. 56).

Exempli gratia:

“Segundo jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria e materialidade. A certeza será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio do in dubio pro societate” (STJ, AgRg no RHC 122.933/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2020, DJe 4/5/2020. Com idêntico pensar: HC nº 417.417/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 13.03.2018, DJe 21.03.2018).

“[...] presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, pois a exposição do fato criminoso restou bem descrita na exordial, com todas as circunstâncias, a qualificação do paciente e a classificação do crime. Da leitura da exordial, é possível identificar claramente todas as circunstâncias necessárias à adequada individualização do fato. A doutrina tradicionalmente aponta sete questões necessárias à correta delimitação do fato: 'Com efeito, todo fato criminoso deve ser examinado sob os aspectos seguintes: a) Quem praticou o delito (quis)? b) Que meios ou instrumentos empregou? (quibus auxiliis)? c) Que malefício, ou perigo de dano, produziu o injusto (quid)? d) Que motivos o determinaram à prática (cur)? e) Por que maneira praticou o injusto (quomodo)? f) Em que lugar o praticou (ubi)? g) Em que tempo, ou instante, deu-se a prática do injusto (quando)?

As respostas a essas sete questões, ensina Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, revelam o fato, em toda a sua circunstancialidade. Pode-se, então, reconstruir a ilicitude e mostrar o desencontro entre a conduta concreta e a ordenação jurídica. A ilicitude da conduta, que surge unitária sempre, consiste na qualidade do injusto' (Maria Thereza Rocha de Assis Moura, A prova por indícios no Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 61 e 62. Tem-se a notícia de que tais problemas práticos teriam sido transmitidos por Quintiliano, de acordo com Vito Gianturco, La prova indiziaria, Milano, Giuffrè, 1958, p. 97). [...].” (RHC nº 20.901/RJ, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12/11/2007, DJ 03/12/2007, p. 365).

Tem-se ainda que, na superveniência de sentença penal condenatória, não é mais dado discutir acerca da viabilidade da denúncia, devendo ser atacado, se o caso, o título judicial que reconheceu as imputações nela contidas.

Neste sentido:

“(...) Se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, ipso facto, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual inépcia, mácula condizente com a própria higidez da denúncia” (STJ. AgRg no AREsp 497062/SP. Min. Rogério Schietti Cruz. Nessa mesma linha de inteligência: HC nº 195824/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 04.09.2014, Dje 17.09.2014).

Superadas as preliminares arguidas, passa-se ao exame do mérito dos recursos, sendo certo que o apelado manejado pelo Ministério Público comporta provimento, ao passo que o recurso defensivo não merece acolhida.

Inegavelmente, a prova dos autos permitiu a decisão condenatória.

Inconteste a materialidade do delito de tráfico, comprovada pelo auto de exibição e apreensão da droga, assim como pelo auto de constatação e laudo de exame químico toxicológico (fls. 20/21, 22 e 99/101).

Quanto à autoria, a prova dos autos faz concluir pela culpabilidade da apelante, senão vejamos.

O guarda municipal Vanderson Wellington André, quando ouvido na primeira fase da persecução penal, relatou que *“durante patrulhamento visualizaram a detida entregando algo ao autor, que de imediato os abordaram e com o autor foram encontrados 03 pinos de cocaína. Que próximo estava o investigado e como é comum os valores das vendas ficarem com terceiros e o restante das drogas escondidos, abordaram também o rapaz e com ele o valor de cento e oitenta reais, apesar da suspeita não visualizaram o mesmo receber valores. Realizando buscas foram encontrados mais 07 pinos idênticos em um bueiro”* (sic). Em juízo, asseverou *“ter visualizado que era a ré quem entregava as porções ao indivíduo, e não o contrário. Declarou que nada foi encontrado em poder da ré no momento da abordagem, tendo sido localizada uma quantia em dinheiro na posse de uma terceira pessoa que também estava no local. Esclareceu que o modus operandi realizado por traficantes no local é o mesmo utilizado no presente caso, qual seja, uma pessoa entrega a droga*

ao usuário e a outra fica com o dinheiro” (sic).

Joel de Paiva Lemos, também guarda municipal e que na fase extrajudicial narrou os fatos em consonância com o que fora dito pelo colega naquela oportunidade, em juízo afirmou que, *“em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecida como 'Praça do Protocolo', deparou-se com a ré entregando algo a um rapaz. Realizada a abordagem, com o referido indivíduo foram encontrados três pinos de cocaína. Indagado sobre a cena vista, ele afirmou que havia comprado as porções de **FERNANDA**. Próximo da ré e do usuário, havia uma terceira pessoa, com a qual foi encontrado dinheiro. Em revista pessoal na ré, realizada por uma guarda do sexo feminino, nada foi encontrado em seu poder. Solicitado o apoio do canil, o cão farejador localizou, nas proximidades do local, próximo a um bueiro, outras porções de cocaína” (sic).*

O usuário Márcio Donisete Giraldi, ouvido tão somente na fase policial, afirmou que *“quando foram abordados **havia acabado de comprar 03 pinos de cocaína da moça que foi detida**, que pagou dez reais de cada pino. Que o outro rapaz estava próximo, mas que não sabe nada dele, nem viu ele pegar dinheiro” (sic – destaque ora acrescido).*

Everton William Ferreira Alves, indivíduo também abordado na ocasião, aduziu na delegacia de polícia que *“é usuário de crack e que estava dormindo no local, que não sabe nada sobre os fatos, que não viu nada, e que o dinheiro que estava consigo é proveniente de bicos. Que não é traficante” (sic).*

A apelante, de seu turno, alegou em solo policial que *“é garota de programa e que não vende drogas. Nega todas as acusações” (sic).* Em juízo, tornou a negar a imputação, sustentando que *“tinha feito um programa. Disse que é usuária e estava no local apenas para consumir a sua droga,*

sendo que em momento algum entregou entorpecente a alguém. Mencionou ter sido presa sem saber o porquê, tendo tomado conhecimento da apreensão de drogas somente na delegacia. Como foi abordada assim que chegou na biqueira, não chegou a conversar com o rapaz que estava com a droga, sendo ele novo na 'quebrada'. Informou que já foi presa e processada anteriormente por tráfico. Declarou que se encontra grávida e tem dois filhos menores” (sic).

Como se depreende, a prova amealhada aos autos é segura no sentido de incriminar os apelantes pela prática do crime de tráfico de drogas.

Isso porque os guardas civis prestaram depoimentos firmes e convincentes, relatando que, durante patrulhamento de rotina, avistaram a apelante entregando algo para um rapaz, o que, realizada a abordagem, eles constataram se tratar de três porções de cocaína, sendo certo que, em seguida, foram apreendidas em um bueiro sete porções da mesma droga, embaladas de forma idêntica àquelas encontradas com o usuário.

Não é muito assinalar que nada consta dos autos que permita a conclusão de que os guardas municipais tivessem motivo para alterar a verdade acerca dos fatos, merecendo os depoimentos total credibilidade, conforme entendimento jurisprudencial dominante nos tribunais.

A propósito:

“TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ABSOLVIÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA

VIA ESTREITA DO WRIT. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA. 1. Para se desconstituir o édito repressivo quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado de provas, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente. 2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes” (STJ, Min. Jorge Mussi – 5ª Turma – HC nº 276253/RJ – j. 18.02.2014. Nessa mesma linha de inteligência: AgRg no AgRg no AREsp nº 1598105/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 05/03/2020; AgRg no HC nº 606384/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 22/09/2020; HC nº 629675/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 06/04/2021).

“(…) segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova (...)” (STJ, HC nº 477171/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 22/11/2018 - p. 11).

“(...) no que atine à questão da validade dos depoimentos funcionais, esta eg. Corte também é pacífica no sentido de que eles merecem a credibilidade e a fé pública inerente ao depoimento de qualquer servidor estatal no exercício de suas funções, principalmente, quando ausentes indícios de que houvesse motivos pessoais para a incriminação injustificada dos investigados (...)” (STJ, HC nº 705.060/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jesuíno Rissato, julgado em 15.02.2022, DJe 21.02.2022).

“Nem se alegue que a palavra dos funcionários públicos diretamente envolvidos no evento não merecem credibilidade, porquanto foram uníssonas e convergentes, nada existindo, ademais, de concreto que pudesse infirmar essa prova, sobretudo porque o recorrente, como se viu, sequer demonstrou interesse em apresentar outra versão acerca dos fatos, porquanto permaneceu em silêncio durante o tramitar do procedimento administrativo” (TJSP - Agravo em Execução nº 0037288-31.2013.8.26.0000, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Juvenal Duarte, j. 9/05/2013).

Querer fazer crer que depoimentos de agentes públicos não servem para embasar uma decisão condenatória é ilógico, porquanto inexistente qualquer circunstância provada, nos autos, que justifique um suposto interesse em prejudicar a apelante.

É que depoimentos colhidos em autos de processos valem, não só pela idoneidade das fontes de prova, mas, também, pela idoneidade dos próprios depoimentos, principalmente, como no caso em comento, em que não há nada a retirar a idoneidade das testemunhas ou mesmo dos seus

depoimentos (STJ – HC nº 404.514/PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, J. 06.03.2018, DJe 12.03.2018).

No mesmo diapasão se manifesta Guilherme de Souza Nucci: *“Assim, a simples condição da testemunha ser policial não desqualifica o seu depoimento, porquanto tem inquestionável eficácia probatória conferida por lei (vide CPP, arts. 202 e 214, 1ª parte, combinados)”* (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., RT, 2011, art. 202, nº 9, pág. 47).

Convém ressaltar, ainda, que os depoimentos dos guardas municipais, em juízo, estão em absoluta consonância com o que foi dito por eles na primeira fase da persecução penal, a demonstrar a verossimilhança de seus relatos.

Também não se pode perder de vista que, conquanto não tenha sido ouvido em juízo, na fase extrajudicial o usuário relatou que **“havia acabado de comprar 03 pinos de cocaína da moça que foi detida”**, o que, queira-se ou não, corrobora a prova acusatória que pesa contra a apelante, na medida em que os relatos de Márcio encontram respaldo nos uníssonos depoimentos dos agentes públicos.

De outro lado, resta a pueril negativa ofertada pela apelante, que não se presta a afastar a robustez da prova acusatória que pesa contra ela.

Com efeito, a versão exculpatória apresentada pela apelante, como visto, restou isolada, além de inverossímil, só podendo ser entendida como tentativa de evitar sua responsabilização.

Outrossim, a defesa da apelante não fez produzir qualquer

prova que fragilizasse a produzida a requerimento da acusação, de modo que a condenação era mesmo o desfecho natural da causa.

E reconhecido o crime de tráfico, não há falar em desclassificação para o delito de posse para consumo próprio, pois ainda que comprovado por perícia técnica o uso ou o vício, não estaria afastada a responsabilidade pelo crime mais grave, isso porque uma conduta não exclui a outra. Na verdade, é comum entre usuários e viciados em drogas o tráfico como forma de viabilizar o sustento do uso ou do vício.

Noutro giro, a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, foi bem reconhecida, nos termos do laudo de fls. 102/106, a indicar que a apelante realizava o nefasto comércio nas imediações de locais previstos no aludido dispositivo.

Consigne-se que, mesmo que a apelante não objetivasse, exclusivamente, os frequentadores daqueles locais, não estaria descaracterizada a causa de aumento de pena referida, que é de natureza objetiva, sendo suficiente, para sua configuração, a proximidade espacial com tais estabelecimentos.

Não é demais frisar que o conceito legal de imediação “*abrange a área em que poderia facilmente o traficante atingir o ponto protegido em especial, com alguns passos, em alguns segundos, ou em local de passagem obrigatória ou normal das pessoas que saem do estabelecimento ou a ele se dirigem*” (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de Drogas anotada: Lei 11.343/06. São Paulo. Ed. Saraiva).

No que concerne à dosimetria da pena de prisão, nada a reparar, porquanto no primeiro momento foi fixada no mínimo legal, no segundo momento foi mantida no mesmo patamar, à míngua de

circunstâncias alteradoras, enquanto no terceiro momento, presente a causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, foi acrescida de 1/6 (um sexto), pelo que foi tornada definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Seguindo o mesmo critério, a pena pecuniária foi fixada em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

O magistrado sentenciante deixou de reconhecer o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, aduzindo que:

“... a ré ostenta condenação pendente de confirmação pelo mesmo delito aqui tratado (fls. 76/97), praticado pouco tempo antes destes fatos, o que demonstra que se dedica ao comércio espúrio, não fazendo jus à referida causa de diminuição de pena, idealizada apenas para traficantes de pequena monta.

Outrossim, a ré não comprovou o exercício de qualquer atividade lícita durante a instrução, o que também reforça a vedação da aplicação da benesse, já que escolheu o tráfico como meio de subsistência.

O C. STJ já se pronunciou nesse sentido:

“(...) é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (...).” (EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017).

*“(...) O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de **outros processos criminais, pendentes***

de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. (...). (HC 498.401/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019). ***Destaque***” (destaque no original).

Com efeito, para além da fundamentação acima lançada, oportuno consignar que, embora a certidão juntada aos autos em 29 e fevereiro de 2024 não estivesse atualizada, em consulta aos autos do processo valorado na r. sentença constatou-se que a condenação de **Fernanda**, naqueles autos, transitou em julgado aos 9 de fevereiro de 2024, de modo que, à época da prolação da r. sentença, ela já ostentava mau antecedente, cabendo apenas lamentar que tal informação não estivesse nestes autos.

Em complemento – e desconsiderada o mau antecedente -, vale anotar que, como se sabe, a *mens legis* ao instituir a redução do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 foi beneficiar o criminoso ocasional, que agiu de modo excepcional, não sendo este o caso dos autos, pois as circunstâncias da prisão e a nefasta natureza da droga (cocaína), indicam que **Fernanda** não agiu de modo isolado, casual, demonstrando, ao contrário, o envolvimento habitual e intenso com a atividade criminosa, a ensejar o afastamento do referido redutor.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, deve ser fixado o fechado, como pleiteado pelo Ministério Público, pois o crime cometido, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador, contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório. Aliás, o tráfico permite que marginais dados

à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram “coragem” para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, ainda, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar. Igualmente como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente. E ninguém deve almejar um planeta de viciados. Frise-se que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando na sociedade a sensação de impunidade daquele que do tráfico faz seu meio de vida.

Também pelos mesmos motivos e não se olvidando do *quantum* da sanção fixada, não há cogitar em substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por tratar-se de grave crime de tráfico, ante a tamanha perniciosidade da prática criminosa que, como uma grave doença, corrói a sociedade e, atualmente, somente se equipara à corrupção, que, igualmente, sérias sequelas traz ao país.

Ante o exposto, **rejeitadas as preliminares** arguidas, no mérito **nega-se provimento** ao apelo defensivo e **dá-se provimento** ao do Ministério Público, para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
Relator
(assinado eletronicamente)