



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000383374

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1528596-75.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado LEANDRO MACIEL DE JESUS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por v.u., rejeitaram a preliminar e negaram provimento aos recursos.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) E ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

FRANCISCO ORLANDO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

@Apelação Criminal nº 1528596-75.2024.8.26.0228.

Apelantes/Apelados: Leandro Maciel de Jesus

Ministério Público.

32ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital.

Voto nº 53.856 – Relator.

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSOS DESPROVIDOS.

I. Caso em Exame

1. Leandro Maciel de Jesus foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias/multa, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. O Ministério Público e o réu apelaram da decisão. O Ministério Público busca o aumento da pena base devido aos maus antecedentes do réu, enquanto a defesa alega nulidade na ação da Guarda Civil Metropolitana e busca absolvição ou reconhecimento do tráfico privilegiado.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) a legalidade da atuação da Guarda Civil Metropolitana na prisão em flagrante; (ii) a possibilidade de aumento da pena base em razão dos maus antecedentes do réu; (iii) a aplicação do redutor de pena para tráfico privilegiado.

III. Razões de Decidir

3. A atuação da Guarda Civil Metropolitana foi considerada legal, pois a prisão em flagrante pode ser efetuada por qualquer pessoa, conforme artigo 301 do Código de Processo Penal.

4. A condenação foi mantida com base em provas materiais e testemunhais que demonstraram a prática de tráfico de drogas. A reincidência justifica o regime inicial fechado e inviabiliza o redutor de pena. Maus antecedentes não comprovados.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recursos desprovidos.

Tese de julgamento: 1. A prisão em flagrante por guardas municipais é legal. 2. A reincidência justifica o regime inicial fechado e inviabiliza o redutor de pena para tráfico privilegiado.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33

Código de Processo Penal, art. 301

Jurisprudência Citada:

STJ, HC nº 129.932, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJe 01/02/2010.

STF, HC nº 102.929/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe

04/08/2010.

O Juízo da 32ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital condenou **Leandro Maciel de Jesus** a cumprir pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e a pagar 583 (quinhentos e oitenta e três) dias/multa, como infrator do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Inconformados, Ministério Público e réu apelam.

O **órgão acusador** quer o aumento da pena base em razão dos maus antecedentes, porque o réu possui três condenações transitadas em julgado, cujas penas somadas foram extintas somente em 05 de novembro de 2023, mas apenas uma foi considerada na dosimetria (fls. 169/176).

O **réu**, por intermédio da Defensoria Pública, argui preliminar de nulidade da ação da GCM, que extrapolou sua atribuição, realizando investigação, atuando como polícia preventiva, efetuando busca pessoal. No mérito insiste na absolvição com base na insuficiência probatória. Em caráter subsidiário quer o reconhecimento do tráfico privilegiado, pois a reincidência não pode aumentar a pena e negar o redutor, sob pena de incorrer no vedado *bis in idem*; e o regime inicial semiaberto (fls. 154/165).

Contrarrazoados os recursos (fls. 192/195 e 198/210), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do ministerial.

É o relatório.

A denúncia afirmou que no dia 1º de dezembro de 2024, por volta de 15:00 horas, na Rua dos Protestantes, nº 100 - República, cidade de São Paulo, Leandro Maciel de Jesus trazia consigo, para fins de tráfico, **14 porções de cocaína, com peso de 94,6g**, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

De acordo com a denúncia, durante o trabalho de triagem do protocolo de limpeza/zeladoria da região de “Cena Aberta de Uso” (cracolândia), guardas municipais realizaram a abordagem de alguns usuários que tentaram se dispersar, dentre eles o réu, e nos pertences dele (dentro um saco contendo resíduos recicláveis) localizaram as porções de cocaína e uma balança de precisão.

Ainda segundo a denúncia, as circunstâncias da prisão, aliadas à forma de acondicionamento do entorpecente e à confissão informal do réu denotam que as drogas se destinavam à comercialização.

A preliminar não se sustenta e deve ser refutada.

Esta E. Câmara tem decidido que não há ilegalidade na atuação do guarda municipal quando efetua prisão em flagrante, já que qualquer do povo poderia agir de igual maneira.

E em que pese não seja função própria da Guarda Civil Metropolitana a revista pessoal, cabendo-lhe a função precípua de proteção do patrimônio público, não se pode exigir que permaneça inerte diante de situação de flagrante delito, ainda mais em se tratando de tráfico de drogas, delito de natureza permanente, de modo que o agente que o pratica se encontra o tempo todo em situação de flagrante delito.

E não se pode olvidar que o réu o esboçou comportamento suspeito quando os guardas prestavam apoio no trabalho de triagem do protocolo de limpeza/zeladoria na região da cracolândia, e que nos pertences dele foram encontradas as porções de “crack” e balança de precisão, fatores que justificavam a apreensão do material e a condução do réu ao distrito policial.

Ficou caracterizado, portanto, o estado de flagrância, não se vislumbrando nulidade na prisão, que pode, repise-se, ser efetuada por qualquer pessoa do povo (artigo 301, do Código de Processo Penal).

Nesse sentido, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “(...) 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*” (HC nº 129.932, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJe 01/02/2010).

Também o Colendo Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre o tema, abordando-o sob outro prisma, decidindo que não se cogita de nulidade na fase pré-processual, não havendo que falar em vício decorrente da atuação da guarda municipal capaz de contaminar a ação penal, mormente quando caracterizado o estado de flagrância e a prova colhida sob o crivo do contraditório confirma a proposta acusatória (HC nº 102.929/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 04/08/2010).

E para arrematar, o recente Decreto Presidencial nº

11.841, de 21 de dezembro de 2023, disciplinou a atuação da Guarda Municipal, notadamente quando se depara com situação de flagrante delito, dispondo o artigo 5º que: *“Na hipótese de ocorrências que configurem ilícito penal, as guardas municipais poderão: I – realizar a prisão em flagrante dos envolvidos, na forma prevista no art. 301 e art. 302 do Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941”*.

Exatamente o que ocorreu no caso em exame.

Afastada a questão prejudicial, passo à análise do mérito.

O auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), o laudo de constatação de caráter provisório (fls. 16/18) e o definitivo do entorpecente (fls. 89/91) demonstram a materialidade do delito.

O Apelante preferiu o silêncio na fase extrajudicial (fls. 04), e em juízo negou a acusação, dizendo que estava na região da cracolândia na posse de uma sacola contendo reciclagem, guardas municipais o acordaram desferindo chutes, e encontraram na sua posse três cachimbos e um isqueiro. É usuário de droga e não traficante (gravação audiovisual às fls. 144/151).

Mas a negativa não estava mesmo a merecer credibilidade, já que, isolada nos autos, foi contrariada pelos depoimentos harmônicos e coesos prestados pelos guardas civis *Thiago Luis Souza Guimarães* e *Márcio Tadeu dos Santos Ferreira*, os quais narraram em contraditório que durante patrulhamento e apoio ao pessoal que fazia zeladoria urbana e efetuava a limpeza na região da cracolândia, o réu demonstrou

nervosismo no momento que passava pela triagem, estava na posse de um saco contendo material reciclável, foi abordado, e constataram que o saco continha pedras de “crack” e uma balança de precisão. Indagado, ele alegou que transportava a droga a mando de terceiro, para em troca receber algo (gravação audiovisual às fls. 144/151).

Na fase extrajudicial os guardas fizeram as mesmas afirmações (fls. 02 e 03).

Esse conjunto probatório demonstra, com a segurança necessária, que a Apelante estava se dedicando à traficância, porque nada nos autos sugere que os guardas tenham distorcido os fatos ou falseado a verdade para imputar à ré conduta que ela não adotou, inclusive porque não a conheciam, e na jurisprudência segue prevalecendo o entendimento de que policial – e guarda municipal – não é suspeito e não está impedido de depor somente em decorrência das funções institucionais que desempenha. O depoimento que presta em juízo, como qualquer testemunha, somente merecerá reserva quando contrariado por outras provas, do que não se cogita no caso em exame.

Para a caracterização do delito de tráfico não é imprescindível que o agente seja surpreendido em plena prática mercantil. Basta que traga consigo o entorpecente com o propósito de destiná-lo ao consumo de terceiros, o que ficou bem evidenciado nos autos, porque a quantidade de porções que o réu trazia consigo é incompatível com a conduta do mero usuário.

Admitindo-se que o Apelante seja usuário de droga, nem por isso fica afastada a traficância, porque nada impede que o

usuário também se dedique ao comércio clandestino. A propósito, é comum o usuário comercializar a droga para sustentar o vício.

Mantida a condenação, passo à análise da pena e do regime prisional.

A digna juíza sentenciante aplicou a pena base no mínimo legal e na fase seguinte majorou a pena na fração de 1/6, invocando condenação por roubo praticado no dia 20/04/2013, conforme certidão de fls. 32/35.

O Ministério Público pretende o aumento da pena em razão dos maus antecedentes, mas analisando detidamente os informes de fls. 32/35 e 36/41, constato que não há registro sobre a extinção da pena aplicada ao roubo praticado no dia 09/01/2005, e mais de dez anos se passaram até a data do fato apurado nestes autos, e que não há informação sobre a data do trânsito em julgado da condenação do roubo cometido no dia 01/11/2007, não suprimindo a omissão o extrato das execuções criminais trazido com a apelação do Ministério Público.

É verdade que a Suprema Corte tem entendido que condenação pretérita, mesmo atingida pelo período depurador, configura maus antecedentes. Todavia, há julgados do Superior Tribunal de Justiça mitigando esse rigor quando se tratar de condenação muito antiga, mais de dez anos antes, por exemplo, por força do direito ao esquecimento e da vedação de pena de caráter perpétuo.

A reincidência justifica o regime inicial fechado e inviabiliza a incidência da causa especial de redução de pena, por expressa

vedação legal. E com a devida vênua não ocorre “bis in idem” na elevação da básica e negativa do redutor. Aliás, ***“O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem visto que resta afastado o requisito da primariedade do agente.”, em HC nº 363.761/TO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 18/11/2016, citado em AgRg no REsp 1.594.486/SP, Sexta Turma, Rel. Min., Rogério Schietti Cruz, DJe de 02/10/2017.***

Ante o exposto, o meu voto rejeita a preliminar e nega provimento aos recursos.

FRANCISCO ORLANDO

Relator