



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000308907

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501347-71.2023.8.26.0621, da Comarca de Cachoeira Paulista, em que são apelantes ROBERT DEIVID DA COSTA AMANCIO e LUIZ ADALBERTO PAULINO DA ROCHA, 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 aos recursos. 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), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1501347-71.2023.8.26.0621

Apelante(s): Robert Deivid da Costa Amâncio e Luiz Adalberto Paulino da Rocha

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 1ª Vara do Foro de Cachoeira Paulista

Voto nº 37893

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO PARCIAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. VALIDADE DO DEPOIMENTO DE POLICIAIS. REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADO. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

Apelação criminal interposta por Luiz Adalberto Paulino da Rocha e Robert Deivid da Costa Amâncio contra sentença que os condenou por tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06), fixando penas de 08 anos e 09 meses de reclusão, e 07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão, respectivamente, em regime inicial fechado, além de dias-multa. A sentença absolveu os réus do crime de associação para o tráfico e absolveu dois corréus da prática de ambos os delitos. O réu Érick Henrique Marcelino Marques Nunes foi condenado a 03 anos e 04 meses de reclusão, mas não recorreu. Os apelantes sustentam a nulidade do processo por violação de domicílio e, subsidiariamente, requerem a redução da pena-base.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Há duas questões em discussão: (i) verificar se houve violação de domicílio na diligência policial que resultou na apreensão das drogas e prisão dos réus; e (ii) analisar a adequação da pena imposta, especialmente a fixação da pena-base e do regime inicial de cumprimento.

III. RAZÕES DE DECIDIR

O ingresso dos policiais na residência onde os réus foram encontrados foi legítimo, pois se deu em situação de flagrante delito, nos termos do art. 302, I, do CPP, afastando a alegação de violação de domicílio.

O depoimento dos policiais responsáveis pela prisão é válido como meio de prova quando colhido sob o crivo do contraditório e em harmonia com as demais provas dos autos, conforme entendimento consolidado do STJ e do STF.

A materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas

estão demonstradas pelo boletim de ocorrência, autos de apreensão, laudos periciais e testemunhos colhidos, sendo inviável a absolvição.

A pena-base foi corretamente fixada acima do mínimo legal em razão da reincidência dos réus e da natureza e quantidade da droga apreendida, conforme art. 42 da Lei 11.343/06.

O regime inicial fechado para os réus Luiz Adalberto e Robert é adequado, considerando a reincidência e a expressiva quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso desprovido.

Tese de julgamento:

A entrada forçada em domicílio por policiais sem mandado judicial é legítima quando há fundadas razões de flagrante delito, conforme art. 302 do CPP e jurisprudência consolidada do STF.

O depoimento de policiais, quando colhido sob o contraditório e corroborado por outros elementos de prova, é idôneo para embasar condenação.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal e a imposição do regime fechado justificam-se pela reincidência e pela quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, XI; CPP, arts. 156, 202, 206, 207, 244, 302; CP, arts. 33, § 3º, 45, § 1º, 46, § 3º; Lei 11.343/06, arts. 33, caput, e § 4º, 42.

O Ministério Público ofereceu denúncia¹ contra Luiz Adalberto Paulino da Rocha, Érick Henrique Marcelino Marques Nunes, Robert Deivid da Costa Amâncio, Edmo Gustavo Américo Gomes, e Luís Gustavo Aguiar da Silva pela prática de tráfico de drogas e associação para esse fim.

A r. sentença² absolveu Edmo Gustavo Américo Gomes e Luís Gustavo Aguiar da Silva da prática de ambos os crimes, e absolveu Luiz Adalberto Paulino da Rocha, Érick Henrique Marcelino Marques Nunes e Robert Deivid da Costa Amâncio da prática do crime de associação para o tráfico de drogas, mas condenou esses três últimos por infração ao artigo 33 da Lei de Drogas às seguintes sanções: **Luiz**, à pena

¹ Folhas 01.

² Folhas 656.

de 08 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 875 dias-multa; **Robert**, à pena de 07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 729 dias-multa; e **Érick** à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 333 dias-multa, aplicado o redutor de que trata o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, restando a pena privativa de liberdade imposta a **Érick** substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, na razão de tempo prevista no artigo 46, § 3º, do Código Penal, e prestação pecuniária de 01 salário mínimo a ser pago a entidade pública ou privada com destinação social, nos termos do artigo 45, § 1º, do Código Penal.

Os réus **Luiz** e **Robert** apelaram³ pleiteando a anulação do feito por violação de domicílio. Subsidiariamente pedem a redução da pena básica. **Érick** decidiu não recorrer⁴.

Apresentadas contrarrazões⁵.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁶ pelo não provimento aos recursos.

É o relatório.

A materialidade do crime está comprovada pelo boletim de ocorrência⁷, auto de exibição e apreensão⁸, laudos periciais⁹ e pela prova oral coligida. A autoria também é certa.

Os policiais militares Luís César Franklin e Roberto da Silva Oliveira relataram que estavam em diligência na Marginal do Rio Paraíba com o objetivo de localizar uma arma mencionada por um indivíduo preso no dia anterior, nas imediações do “Beco da Negrinha”. Ao se aproximarem do local, avistaram cinco indivíduos que, ao perceberem a presença

³ Folhas 784.

⁴ Folhas 712, 719 e 741.

⁵ Folhas 251.

⁶ Folhas 824.

⁷ Folhas 17.

⁸ Folhas 25.

⁹ Folhas 41 e 402.

policial, empreenderam fuga. Durante a incursão tática pelo beco e pela residência de n.º 15, conhecida como ponto de refúgio de suspeitos (casa da D. Negrinha), localizaram três indivíduos – os ora apelantes Luiz Adalberto, Erick e Robert – escondidos em uma escada, cada um portando uma bolsa contendo drogas. Diante disso, solicitaram apoio policial, momento em que outra guarnição chegou ao local para auxiliar nas buscas.

Durante a varredura no terreno, moradores informaram que os outros dois suspeitos haviam pulado no Rio Paraíba e que um deles costumava passar a noite em um barraco nas proximidades. Os policiais realizaram buscas na área, mas não conseguiram localizar os furtivos naquele instante. No interior do barraco, encontraram documentos de um indivíduo identificado como Edmo, além de dinheiro e mais porções de cocaína e maconha. Enquanto se deslocavam para a delegacia, os policiais avistaram dois indivíduos com as roupas molhadas, o que chamou atenção da equipe. Ao abordá-los, um deles se identificou como Edmo, enquanto o outro disse se chamar Luiz Gustavo, oriundo de Pindamonhangaba. Este último possuía uma tatuagem "666" no rosto, idêntica à de um suspeito preso no dia anterior. Constatou-se que Edmo possuía mandado de prisão em Minas Gerais por roubo e latrocínio. Com eles, não foram encontradas drogas no momento da abordagem, mas a equipe já havia localizado entorpecentes e dinheiro no barraco em que supostamente se escondiam. Todos os cinco suspeitos foram presos. Os policiais esclareceram que Erick não era conhecido dos meios policiais e que não ofereceu resistência no momento da abordagem. Relataram ainda que a região do Beco da Negrinha é um dos principais pontos de tráfico de drogas em Cachoeira Paulista e que, recentemente, criminosos de Pindamonhangaba migraram para a localidade, intensificando a criminalidade e gerando grande temor na população.

Destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há porque excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES¹⁰.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹¹ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

¹⁰ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

¹¹ Da Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹²

que “para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”.

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os

¹² La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016)¹³.

No mesmo sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”¹⁴.

Os réus foram interrogados e apresentaram suas versões sobre os fatos.

O réu Luiz Adalberto Paulino da Rocha afirmou que, no dia dos fatos, estava em casa, por volta das 7h ou 8h, e se preparava para sair para o trabalho quando os policiais entraram no quintal apontando armas e ordenaram que se deitasse, ameaçando explodir o local. Relatou que os policiais arrombaram a porta com uma barra de ferro, levaram a televisão e outros bens, e que não estava com drogas naquele dia. Declarou que só soube da apreensão das drogas na delegacia, pois não presenciou a localização do entorpecente. Afirmou que conhecia apenas Robert e que foi abordado dentro do quintal.

O réu Érick Henrique Marcelino

¹³ STJ - AgRg no AgRg no Ag em Resp Nº 1.598.105/SC – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. 05/03/2020.

¹⁴ STF - HC 87.662 / PE – Rel. Min. Carlos Britto – Primeira Turma – Julgado em 05/09/2006.

Marques Nunes declarou que era usuário de drogas e estava devendo a traficantes, sendo ameaçado. Disse que, para quitar a dívida, foi vender entorpecentes e que, ao perceber a presença da polícia, correu e entrou no primeiro portão aberto que viu. Afirmou que os policiais entraram logo em seguida e o renderam dentro da casa. Alegou que estava apenas com cocaína e que não conhecia os demais envolvidos, tendo tomado ciência das prisões dos outros apenas na delegacia.

O réu Robert Deivid da Costa Amâncio relatou que conhecia a vizinhança e que, no dia dos fatos, foi até a casa de Dona Luciana, parente de Luiz Adalberto, pois iria trabalhar. Afirmou que estava catando material reciclável e que não tinha envolvimento com drogas. Declarou que os policiais entraram correndo atrás de Érick e que não reagiu à abordagem. Disse que conhecia Luiz Adalberto, mas não tinha relação com Luís Gustavo.

O réu Edmo Gustavo Américo Gomes afirmou ser de Minas Gerais e que, no dia dos fatos, estava em frente à quadra coberta, perto do Parque Ecológico, quando foi abordado pelos policiais e informado de sua prisão. Disse que não conhecia os outros réus e que as drogas foram apresentadas pelos policiais apenas na delegacia. Alegou que estava caminhando normalmente e que não estava com roupas molhadas.

Por fim, o réu Luís Gustavo Aguiar da Silva optou por permanecer em silêncio durante o interrogatório.

A versão exculpatória ofertada não convence.

Destaca-se, quanto ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer

por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA¹⁵, neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”*.

GUSTAVO BADARÓ¹⁶ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”*.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO¹⁷, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis”*.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova,

¹⁵ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

¹⁶ *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

¹⁷ *In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”* – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”* ¹⁸.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Deste modo, deve-se afastar a versão exculpatória.

Ademais, no curso da ação policial, foram apreendidas com Robert 15 pedras de crack, 1,72g de cocaína acondicionadas em 14 *eppendorfs*, além de 16,5g de cocaína distribuídas em 30 *eppendorfs*. Com Érick os policiais localizaram 1,63g de cocaína, divididas em 14 porções, bem como 04 pedras de crack, e com Luiz Adalberto havia 74,67g de maconha, fracionadas em 3 tabletes, além de 23,74g de cocaína acondicionadas em 47 *eppendorfs*, e 1,65g de cocaína, distribuídas em 14 *microtubos*. Além disso, no interior da residência onde estavam foram apreendidos 110,71g de maconha, distribuídos em 7 tabletes.

Portanto, a expressiva quantidade e variedade de drogas, a forma de acondicionamento e a apreensão dos réus em ponto de venda de drogas, demonstram o profundo envolvimento do réu com a venda de entorpecentes.

Além disso, já em julgados das Cortes Superiores:

“Confira-se: a literatura jurídica já revelou, p.ex., a apreensão de 3 invólucros de maconha, com o peso de 1,8g. (STJ - RHC nº 37.033/MG - Quinta Turma Relatora Ministra Laurita Vaz - j. 22.10.2013); de 7 invólucros contendo cocaína, com o peso de

¹⁸ Ob. Cit. – p. 455.

1,44g (STF HC nº 111.247/MG 2ª Turma Relator Ministro Ricardo Lewandowski - j. 27.03.2012), e de 104 'pedras' de crack, com o peso de 12,9 g. (STF HC nº 114.390/RS 1ª Turma Relator Ministro Luiz Fux j. 20.08.2013.)”¹⁹.

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,2 gramas, cada porção de maconha equivale a cerca de 0,6 gramas e cada porção de *crack* equivale a 0,1 grama.

Portanto, a droga encontrada é suficiente para **cerca de 226 porções individuais de cocaína, 190 de crack e 309 de maconha.**

O crime de tráfico de entorpecentes, para sua tipificação, não exige a prova do elemento subjetivo do tipo.

Assim, *quaestio* a ser apreciada é a necessidade ou não de demonstração do fim de mercancia (traficância) para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes.

VICENTE GREGO FILHO²⁰, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²¹, “*de modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria “integridade da estirpe”, conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo,*

¹⁹ TJSP - Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.

²⁰ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

²¹ Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico”.

Aplica-se ao crime de tráfico de entorpecentes da Lei 11.343/06 a mesma explicação, visto a similitude do tipo penal da lei anterior com o da lei atual.

Neste sentido, o crime de tráfico de entorpecentes, em ambas as leis, é um tipo misto alternativo, onde a narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Assim, as condutas de trazer consigo, guardar, transportar etc. não exigem especial fim de agir.

É um tipo congruente, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente simétrico, conforme ZAFFARONI.

O tipo congruente, ou congruente simétrico, caracteriza-se pela exigência de congruência entre os aspectos objetivo e subjetivo, no sentido de que contenha apenas o querer a realização do tipo objetivo (dolo natural).

Assim, nas figuras de adquirir, guardar, trazer consigo, transportar, entre outras, basta que não exista a finalidade do exclusivo uso próprio, presente no tipo do artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06, para que se configure a tipo subjetivo do crime de tráfico de entorpecentes.

Ou seja, apenas o artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06 é que são tipos incongruentes, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente assimétrico, na terminologia de ZAFFARONI.

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de entorpecentes.

Este é o entendimento adotado pelo
E. Supremo Tribunal Federal:

“Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexó com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de “ter em depósito, sem autorização”²².

Também é este o entendimento do
Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, conseqüentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²³

Por tais motivos, ainda que estivesse ausente a prova de que os acusados pretendiam comercializar a droga (o que não é verdade), uma vez que não ficou configurado que a droga se destinava ao seu uso pessoal, plenamente demonstrado o crime de tráfico de entorpecentes. Mesmo porque, como já exposto acima, existem indícios que apontam para a entrega a terceiros, como a quantidade, a forma de acondicionamento das drogas e a tentativa de ocultação, de maneira que a condenação por tráfico era mesmo de rigor.

Da alegação de violação de

²² STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

²³ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

domicílio

No caso em análise, não há que se falar em violação de domicílio, uma vez que a entrada dos policiais na residência de n.º 15 e no barraco próximo ao Rio Paraíba se deu em contexto de flagrante delito, situação em que a inviolabilidade do domicílio prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, cede espaço à atuação legítima das forças de segurança.

Os depoimentos dos policiais Luís César Franklin e Roberto da Silva Oliveira demonstram que a diligência teve início com a busca por uma arma mencionada por um indivíduo preso no dia anterior. Durante essa operação, ao se aproximarem do Beco da Negrinha, local reconhecido como ponto de refúgio de criminosos e tráfico de drogas, avistaram cinco indivíduos que, ao perceberem a presença policial, empreenderam fuga. A evasão dos suspeitos, por si só, já configura fundada suspeita para a abordagem e perseguição policial, conforme autoriza o artigo 244 do Código de Processo Penal.

Ao ingressarem no beco e na residência de n.º 15, identificada como ponto de refúgio de suspeitos, os agentes localizaram três indivíduos escondidos em uma escada, cada um portando uma bolsa contendo drogas, o que caracteriza a situação flagrancial prevista no artigo 302, inciso I, do Código de Processo Penal. Nessas circunstâncias, a atuação policial foi legítima e necessária para a contenção do crime em andamento.

Além disso, os moradores da região informaram que os outros dois suspeitos haviam pulado no rio e que um deles costumava se esconder em um barraco nas imediações. Ao procederem com a busca no referido barraco, os policiais encontraram documentos pertencentes ao indivíduo Edmo, bem como dinheiro e entorpecentes, reforçando o estado de flagrância. A posterior abordagem de Edmo e Luiz Gustavo, ambos com roupas molhadas, confirmou a suspeita de que eram os fugitivos mencionados, sendo um deles procurado por crimes

graves em Minas Gerais.

Dessa forma, não há que se falar em violação de domicílio, pois a entrada dos agentes nas referidas residências decorreu de uma situação de flagrante delito, nos termos da legislação vigente e da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, que admite a entrada forçada em domicílio sem mandado quando há elementos concretos que evidenciem a prática criminosa, como ocorreu no presente caso.

A fuga dos suspeitos, a localização de drogas e dinheiro nas dependências onde se esconderam e as informações prestadas pelos moradores são suficientes para afastar qualquer alegação de ilegalidade na atuação policial, evidenciando que as medidas adotadas foram proporcionais e necessárias para a repressão do crime em andamento.

Da dosimetria

Luiz Adalberto

Na primeira fase a pena básica foi corretamente estabelecida acima do mínimo no mínimo legal, isto é, 07 anos e 06 meses de reclusão e 750 dias-multa, em razão dos maus antecedentes e da natureza da droga apreendida, especialmente o *crack*.

Na segunda fase a pena foi acrescida de mais 1/6 em razão da reincidência, alcançando 08 anos e 09 meses de reclusão e 875 dias-multa.

Na terceira fase, a pena restou inalterada, sendo inviável o redutor em face da reincidência.

Robert

A pena básica foi fixada em 1/8 acima do mínimo legal em razão da natureza da droga apreendida, inclusive *crack*, restando assentada em 06 anos e 03 meses de reclusão e 625 dias-multa.

Na segunda fase a pena foi acrescida de 1/6 em razão da reincidência, alcançando 07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão e 729 dias-multa.

Na terceira fase a pena restou inalterada, sendo inviável o redutor em face da reincidência.

O regime fechado imposto a **Luiz Adalberto** e **Robert** era mesmo de rigor. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza da droga apreendida (cocaína e *crack*) também indica maior reprovabilidade, visto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Além disso, **Luiz Adalberto e Robert são reincidentes**, o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA²⁴, para quem a pena para ser justa deve ter o rigor necessário para desviar o homem da senda do crime, ao afirmar que *“una pena sia giusta, non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti* (‘para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos’).”

Por fim, em relação ao corréu **Érick**, que não apelou da condenação, verifico que na primeira fase a pena básica foi estabelecida no mínimo legal, isto é, 05 anos de

²⁴ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.

reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase a pena restou inalterada. Na terceira fase a pena foi reduzida de 1/3 em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado, totalizando 03 anos e 04 meses de reclusão e 333 dias-multa. O regime prisional imposto a **Érick** foi o aberto, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por restritivas de direitos, não havendo alteração a ser feita a favor da defesa.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO**
aos recursos.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica