



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000322379

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502577-88.2023.8.26.0544, da Comarca de Campo Limpo Paulista, em que é apelante MARCOS EDUARDO FERREIRA DA SILVA, 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: **Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. 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, 1º de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1502577-88.2023.8.26.0544

Apelante(s): Marcos Eduardo Ferreira da Silva

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 1ª Vara do Foro de Campo Limpo Paulista

Voto nº 38390

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

O apelante foi condenado por tráfico de drogas, com base no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado e 583 dias-multa. A apelação foi interposta alegando ilegalidade na atuação dos guardas municipais, ausência de fundada suspeita, insuficiência de provas para condenação, inimputabilidade por uso de drogas e, subsidiariamente, desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas ou aplicação do redutor.

II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a legalidade da atuação dos guardas municipais; (ii) a existência de fundada suspeita para a busca pessoal; e (iii) a suficiência das provas para a condenação por tráfico de drogas.

III. Razões de Decidir 3. A atuação dos guardas municipais foi considerada legal, com base no poder de polícia conferido pela Constituição Federal e pelo Estatuto dos Guardas Municipais. 4. A busca pessoal foi justificada pela fundada suspeita, baseada no comportamento do acusado em local conhecido por tráfico de drogas. 5. A condenação por tráfico foi mantida, considerando a quantidade e natureza das drogas, depoimentos de agentes públicos e ausência de provas pela defesa que sustentassem a alegação de uso pessoal.

IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A atuação dos guardas municipais é legal e legítima. 2. A busca pessoal foi realizada com fundada suspeita. 3. A condenação por tráfico de drogas é mantida pela suficiência das provas apresentadas.

Legislação Citada:

Constituição Federal, art. 144, § 8º.

Código de Processo Penal, art. 240, § 2º; art. 156.

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput; art. 42.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC 199.227/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 28/04/2015.

STF, ADPF, Plenário, Sessão Virtual de 18.8.2023 a 25.8.2023.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

O réu apelou² alegando preliminarmente ser ilegal a atuação dos guardas municipais e não existir fundada suspeita. No mérito sustentou inexistir prova suficiente para a condenação ou ser o acusado inimputável em razão do uso de drogas. Subsidiariamente requereu ser cabível a desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas ou aplicação do redutor. Por fim, requer a fixação de regime mais brando, bem como aplicação de pena restritiva de direitos.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

Da preliminar de atuação dos guardas municipais

Importante discutir para que se evite eventual alegação acerca do poder de polícia dos guardas civis.

O artigo 144, § 8º, da Constituição Federal preceitua que: *“A segurança pública, dever do Estado, direto e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 8º - Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”*

Logo se verifica que a Constituição Federal não retira dos membros da Guarda Civil Municipal a

¹ Folhas 354.

² Folhas 421.

³ Folhas 445.

⁴ Folhas 459.

condição de agentes de autoridade, legitimados a praticar atos de defesa à sociedade, inclusive em situações análogas às da espécie, qual seja, prender em flagrante e acompanhar a mercancia de drogas.

Ademais, o Estatuto dos Guardas municipais (Lei nº 13.022/14) trata da possibilidade de patrulhamento preventivo (artigo 3º, III) e da colaboração integrada com os demais órgãos de segurança pública (artigo 5º, IV). Portanto, lhes foi conferido poder de polícia, o que legitima tal atuação.

Neste sentido é inclusive o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Na linha dos precedentes desta Corte, “não há falar em ilegalidade na prisão em flagrante realizada por guardas civis municipais. Consoante disposto no art. 301 do CPP, ‘qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito’”⁵

Ademais, o Supremo Tribunal Federal vetou a possibilidade de se excluir o poder de polícia dos guardas municipais:

“O Tribunal, por maioria, conheceu da arguição, convolou o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo da ADPF e, no mérito, julgou procedente a presente ADPF, para, nos termos do artigo 144, § 8º, da CF, conceder interpretação conforme à Constituição ao artigo 4º da Lei 13.022/14 e ao artigo 9º da 13.675/18 declarando inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública, tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber (Presidente), que não conheciam da arguição, e os Ministros André Mendonça, Cármen Lúcia e Nunes Marques, que não conheciam da arguição e, vencidos, divergiam do Relator para, no mérito, julgar procedentes, em parte, os pedidos, nos termos de seus votos. Plenário, Sessão Virtual de 18.8.2023 a 25.8.2023.”⁶

Portanto, inviável se concluir pela

⁵ STJ - AgRg no HC 884287 / SP – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma - DJe 22/08/2024.

⁶ STF - ADPF 995 – Rel. Min. Alexandre de Moraes – Plenário – 18.08.2023

ilegalidade da diligência pelo simples fato de a atuação ter se dado por guardas municipais.

Da preliminar relacionada à fundada suspeita

Acerca da busca pessoal consoante artigo 240, § 2º do Código de Processo Penal exige-se para sua ocorrência a fundada suspeita.

Sobre o tema entende o Superior Tribunal de Justiça:

*“No que se refere à busca pessoal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que se exige, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência”.*⁷

Segundo mencionado aresto a fundada suspeita demanda: 1. Um juízo de probabilidade com a maior precisão possível; 2. Aferição a partir de parâmetros objetivos; 3. Justificação por indícios e circunstâncias do caso concreto.

No caso em tela o acusado trazia consigo entorpecentes, notadamente porque, estando em local conhecido como ponto de venda de drogas, ao notar a aproximação da guarnição, agitou-se, portanto, há fundada suspeita.

Em se tratando de denúncia anônima devidamente especificada a partir de dados concretos e precisos entendeu a mesma Corte haver fundada suspeita:

“PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA

⁷ STJ - AgRg no REsp 2036733 / SP – Rel. Min Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma – Dje 28/06/2023.

COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL/VEICULAR. BUSCA DOMICILIAR. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA ANÔNIMA ESPECIFICADA. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA (grifo nosso). *PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

1. *A prolação de decisão unipessoal pelo Ministro Relator não representa violação do princípio da colegialidade, pois está autorizada pelo art. 34, inciso XX, do Regimento Interno desta Corte em entendimento consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio do enunciado n. 568 de sua Súmula.*

2. *A teor do art. 244 do CPP, a busca pessoal independerá de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. A busca pessoal/veicular é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto.*

3. *No caso, a ação policial se baseou em informações concretas e precisas acerca da prática do crime de tráfico pelo paciente, contando inclusive com o endereço onde eram guardados os entorpecentes* (grifo nosso), *a partir do que a diligência levada a termo culminou na apreensão, com o paciente, de uma porção de cocaína. No veículo, foi localizada uma conta de água e chaves, relativas ao endereço mencionado na denúncia anônima. Por sua vez, no imóvel indicado, foram encontrados 10 tijolos de maconha (8 inteiros e duas metades), 1 tijolo de cocaína e mais 03 porções da mesma droga, bem como balança, peneira, facas, assadeira e uma quantidade considerável de munições (49 quarenta e nove) de calibre 12.*

4. *De tal modo a denúncia anônima foi minimamente confirmada* (grifo nosso), *sendo que a busca pessoal/veicular (revista) e a busca domiciliar traduziram em exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial, o que justificou a abordagem após a confirmação das informações relatadas na denúncia apócrifa.*"⁸.

Portanto, rejeito a preliminar.

Do mérito

⁸ STJ - AgRg no HC 831827 / SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – Dje 30/06/2023.

O auto de apreensão⁹ e o laudo toxicológico¹⁰, que restou positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que as substâncias são entorpecentes, maconha, cocaína e crack.

Quanto à autoria, interrogado, o acusado negou a prática delitiva, alegando, em suma, que é usuário de drogas e que todos os entorpecentes se destinavam ao seu consumo. Historiou ter se aproveitado de momento de distração do traficante e surrupiado os entorpecentes com ele apreendidos quando foi abordado pelos guardas municipais, substâncias que consumia há dois dias após brigar com a mulher. Conhece Daniel Gomes Machado “de vista”, da vila onde mora. Cada porção de crack custava R\$ 10,00 (dez reais). Não costuma consumir maconha.

O acusado negou a traficância, sustentando ser usuário. Contudo, sua versão não merece guarida.

Destaca-se, quando 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 MALATESTA¹¹, 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*

⁹ Folhas 16.

¹⁰ Folhas 192.

¹¹ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

acusado”.

GUSTAVO BADARÓ¹² 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 FILHO¹³, 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, 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”* ¹⁴.

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”.

¹² Ônus da prova no processo penal – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

¹³ In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

¹⁴ Ob. Cit. – p. 455.

Deste modo, deve-se afastar a versão do réu.

O guarda municipal Giovanni Eduardo Neves, condutor do flagrante, sob compromisso, relatou que estavam em duas motocicletas. No local, ponto de narcotráfico, divisaram dois indivíduos próximos, os quais demonstraram bastante nervosismo e viraram de costas, à guisa de se apartarem um do outro. Em busca pessoal, apreenderam grande quantidade de drogas no bolso do acusado. Este disse ser usuário e ter encontrado as substâncias entorpecentes por ali.

Diego de Barros Sena, colega de Giovanni, compromissado, reportou que estavam em patrulhamento. Ao avistar as motocicletas da Guarda Municipal, o acusado, estando em local conhecido nos meios policiais como ponto de tráfico, demonstrou nervosismo. Em busca pessoal, encontraram drogas e uma garrafa de Corote com o increpado. Informalmente, o réu disse ser usuário de drogas.

Os policiais narraram como se deu a apreensão das drogas em poder do acusado. Não há motivos para se duvidar de tais depoimentos.

Inicialmente 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 MEIRELLES¹⁵.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹⁶ 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.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹⁷ 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 avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”*.

Por tais motivos o depoimento de

¹⁵ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

¹⁶ *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

¹⁷ *La logica delle prove in materia criminale* – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

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 contraditados, 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.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”¹⁸.

No mesmo sentido há 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”¹⁹.

¹⁸ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

¹⁹ STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

Portanto, ante a prova oral devidamente comprovada a autoria delitiva.

A quantidade, incomum com a figura do usuário, 8,4 gramas de maconha, 47,2 gramas de *crack* e 66,7 gramas de cocaína²⁰; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; e, o fato de que o réu não teria condições econômicas²¹ para possuir a droga para seu uso pessoal, dão a necessária certeza de que a droga se destina ao tráfico ilícito.

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 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.)”²².

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,25 grama, cada porção de crack equivale a cerca de 0,1 grama e cada porção de maconha equivale a cerca de 0,6 grama. Portanto, a droga encontrada é suficiente para **cerca de 266 porções individuais de cocaína, 472 de crack e 14 de maconha.**

Ademais, 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.

²⁰ Folhas 111.

²¹ Folhas 07 – desempregado.

²² TJSP - Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.

VICENTE GREGO FILHO²³, 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 BARRETO²⁴, *“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, 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

²³ Tóxico prevenção-repressão – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

²⁴ Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

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”²⁵.

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

²⁵ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

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, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²⁶

Por tais motivos, ainda que se entenda que ficou ausente a prova de que a parte acusada pretendia comercializar a droga, 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 para terceiros.

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor.

Inviável acolher a tese de inimputabilidade do acusado pelo uso de drogas.

Por fim, necessária a análise da questão da imputabilidade.

Segundo ZAFFARONI²⁷, “a imputabilidade é capacidade psíquica de ser sujeito de reprovação, composta da capacidade de compreender a antijuridicidade da conduta e da de adequá-la de acordo com esta compreensão”.

A inexistência de imputabilidade encontra-se ligada, segundo a doutrina, aos transtornos mentais (transitórios ou definitivos); à embriaguez completa por álcool ou substância análoga (involuntária, proveniente de caso fortuito ou força maior); à menoridade; e à dependência de drogas ou substância análoga que causem síndrome de abstinência e alteração da percepção.

Como visto, segundo a causa de

²⁶ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

²⁷ *Manual de Direito Penal Brasileiro* – 4ª Ed. – São Paulo: RT – 2002 – p. 626.

inimputabilidade ou semi-imputabilidade, ela é uma condição do agente independentemente da conduta praticada ou uma condição do agente perante uma conduta específica a ser analisada.

No tocante à diminuição em face da dependência de entorpecentes, mostra-se necessário que a síndrome de abstinência e a intoxicação suprimam do agente a compreensão da ilicitude ou sua capacidade de agir segundo esta compreensão.

Neste sentido, JOSÉ CEREZO MIR²⁸, esclarecendo que *“en la eximente incompleta de intoxicación por bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan análogos efectos, o de obrar bajo la influencia de un síndrome de abstinencia estarán comprendidos todos los supuestos en que el sujeto como consecuencia de la intoxicación, o de hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia”*.

Ainda que tenha algum discernimento prejudicado para usar drogas, para outras condutas, não existe impedimento para que a pessoa acusada tenha entendimento quanto à ilicitude e aja segundo este entendimento.

Tratando-se de dependência de entorpecente, não se configura a incapacidade do agente para todo e qualquer ato, mas para condutas específicas, posto que não seja afetado em seu julgamento e capacidade de determinação para todos os atos da vida.

Neste sentido, afirma FRANZ VON LISZT²⁹ que *“deve-se igualmente admitir que, em materia de direito penal, no mesmo homem e no mesmo momento essa capacidade ora existe, ora falta, conforme trata-se deste ou daquele grupo de ações delictuosas”*³⁰. Ou seja, que para alguns atos de uma pessoa está presente a inimputabilidade ou semi-imputabilidade e para outros atos não. Deve-se averiguar não a existência de uma perfeita compreensão e determinação do agente, posto que esta apesar de não existir, não afasta a imputabilidade, mas que *“como toda perturbação da saúde perfeita do corpo*

²⁸ *Derecho Penal: parte general* – 1ª Ed. Brasileira – São Paulo: RT – 2007 – p. 955-956.

²⁹ *Tratado de Direito Penal Alemão* – Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. Editores – 1899 – t. I – p. 257 e 268.

³⁰ Sic.

não póde ser qualificada de enfermidade, tambem qualquer desarranjo da actividade mental não exclue a imputabilidade; o minimo, com que o direito em geral se deve contentar, constitue tambem aqui o limite inferior. Por isso (...) a imputabilidade, exige um estado que exclua 'o livre exercicio da vontade' do agente” ³¹.

No mesmo sentido, WINFRIED HASSEMER³², para quem *“el agente tiene que ser, en base a su desarrollo corporal y su salud corporal y mental capaz de culpabilidad, es decir, estar en situación de comprender la ilicitud del hecho y dirigir su actuar conforme a esa comprensión. Debe Haber estado en situación de conocer la prohibición o el mandato que infringe con su acción. Y, finalmente, debe serle también exigible el comportamiento obligado por el Derecho”*. Segundo o autor basta, para a existência da imputabilidade, que o agente compreenda a ilicitude do fato e dirija seu atuar segundo esta compreensão.

Em tendo limitado a capacidade de compreender e agir apenas quanto ao uso da droga, possui o réu capacidade para responder por infrações penais não ligadas a tal fato.

Analisando a capacidade de motivação de acordo com a norma, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ³³ afirma que o problema *“se refere primariamente à sua vontade potencial, ao seu poder de actuar de forma diferente (ou seja, de acordo com a norma) e toma este poder como pressuposto, critério e conteúdo de toda culpa jurídico-penal”*.

Atendendo a estes critérios, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO. DEPENDÊNCIA QUÍMICA. USO DE ENTORPECENTES. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA. EXTENSÃO AUTOMÁTICA. TRAFICÂNCIA. DESCABIMENTO. CONDUTAS DE NATUREZA DIVERSA. MATÉRIA PROBATÓRIA. 1. O reconhecimento da condição de semi-imputabilidade, em razão de dependência química, no tocante ao delito de uso de entorpecentes, não importa na extensão

³¹ Sic.

³² *Fundamentos del derecho penal* – Barcelona: Bosch Casa Editorial – 1984 – p. 268.

³³ *O problema da consciência da ilicitude em direito penal* – 5ª Ed. – Portugal: Coimbra Editora – 2000 – p. 219.

dessa condição ao delito de tráfico, mormente quando o laudo pericial expressamente ressaltou que o Paciente tinha imputabilidade plena no que diz respeito ao último delito. 2. Como ressaltado na sentença, o fato de que o Paciente não conseguiria recusar a uma oferta de drogas para consumo próprio não importa, automaticamente, na sua incapacidade de evitar o exercício da traficância, tendo em vista a natureza diversa das condutas. 3. Se as instâncias ordinárias, a partir conjunto probatório rechaçaram inteiramente a condição de semi-imputabilidade do Paciente, é descabido rever a conclusão na via estreita do habeas corpus, diante da necessidade de revolvimento do acervo probante dos autos. 4. Ordem denegada”³⁴.

Estando limitado o agir do réu apenas quanto ao uso de entorpecentes, seu poder de atuar no tocante a outras condutas é pleno, motivo pelo qual deve ser tido por imputável.

Tanto assim que PAULO CÉSAR BUSATO³⁵ expõe que “é imprescindível, ainda, que haja coincidência entre a presença da circunstância determinante da incapacitação, a falta de compreensão ou de determinação e a realização do ilícito, conforme deixa claro o art. 26 do Código Penal brasileiro com o uso da expressão no momento do fato”.

Portanto, não acolho a tese de inimputabilidade.

Passo a análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase em razão dos maus antecedentes³⁶ mantenho o aumento de um sexto e a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase inexistem circunstâncias.

Por fim, na terceira fase inexistem circunstâncias. Inviável o redutor, vez que os antecedentes, aliados a quantidade de drogas (**cerca de 266 porções**

³⁴ STJ - HC 164338/SP – rel. Min. Laurita Vaz – j. 12/04/2011.

³⁵ *Direito Penal*: parte geral – São Paulo: Atlas – 2013 – p. 559.

³⁶ Folhas 129.

individuais de cocaína, 472 de crack e 14 de maconha) a à condição de desempregado denotam que se dedica a traficância.

A grande quantidade de entorpecente apreendida (**cerca de 266 porções individuais de cocaína, 472 de crack e 14 de maconha**) denota que há profissionalização no tráfico de drogas, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância não seria confiado montante substancial de entorpecentes.

Portanto, a grande quantidade, indicativa de profissionalização, demonstra que o acusado se dedica a atividades criminosas e, obsta a aplicação do redutor no presente caso.

Importante ressaltar que não há *bis in idem* na consideração da quantidade para elevar a pena base e, posteriormente, para obstar a aplicação do redutor.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, visto que o montante do entorpecente apreendido apenas agravou a sanção de piso, não tendo sido adotado como parâmetro de aplicação na terceira, porquanto, em razão das circunstâncias do crime, a Corte de origem reconheceu o envolvimento do paciente com atividades ilícitas, sendo esse o motivo que impossibilitou a incidência do redutor, conforme destacado no decisum impugnado”³⁷.

Ademais, a mesma Corte entende ter a quantidade o condão de afastar o redutor, quando indicar profissionalização:

"CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO "TRÁFICO PRIVILEGIADO" (LEI N. 11.343/2006,

³⁷ STJ – AgRg no HC 268565 / MS – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 23/10/2014.

ART. 33, § 4º). IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

02. "A diversidade e a quantidade de droga justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (HC 199.227/SP,

Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 28/04/2015; HC 315.716/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015; HC 312.452/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015).

À luz desses precedentes e da premissa fática estabelecida no acórdão impugnado - o réu "trazia consigo e em momento anterior

adquiriu droga, consistentes em 74,4 gramas de maconha, acondicionadas em 54 trouxinhas plásticas, e 36,07 gramas de cocaína, acondicionadas em 26 supositórios plásticos e 49 trouxinhas plásticas" -, não há como aplicar a causa de diminuição de pena do "tráfico privilegiado" (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º).

03. Habeas corpus não conhecido"³⁸

Portanto, mantenho a reprimenda de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes (**cerca de 266 porções individuais de cocaína, 472 de crack e 14 de maconha**). 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 das drogas apreendidas (**cocaína e crack**) também indica maior reprovabilidade, visto que tais entorpecentes possuem 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, **o réu tem maus antecedentes**, o

³⁸ STJ – HC n. 317.721/SP – Rel. Min. Newton Trisotto – Quinta Turma – DJe de 03/08/2015.

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 BECCARIA³⁹, 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’)”.

Ante os maus antecedentes inviável o redutor.

Ante o exposto, **REJEITO AS PRELIMINARES e NEGÓ PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica

³⁹ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.