



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000322398

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1537538-33.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VANDER BATISTA GOMES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Processo nº 1537538-33.2023.8.26.0228

Apelante: Vander Batista Gomes

Apelado: Ministério Público

Origem: 15ª Vara Criminal do Fórum Criminal Central da Barra Funda

Juiz(a) Prolator(a): Dr(a). Manoela Assef da Silva

Data do fato: 28/12/2023

Voto nº 38175

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Vander Batista Gomes foi condenado por tráfico de drogas, com pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Apela pedindo absolvição por insuficiência de provas, ou, subsidiariamente, redução da pena e substituição por restritivas de direito.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em verificar a suficiência do conjunto probatório para a condenação por tráfico de drogas e a possibilidade de aplicação de pena mais branda.

III. Razões de Decidir

3. Depoimentos de policiais confirmam a apreensão de drogas e admissão do réu sobre a posse e destinação à venda.

4. A quantidade de drogas apreendidas e a forma de acondicionamento indicam tráfico ilícito, não uso pessoal.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. Depoimentos de policiais são válidos e suficientes para condenação. 2. A quantidade de drogas apreendidas confirma destinação ao tráfico.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 33, § 3º

Código de Processo Penal, arts. 156, 202, 206, 207

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput

Jurisprudência Citada: STJ, AgRg no HC 675.003/GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 03/08/2021; STF, HC

87.662/PE, rel. Min. Carlos Ayres Britto, J. 05/09/2006

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 11.343/06, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa.

O réu apelou² pedindo a absolvição por insuficiência do conjunto probatório. Subsidiariamente pediu a fixação da pena base no mínimo legal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a fixação de regime mais brando.

Apresentadas contrarrazões³.

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

É o relatório.

No mérito.

O auto de apreensão⁵ e o laudo toxicológico⁶, que restou positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que a substância é entorpecente (maconha).

A autoria também é certa.

O réu, em juízo, negou os fatos. Disse que chegou do serviço por volta das 16:00 horas, deixou as suas coisas em casa e foi comprar um cigarro de maconha na biqueira. Afirmou que quando comprou, a viatura desceu a rua e eles

¹ Folhas 199.

² Folhas 226.

³ Folhas 282.

⁴ Folhas 271.

⁵ Folhas 12/13

⁶ Folhas 142/144

abordaram o olheiro da boca de tráfico. Eles entraram correndo. Uns outros rapazes correram. Foi abordado, perguntaram quem tinha passagem. Dois foram atrás dos outros que correram no fundo e um permaneceu com o interrogando. Os outros indivíduos foram liberados porque não tinham passagem, enquanto acabou detido. Depois de algum tempo, os policiais voltaram com a mochila, dizendo que era sua. Disseram que para não ser preso, ou dava uma arma ou um barraco com droga para os policiais. Não viu onde os militares acharam a mochila. Disse que conheceu Wallace Fernandes Costa Leite, o qual lhe disse que foi preso pelos mesmos policiais e foi forjado. E Wallace foi absolvido da prática do crime de tráfico. Nunca traficou na vida porque sabe que o tráfico destrói várias famílias.

Assim, o acusado negou a prática da traficância.

A negativa não convenceu.

A testemunha Pedro Henrique da Silva Gonçalves, policial militar, informou que estava em patrulhamento quando viu um indivíduo, em um ponto de tráfico, correndo para dentro da comunidade. Saíram no encalço dele, mas o perderam de vista. Todas as casas que passaram tinham sinal de habitação, inclusive os moradores saíram para atender a equipe. Na residência em que ele se encontrava, encontraram a porta aberta e o acusado foi encontrado sentado no vaso sanitário, com a roupa. Ele se levantou e veio em nossa direção. O réu tinha as características da pessoa que viu correndo para dentro da viela. Indagado se era a residência dele e ele disse que não, que tinha entrado pelo fato da população do tráfico de drogas ter corrido. Indagado se tinha algo de ilícito na casa e ele disse que tinha uma porção de entorpecente embaixo do sofá. Ele disse que ia vender a droga para pessoa de classe média alta, “os boys”. Em busca na residência, abriu um armário e caiu uma mochila. Na mochila tinham os tabletes de maconha. Ele disse que ia vender os tabletes, mas estava esperando alguém na viela para verificar o produto e realizar a venda. Quando o réu correu, ele tinha a mochila preta nas costas. Disse que não conhecia o acusado de outras abordagens. Não se recordou de outras características da mochila em face do tempo decorrido. O

acusado disse que correu porque o pessoal do tráfico correu. Não lembrou da cor da casa, mas descreveu a casa. O guarda-roupa estava próximo a ele. Na casa não havia outros objetos relacionados ao tráfico. Somente viu o réu correndo na ocasião.

A testemunha Erivaldo Francisco de Santana, policial militar, prestou depoimento no mesmo sentido que a testemunha Pedro. Acrescentou que o acusado confessou no momento e disse que estava em dificuldades financeiras e adquiriu a droga para fazer um dinheiro. Não viu o acusado com a mochila. O local é conhecido como ponto de tráfico. Afirmou que não conhecia o acusado antes dos fatos. Com a aproximação policial, o réu correu para o beco onde havia algumas casas. Passaram de casa em casa e verificaram que a casa onde o réu foi encontrado estava aberta. Ele disse que não morava no local e que invadiu a casa para fugir da abordagem. Não se recorda quantos indivíduos saíram correndo. Não se recordou da cor da casa. Descreveu a casa como imóvel que tinha uma janela, uma porta um pouco entreaberta. A casa estava mal arrumada. Disse que chamou por moradores, ninguém apareceu, quando empurrou a porta, ela se abriu. A casa tinha cozinha, quarto e banheiro. A mochila caiu do guarda-roupa quando o policial o abriu.

Assim, os policiais confirmaram a apreensão de drogas no local onde o apelante foi encontrado escondido e ainda acrescentaram que ele admitiu a responsabilidade sobre os entorpecentes localizados e que se destinavam à venda. O policial Pedro ainda afirmou que o réu tinha as características do indivíduo que viu correndo para a viela e que ele correu com a mochila preta nas costas.

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 MEIRELLES⁷.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA⁸ 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 MALATESTA⁹ 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*

⁷ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

⁸ *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

⁹ *La logica delle prove in materia criminale* – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

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 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.

“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)”¹⁰.

*“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE*

¹⁰ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

DIMINUIÇÃO DA PENA.

ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA.

PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO.

PRECEDENTES. MANTIDO O REGIME PRISIONAL E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

- In casu, não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem reconheceram expressamente que o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas sim, com habitualidade, ou seja, que o paciente se dedicava a atividades criminosas, pois além da expressiva quantidade da droga apreendida - 2,02 kg de cocaína -, foram encontrados diversos petrechos que sustentam o juízo de fato de que ele praticava a mercancia ilícita já há algum tempo. Em verdade, a prova dos autos leva a crer que o paciente mantinha estrutura de refino de drogas em sua residência. Notadamente, foram localizados um revólver, uma balança de precisão, rolo de fita adesiva, liquidificador, duas facas de cozinha, uma máscara de filtro químico, duas prensas hidráulicas e ácida bórico, usando para a diluição do material entorpecente.

- Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

Precedentes.

- Ademais, 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, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.

- Mantida a sanção em patamar que excede quatro anos de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de alteração do regime para a modalidade aberta e de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

- *Agravo regimental não provido*”¹¹.

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”*¹².

Assim, visto a prova, a responsabilidade do apelante pelas drogas apreendidas se infere pelo depoimento dos policiais, os quais confirmaram a apreensão dos entorpecentes na casa onde o réu foi localizado escondido e que ele admitiu a posse das drogas.

O apelante, em juízo, negou a traficância e alegou, ao que parece, a existência de certo ajuste entre os policiais militares para injustamente incriminá-lo, no entanto, não fez nenhuma prova do quanto alegado.

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 MALATESTA¹³, neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, do acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as*

¹¹ STJ - AgRg no HC 675.003/GO - Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – j. 03/08/2021

¹² STF – HC 87.662/PE – rel. Min. Carlos Ayres Britto – J. 05/09/2006.

¹³ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

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 BADARÓ¹⁴ 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 FILHO¹⁵, 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*

¹⁴ *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

¹⁵ *In*: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

trazer-lhe amargas decepções”¹⁶.

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 do réu.

A quantidade¹⁷ (13 porções de maconha pesando 318,8 gramas; e 5 tabletes de maconha pesando 4257,6 gramas), incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento de parte das drogas apreendidas, própria para a venda a varejo; e, o fato de que o réu não teria condições econômicas¹⁸ 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.)”¹⁹.

Com base nestes dados, cada porção de maconha equivale a cerca de 0,6 grama. Portanto, a droga encontrada é **suficiente para cerca de 7.627 porções individuais de maconha.**

Portanto, pela considerável quantidade de entorpecentes, incontestemente que se destinava ao consumo de terceiros.

¹⁶ Ob. Cit. – p. 455.

¹⁷ Folhas 12/13 (auto de apreensão) e folhas 142/144 (laudo toxicológico)

¹⁸ Em interrogatório judicial alegou estar trabalhando, no entanto, não fez prova de ocupação lícita.

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

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.

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, 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

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.

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

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

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, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²³

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 destinava-se 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, não havendo que se falar na desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Passemos à dosimetria das penas.

Na primeira fase, a pena base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 anos de reclusão e em 500 dias-multa. Desta feita, fica prejudicado o pedido da Defesa quanto à redução da pena inicial para o patamar mínimo.

Na segunda fase, reconhecida a agravante da reincidência²⁴, a pena foi exasperada em 1/6, resultando em 05 anos e 10 meses de reclusão e em 583 dias-

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

²⁴ Folhas 35 e 188 - processos nº 596/2004 (da 29ª Vara Criminal da Capital).

multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, a pena definitiva resultou em 05 anos e 10 meses de reclusão e em 583 dias-multa.

O redutor não foi reconhecido, o que não merece reparos ante a reincidência.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade de entorpecentes (**suficiente para cerca de 7.627 porções individuais 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. Além disso, **o réu é reincidente**, 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 BECCARIA²⁵, 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’)”*.

Considerando a maior reprovabilidade da conduta já mencionada e o montante da pena, inviável a substituição da pena privativa liberdade por restritivas de direito.

Anoto que, ao final, foi pedido a abertura de vista, em segunda instância, para a Defensora, depois do parecer do douto Procurador Geral de Justiça.

²⁵ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O referido pedido não comporta deferimento, isto porque a Procuradoria de Justiça atua como custos *legis* e não como parte acusatória, razão pela qual não há se que falar em ofensa ao contraditório ou à ampla defesa.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO**
ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica