



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000362201

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501907-91.2024.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes LUCAS LOPES MAFEI e MICHELLE PAMELA GABRIEL, 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: **Rejeitada a preliminar, 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, 11 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1501907-91.2024.8.26.0616

Apelante(s): Lucas Lopes Mafei e Michelle Pamela Gabriel

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 1ª Vara Criminal do Foro de Mogi das Cruzes

Voto nº 38783

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. LEGALIDADE. CONFISSÃO DOS RÉUS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME FECHADO. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

Apelação criminal interposta contra sentença que condenou os réus pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Lucas foi condenado à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 749 dias-multa. Michelle recebeu a pena de 06 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 666 dias-multa. A defesa alega ilegalidade da prisão realizada por guardas municipais e, subsidiariamente, pleiteia a redução das penas e a alteração do regime prisional.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Há duas questões em discussão: (i) determinar se a prisão em flagrante realizada por guardas municipais é legal; e (ii) verificar se há fundamento para reduzir as penas ou modificar o regime prisional fixado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A atuação da Guarda Civil Municipal na prisão dos réus é legítima, pois a Constituição Federal, em seu artigo 144, § 8º, bem como a Lei nº 13.022/14, conferem a esses agentes funções de patrulhamento preventivo e colaboração com os demais órgãos de segurança pública. Ademais, o artigo 301 do Código de Processo Penal autoriza qualquer pessoa a efetuar prisão em flagrante, especialmente em crimes permanentes como o tráfico de drogas.

A materialidade e a autoria do delito restam comprovadas pelo boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão, vídeos, laudo de constatação, exame químico-toxicológico e prova oral coligida, incluindo os depoimentos dos guardas municipais e a confissão dos réus.

O depoimento de agentes públicos, colhido sob o contraditório e em harmonia com outros elementos probatórios, possui presunção relativa de veracidade e idoneidade, sendo meio válido para embasar a condenação.

A confissão judicial dos réus, livre e espontânea, constitui prova relevante, especialmente quando corroborada por outras provas dos autos, reforçando a certeza da autoria e da prática delitiva.

A dosimetria da pena foi realizada corretamente, considerando os maus antecedentes dos réus e a natureza da droga apreendida (crack). A reincidência justifica a fixação do regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, combinado com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Preliminar rejeitada. Recurso desprovido.

Tese de julgamento:

A Guarda Civil Municipal tem legitimidade para realizar prisão em flagrante, especialmente em crimes permanentes como o tráfico de drogas, conforme o artigo 301 do CPP e a Lei nº 13.022/14.

O depoimento de agentes públicos é válido para fundamentar condenação, desde que colhido sob o contraditório e corroborado por outros elementos de prova.

A confissão judicial voluntária e coerente com outras provas dos autos constitui meio idôneo para a condenação.

A reincidência e a natureza do entorpecente apreendido justificam a fixação do regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e do artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 144, § 8º; CP, art. 33, § 3º; CPP, arts. 156, 202, 206, 207 e 301; Lei nº 11.343/06, arts. 33, caput, e 42; Lei nº 13.022/14, arts. 3º, III, e 5º, IV.

Jurisprudência relevante citada: STF, RE nº 1.468.558/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 10.05.2016; STF, HC nº 114.390/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 20.08.2013; STJ, AgRg no AREsp nº 875.769/ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 07.03.2017; STJ, REsp nº 1.887.511/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 09.06.2020.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que os apelantes foram condenados como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, **Lucas** à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 749 dias-multa, e **Michelle** à pena de 06 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 666 dias-multa.

¹ Folhas 215.

Os réus apelaram² alegando ilegalidade da prisão realizada por guardas municipais. Subsidiariamente pedem a redução das penas e o abrandamento do regime prisional.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo não provimento ao recurso defensivo.

É o relatório.

Da preliminar

Inexiste qualquer ilegalidade na atuação da guarda civil no caso em comento.

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 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.

² Folhas 231.

³ Folhas 244.

⁴ Folhas 289.

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

“Outrossim, especificamente quanto aos guardas civis, incide a inteligência da Lei n. 13.022/14, que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal, dando-lhes, dentre outras competências específicas, as funções de colaboração na apuração penal e na defesa da paz social. Logo, as Guardas Municipais (guardas civis) estão investidas na incumbência da garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de crimes, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência, ou no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso. Precedentes do STJ”⁵.

Insta pontuar, ainda, que se trata da atuação da guarda civil municipal em face do tráfico de drogas, crime permanente, em encontrando guarida e autorização no artigo 301 do Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.468.558/SP, dirimiu as controvérsias suscitadas quanto à alegada ilegalidade da prisão efetuada por Guardas Civis Metropolitanos. Na oportunidade, a Suprema Corte reafirmou a compatibilidade da atuação desses agentes no âmbito das suas atribuições constitucionais e legais, salientando que a realização de prisões em flagrante, por parte dos Guardas Civis Metropolitanos, encontra respaldo no art. 301 do Código de Processo Penal, que confere a qualquer do povo a possibilidade de prender quem esteja em flagrante delito. Ademais, restou consignado que o desempenho dessas atividades por integrantes da Guarda Civil Metropolitana não extrapola as funções previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, sobretudo quando realizado no estrito cumprimento do dever legal e com observância dos direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, foi rechaçada a tese de nulidade da prisão fundamentada unicamente na condição funcional do agente responsável pela sua execução, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que orientam a

⁵ STJ – HC 290.371/SP – Rel. min. Moura Ribeiro – Quinta Turma – j. 27.05.14

interpretação normativa no Estado Democrático de Direito:

“6. As Guardas Municipais são previstas constitucionalmente no artigo 144, do Capítulo III, Título V (“Da segurança pública”), portanto, cumprem papel nas atividades estatais de segurança pública, conforme expressa previsão constitucional e regulamentação legal, desempenhando função pública essencial à manutenção da ordem pública, da paz social e da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, em especial de bens, serviços e instalações do Município.

7. Diferentemente dos policiais integrantes da Polícia Civil e da Polícia Militar, que estão obrigados a realizar a prisão em flagrante, no caso da guarda civil, dá-se a mesma coisa que qualquer do povo. A guarda civil pode - não está obrigada, mas não está proibida - realizar o flagrante delito. Aqui se inverte: ela não está obrigada, mas também não está proibida.

8. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 603.616 (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 10/5/2016, Tema 280), fixou tese no sentido de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. O entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem permear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito, como na hipótese. Precedentes.

8. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 603.616 (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 10/5/2016, Tema 280), fixou tese no sentido de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. O entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem permear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito, como na hipótese. Precedentes.

9. Os argumentos utilizados pelo Tribunal de origem são

suficientes para demonstrar que a prisão em flagrante realizada pelos guardas municipais se revelou lícita, sendo as circunstâncias do caso concreto aptas a encerrar qualquer discussão acerca de uma suposta inocorrência de situação flagrancial.

10. Em se tratando de delito de tráfico de drogas praticado, em tese, nas modalidades “trazer consigo” e “ter em depósito”, a consumação se prolonga no tempo e, enquanto configurada essa situação, a flagrância permite a busca domiciliar, independentemente da expedição de mandado judicial, desde que presentes fundadas razões de que em seu interior ocorre a prática de crime”.

Rejeitada a preliminar, pois.

No mérito tenho que o recurso não comporta provimento.

A materialidade do crime está comprovada pelo boletim de ocorrência⁶, auto de exibição e apreensão⁷, vídeos⁸, laudo de constatação⁹, exame químico-toxicológico¹⁰ e pela prova oral coligida. A autoria também é certa.

Os guardas civis metropolitanos Evanildo e Luciene disseram que, durante patrulhamento, foram acionados pela central para comparecerem a uma praça em razão de denúncia de tráfico de drogas, acompanhada de imagens. No local, que estava movimentado, procederam à abordagem, sendo que a policial Luciene se dirigiu à mulher e o policial Evanildo ao homem. Durante a revista encontraram sete porções de *crack* com Lucas. Inicialmente, os abordados negaram a prática criminosa mas, confrontados com as imagens, admitiram que vendiam drogas. Luciene também localizou entorpecentes com Michelle.

Destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de

⁶ Folhas 09.

⁷ Folhas 16.

⁸ Folhas 18.

⁹ Folhas 29.

¹⁰ Folhas 197.

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 MEIRELLES¹¹.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹² 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,

¹¹ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

¹² *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹³

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.

¹³ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

“Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os 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)¹⁴.

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”¹⁵.

Em seus interrogatórios, os réus confessaram a traficância.

A confissão judicial isenta de vícios e coações, fornece elemento seguríssimo de prova, que por si só serve de lastro a condenação, exceto se provada sua insinceridade por outros elementos de convicção, sem o que a prova incriminatória se apresenta sólida e robusta, autorizando a confirmação do édito condenatório, visto que, como explica JÚLIO FABBRINI MIRABETE¹⁶, *“a confissão livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, máxime quando corroborada por outros elementos”.*

Destaca-se que se mostra indiferente a intenção do autor ao realizar a confissão. De acordo com Q. T.

¹⁴ STJ - AgRg no AgRg no Ag em Resp Nº 1.598.105/SC - Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. 05/03/2020.

¹⁵ STF - HC 87.662 / PE - Rel. Min. Carlos Britto - Primeira Turma - Julgado em 05/09/2006.

¹⁶ *Processo Penal Interpretado* - 7ª ed. - São Paulo: Atlas - 2.000 - p. 469.

DE CAMARGO ARANHA¹⁷ *“o que importa na confissão é a voluntariedade, sendo totalmente indiferente que o confitente haja ou não desejado o efeito resultante do ato e que tenha ou não consciência desse efeito. Investiga-se apenas se a confissão foi feita sem erro ou coação. O que se confessa é a autoria de um fato, que deve ser pessoal e próprio do confitente, isto é, dizer-lhe respeito. Só havendo confissão, conhecida também, como a 'rainha das provas', quando o fato for desfavorável ao confitente”.*

Ressalta FRANCESCO CARNELUCCI¹⁸ que *“não há no processo penal uma prova mais preciosa do que o testemunho do imputado. (...) O maior valor do testemunho do imputado está certamente na hipótese da confissão, isto é, em sua admissão do caráter de réu. (...) Visto que, segundo a experiência, é muito raro o caso em que uma pessoa invente fatos em prejuízo próprio, a confissão sempre foi considerada, também em matéria civil, uma prova segura; por isso, costuma-se chamá-la a rainha das provas”.*

Acrescenta FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁹ que: *“considerada como regina probationum (rainha das provas), não é de se estranhar a fala de Ulpiano, no sentido de que 'os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados' (In juri confessi pro judicatis habetur)”.*

Porém, há possibilidade de insinceridade na confissão judicial.

Por isso anota o mesmo doutrinador²⁰ que *“a experiência tem mostrado que à confissão não se pode, nem se deve, em princípio, atribuir absoluto valor probatório. (...) para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou discordância”.*

Este é o entendimento atual em que, embora se reconheça a importância da confissão judicial, seu valor deverá ser analisado pelo juiz dentro de todo o contexto probatório, dada a necessidade da busca da verdade real para embasar a condenação, um dos corolários do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

¹⁷ Da Prova no Processo Penal – São Paulo: Saraiva – p. 79.

¹⁸ Lições sobre o Processo Penal. Vol. 1 – 1ª ed. – Bookseller Ed – p. 312.

¹⁹ Processo Penal – Vol. 3 – 3ª ed. – Bauru: Ed. Jalovi – p. 172.

²⁰ Ob. cit. – p. 172 e 174.

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE ILÍCITA DE ARMA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONFISSÃO. VALOR ABSOLUTO. CONDENAÇÃO MOTIVADA NÃO SÓ NA CONFISSÃO, MAS, TAMBÉM, NA APREENSÃO DA ARMA E NA PALAVRA DOS POLICIAIS QUE PRENDERAM EM FLAGRANTE O PACIENTE. ILEGALIDADE PATENTE. AUSÊNCIA. No contexto do Estado Democrático de Direito, não há falar em caráter tarifário da prova. Assim, o juízo de certeza que deve embasar a condenação criminal lastreia-se no conjunto probatório. Na espécie, além da confissão do paciente, militaram em seu desfavor a apreensão da arma, além da palavra dos policiais que o prenderam em flagrante. Não bastasse, de maneira analítica, a sentença ainda cuidou de examinar a insubsistência da tese defensiva, de que o paciente teria se servido da arma para o eficaz exercício profissional de transportador. Nesse contexto, tem-se por motivada a sentença condenatória. Ordem não conhecida”²¹.

No mesmo sentido são as decisões do Pretório Excelso, que há muito tempo vem adotando o mesmo entendimento.

“CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. O PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO É O DO LIVRE CONVENCIMENTO, AS CONFISSÕES JUDICIAIS OU EXTRAJUDICIAIS VALEM PELA SINCERIDADE COM QUE SÃO FEITAS OU VERDADES NELAS CONTIDAS. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”²².

“Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. Princípio do favor rei. 1. Recurso em habeas corpus, interposto contra acórdãos já transitados em julgado, que não observa os requisitos formais de regularidade providos no artigo 310 do RISTF, mas que merece ser recebido como habeas corpus. 2. Não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos. 3. Vigê em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos

²¹ STJ – HC 135326/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 04/12/2012.

²² STF – RC 1255/RJ – rel. Min. Cordeiro Guerra – j. 20/08/1976.

parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. 4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmonica com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido”²³.

No caso dos autos não existe qualquer prova ou indício que indique insinceridade, ficando patente a validade da confissão realizada para lastrear o decreto condenatório.

A confissão dos réus está em sintonia com a prova coligida.

Ademais, observo que a quantidade de drogas (**20 porções de crack**), a forma de acondicionamento e a apreensão dos réus em plena atividade de venda de drogas, demonstram o profundo envolvimento deles com a ilícita mercancia.

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 FILHO²⁴, 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

²³ STF – RHC 91691/SP – rel. Min. Menezes Direito – j. 19/02/2008.

²⁴ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²⁵, “*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 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

²⁵ Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

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”²⁶.

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, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²⁷

²⁶ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

²⁷ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

Por tais motivos, ainda que estivesse ausente a prova de que o acusado pretendia 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 para terceiros, de maneira que a condenação por tráfico era mesmo de rigor.

Da dosimetria

Na primeira fase a pena básica de **Lucas** foi corretamente estabelecida acima do mínimo legal, isto é, 06 anos e 08 meses de reclusão e 666 dias-multa, em razão dos maus antecedentes do réu e da natureza do entorpecente (*crack*).

Na segunda fase, o Juiz compensou parcialmente a confissão com a multirreincidência, agravando a pena em 1/8, que fez 07 anos e 06 meses de reclusão e 749 dias-multa. Na terceira fase a pena restou inalterada.

Quanto à pena de Michelle, na primeira fase a pena básica foi corretamente estabelecida acima do mínimo legal, isto é, 06 anos e 08 meses de reclusão e 666 dias-multa, em razão dos maus antecedentes de Michelle e da natureza do entorpecente (*crack*).

Na segunda fase a agravante da reincidência foi compensada com a atenuante da confissão, enquanto na terceira fase a pena restou inalterada.

O regime fechado impõe-se. A natureza da droga apreendida (*crack*) indica maior reprovabilidade, visto que tal entorpecentes 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, **os réus são reincidente**, o que indica a necessidade de regime mais gravoso



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para desestimulá-los da senda do crime. Portanto, demonstraram 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.

Ante o exposto, **REJEITO** a preliminar, e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica