



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000362329

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501760-11.2024.8.26.0537, da Comarca de Diadema, em que é apelante JOSÉ GABRIEL 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: **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, 11 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1501760-11.2024.8.26.0537

Apelante(s): José Gabriel da Silva

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 1ª Vara Criminal de Diadema

Juiz(a) Prolator(a): Dra. Maria Isabel Rebello Pinho Dias

Data do fato: 14/08/2024

Voto nº 38644

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO. I. Caso em Exame 1.O apelante foi condenado por tráfico de drogas, conforme artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa. O réu confessou a prática delitiva, alegando necessidade financeira. A materialidade e autoria foram comprovadas por laudo toxicológico e depoimentos de policiais. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste na possibilidade de afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. III. Razões de Decidir

3. A confissão do réu, corroborada por outras provas, é válida e suficiente para a condenação. 4. Os depoimentos dos policiais são considerados válidos, não havendo indícios de insinceridade ou parcialidade. A denúncia anônima foi corroborada por outros elementos de prova. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A confissão judicial, quando corroborada por outras provas, é suficiente para a condenação. 2. A causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas aplica-se quando a prática delitiva ocorre nas imediações de estabelecimentos esportivos. Legislação Citada: Lei 11.343/06, art. 33, caput, art. 40, inciso III; CF/1988, art. 37; CPP, art. 5º, § 3º, art. 156, art. 202, art. 206, art. 207, art. 197; CP, art. 33, § 3º. Jurisprudência Citada: STJ, RHC nº 37.033/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.10.2013; STF, HC nº 111.247/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.03.2012; STF, HC nº 114.390/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.08.2013.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa.

O réu apelou² pleiteando o afastamento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06.

Apresentadas contrarrazões³.

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

É o relatório.

O auto de apreensão⁵ e o laudo toxicológico⁶, positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que as substâncias são entorpecentes (cocaína, crack e maconha).

A autoria igualmente é certa e recai sobre o acusado.

O réu admitiu estar no local dos fatos vendendo drogas, sob a justificativa de que estaria passando por necessidades financeiras, já que teria sido despedido de seu serviço em um lava-rápido, tinha um filho de dois anos para sustentar, além de que sua mulher estava grávida. Fazia uma semana que estava comercializando entorpecentes. Confirmou ter deixado a sacola com drogas na fresta.

Como visto, o acusado confessou a prática delitiva.

¹ Folhas 152.

² Folhas 173.

³ Folhas 183.

⁴ Folhas 204.

⁵ Folhas 23.

⁶ Folhas 79.

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 MIRABETE⁷, *“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 ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA⁸ *“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 CARNELUCCI⁹ 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 FILHO¹⁰ 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 doutrinador¹¹ que *“a experiência tem mostrado que à confissão não se pode, nem se deve, em*

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

⁸ *Da Prova no Processo Penal* – São Paulo: Saraiva – p. 79.

⁹ *Lições sobre o Processo Penal*. Vol. 1 – 1ª ed. – Bookseller Ed – p. 312.

¹⁰ *Processo Penal* – Vol. 3 – 3ª ed. – Bauru: Ed. Jalovi – p. 172.

¹¹ *Ob. cit.* – p. 172 e 174.

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:

“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”¹².

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

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

NEGA PROVIMENTO”¹³.

*“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. Vige 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 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 desarmônica 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”*¹⁴.

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 está em sintonia com a prova coligida.

Os policiais receberam denúncia anônima dando conta que uma pessoa, com descrição de suas características físicas e sua vestimenta, estava traficando no local dos fatos conhecido como ponto de venda de drogas. Chegando ao lugar indicado, os policiais visualizaram um homem com as mesmas características descritas, ao lado da quadra em atitude de mercancia, eis que pegava o que parecia ser dinheiro,

¹³ STF – RC 1255/RJ – rel. Min. Cordeiro Guerra – j. 20/08/1976.

¹⁴ STF – RHC 91691/SP – rel. Min. Menezes Direito – j. 19/02/2008.

buscava algo em uma fresta e entregava para as pessoas. Viram ele atender quatro usuários. Ressaltaram que ele abordava as pessoas na porta da entrada da quadra. Não havia pessoas dentro da quadra e nem próximas a ele. Diante do que viram, abordaram o acusado que carregava consigo dinheiro. Na fresta em que ele foi avistado retirando algo, foram localizadas as porções de drogas, no interior de uma sacola. Indagado a respeito, nada respondeu.

Logo não há como duvidar dos depoimentos dos policiais.

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.

Assim, 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 por que 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*

¹⁵ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

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

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 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

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

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 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”¹⁹.

Plenamente válido os depoimentos dos policiais.

Assim, vista a prova, comprovadas materialidade e autoria.

Quanto à destinação, a quantidade de droga apreendida (33 gramas de cocaína em 62 pinos, 37 gramas de crack em 67 pedras e 22 gramas de maconha em 43 invólucros²⁰), incomum com a figura de usuário; o encontro de dinheiro; a forma de acondicionamento dos entorpecentes,

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.

²⁰ Folhas 15 - dados baseados do laudo de constatação e folhas 23 - auto de apreensão.

prontos para varejo; o apelante avistado por policiais em atitude de mercancia; a existência de denúncia anônima de que um homem com as mesmas características do réu estivesse no local dos fatos traficando; a confissão do acusado de que estava no lugar comercializando drogas, dão a certeza necessária de que os entorpecentes se destinavam ao tráfico ilícito.

Além disso, decidiu-se com base 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.)”²¹.

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,25 gramas, cada porção de crack equivale a cerca de 0,1grama e cada porção de maconha equivale a cerca de 0,6 grama. Portanto, as drogas encontradas são suficientes para cerca de **132 porções individuais de cocaína, 370 porções individuais de crack e 37 porções de maconha.**

Quanto à denúncia anônima dando conta de que um homem com as mesmas características do réu estivesse no local dos fatos traficando, como leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI²², *“em sede de comunicação anônima ou apócrifa de crime, a própria lei concilia os interesses da administração da justiça e da honra subjetiva do denunciado (...) ao dispor que 'qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial', mas esta, somente após verificar 'a procedência das informações', (...) mandará instaurar inquérito (art. 5º, § 3º) [CPP]”.*

Por isso o E. Superior Tribunal de Justiça tem entendido neste sentido:

²¹ TJSP - Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.

²² Código de Processo Penal Comentado. 11ª ed. Editora RT, p. 93.

“[...] 3. Embora a denúncia anônima não seja, por si só, idônea a dar ensejo à instauração de inquérito policial, muito menos à deflagração da ação penal, nada impede que ela possibilite uma investigação preliminar e que, apurados os fatos, seja instaurado inquérito policial e, posteriormente, uma ação penal, caso as informações de tal notícia sejam corroboradas por outros elementos de prova. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. [...] 7. Habeas corpus não conhecido”²³.

Isso porque a “*notitia criminis anônima*, quando se entenda de atribuir-lhe efeito constitutivo-negativo de natureza processual penal, não é, *sic et simpliciter*, a notícia apócrifa, mas, sim, a notícia sem autoria que traz à luz fato desconhecido, visando à instauração da *persecutio criminis*”²⁴.

Desta forma embora a denúncia anônima seja o suficiente para a instauração da *persecutio criminis*, também serve de indício de que as drogas apreendidas se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes, vez que se não fossem verdadeiras as informações anônimas que chegaram à Polícia, dando conta de que ele se dedicava ao tráfico, não seria encontrado, no local em que ele fora visto traficando, dezena e centenas de porções de entorpecentes prontas para venda a varejo.

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 FILHO²⁵, 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 STJ - HC n. 247.921/ES, rel. Min. Sebastião Reis Nunes – Sexta Turma – DJe 9/4/2013.

²⁴ STJ – Apn 329/PB – rel. Min. Hamilton Carvalhido – j. 20/09/2006.

²⁵ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²⁶, “*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

²⁶ 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”²⁷.

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.”²⁸

²⁷ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

²⁸ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

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.

Logo, de rigor a condenação do apelante pelo delito de tráfico de drogas.

Presente a majorante vez que sua configuração, consoante artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas se contenta com a prática delitiva nas imediações do estabelecimento, sendo despidendo o efetivo ingresso.

E, como bem elucidado na r. sentença *“Ainda, verifico a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, majorante de natureza objetiva, uma vez que o acusado praticou a infração nas dependências de sede de esportivas (quadra de esportes) e, inclusive, guardava o entorpecente em uma de suas paredes. Em que pese a prova produzida ter evidenciado que, nos vinte minutos em que os policiais realizaram campana, a quadra onde o réu se encontrava estava vazia, os fatos ocorreram por volta das 15 horas, horário em que é sabido que quadras costumam ser usadas principalmente por jovens e crianças, o que indubitavelmente era de conhecimento do acusado, o que basta à configuração da majorante²⁹”*.

Ademais o réu, em seu interrogatório, confirmou ter deixado a sacola com drogas na fresta.

Tudo a confirmar a incidência da referida majorante no caso em tela.

Da dosimetria penal

²⁹ Folhas 157.

Na primeira fase a pena base foi aplicada no piso, ou seja, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em que pese a quantidade de drogas apreendidas, sobretudo, as porções de crack e de cocaína, que justificaria um acréscimo na base, mas por inércia ministerial acerca disso, mantenho a pena no mínimo legal.

Na segunda fase houve a compensação entre a reincidência³⁰ e a confissão permanecendo a pena no piso.

Na terceira fase, a r. sentença reconheceu a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, e aumentou a pena em 1/6, fixando a pena definitiva em 5 anos 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Inviável o redutor dado a reincidência ostentada pelo réu.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida grande quantidade e variedade de entorpecentes (**132 porções individuais de cocaína, 370 porções individuais de crack e 37 porções 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 de duas 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 é reincidente** 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.

³⁰ Folhas 32 – Processo nº 1500307-83.2021 – réu condenado pela prática do artigo 129, § 9º, do Código Penal.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA³¹, 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')”.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena ante o *quantum* da pena e a reincidência do réu.

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

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica

³¹ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.