



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000362395

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501243-70.2024.8.26.0548, da Comarca de Campinas, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MATHEUS MOTA DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso, 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 1501243-70.2024.8.26.0548

Apelante(s): Ministério Público

Apelado(a)(s): Matheus Mota de Souza

Origem: 5ª Vara Criminal do Foro de Campinas

Voto nº 38266

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

O apelado foi condenado por tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo. As penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos. O Ministério Público apelou para aumentar a pena-base do tráfico, afastar atenuantes e fixar regime inicial mais gravoso.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a adequação da pena-base para o crime de tráfico de drogas e (ii) a possibilidade de aplicação de regime inicial mais severo.

III. Razões de Decidir

3. A confissão do réu, corroborada por provas materiais e testemunhais, justifica a condenação.

4. A quantidade e natureza das drogas apreendidas justificam a exasperação da pena-base e a fixação de regime fechado.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido.

Tese de julgamento: 1. A confissão judicial, corroborada por outras provas, é suficiente para a condenação. 2. A quantidade e natureza das drogas apreendidas podem justificar a fixação de regime inicial mais severo.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput; Lei nº 10.826/03, art. 12; CF/1988, art. 37; CPP, arts. 156, 202, 206, 207.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelado foi condenado como incurso no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06; à pena de 02 (dois) anos e

¹ Folhas 213.

01 (um) mês de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 208 (duzentos e oito) dias-multa. Foi igualmente condenado como incurso no artigo 12 da Lei nº 10.826/03 à pena de 10 (dez) meses de detenção em regime aberto e ao pagamento de 08 (oito) dias-multa. As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direitos, uma consistente na prestação de serviços à comunidade e outra ao pagamento de uma cesta básica correspondente ao valor de um salário-mínimo.

O Ministério Público apelou² sustentando que a pena-base relativamente ao crime de tráfico seja fixada acima do mínimo legal, afastadas as reduções das penas pela presença de circunstâncias atenuantes e causa especial de diminuição de pena, e fixação de regime inicial mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda.

Apresentadas contrarrazões³.

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

É o relatório.

Do tráfico

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

Quanto à autoria, o réu Matheus Mora de Souza, em juízo, confessou os fatos. Estava andando pelo bairro Itatinga vendo as mulheres, quando foi abordado pelos policiais. Chegou de uma cidade pequena há pouco tempo e viu no tráfico de drogas uma forma fácil de ganhar dinheiro para terminar o curso de barbearia e comprar o material para iniciar o trabalho. Não é usuário de drogas. Comprou a arma quando estava fazendo uns "bicos", mas ainda não estava envolvido com

² Folhas 266.

³ Folhas 274.

⁴ Folhas 316.

⁵ Folhas 29

⁶ Folhas 85.

o tráfico. O dinheiro apreendido era para ter pago o curso que ficou guardando, já que a mãe mandada Pix. O carro Polo era de sua propriedade.

O acusado confessou a prática delitiva.

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 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)”*.

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.

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 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.

¹¹ Ob. cit. – p. 172 e 174.

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

“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”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 testemunha Marcos Simão Pereira, guarda municipal, em juízo, relatou que estava em patrulhamento pelo bairro Itatinga quando visualizou o veículo praticando infrações de trânsito e, ao perceberem a presença policial, fugiram por algumas ruas do bairro, mas foram abordados. Ao se

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.

aproximarem, já perceberam as drogas no banco traseiro. Matheus assumiu a propriedade da droga e, necessitando da documentação dos menores, um deles sendo parente de Matheus, ele informou que na residência havia mais porções de drogas e a arma. No local o tio autorizou o ingresso, sendo localizadas várias porções de droga como maconha, cocaína, cerca de R\$ 1.000,00 em dinheiro e também arma de fogo. A droga e a arma foram localizadas nos locais onde ele indicou. Ele falou que traficava perto de onde morava. Não se recordou sobre a existência do caderno de anotações.

A testemunha Christopher Alan Tuckmantel, guarda municipal, em juízo, disse que estava em patrulhamento quando observaram o veículo praticando infrações de trânsito. Quando o condutor percebeu a presença da viatura, ele empreendeu fuga por várias ruas do bairro Itatinga. Realizada a abordagem, no foram localizadas drogas. Como havia menores, foram até a residência deles para identificação, oportunidade em que o acusado relatou que na residência de um dos menores, onde também residia, havia mais drogas e arma de fogo. Todas as partes foram conduzidas à delegacia, assim como o dono do imóvel que autorizou o ingresso na residência. Pelo que se lembra, havia mais de 300 (trezentas) porções de drogas entre maconha e cocaína. O Acusado disse que era responsável pela venda drogas perto do local e a arma seria para sua proteção, dada a atividade da traficância. Não se recordou qual seria a quantia de dinheiro apreendida. O acusado assumiu a propriedade da droga, tanto da localizada do veículo como na residência, no quarto do acusado. Não se recordou se ele era quem conduzia o veículo. Não se recordou ao certo que foi apreendido um caderno de anotações. O responsável pela residência disse estava desconfiado da prática criminosa, mas não tinha certeza do envolvimento do sobrinho.

Os guardas narraram como se deu a apreensão de drogas relacionadas ao acusado. Não há motivos para se duvidar de seus 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

¹⁵ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

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

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 considera-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 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

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

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.

A testemunha Paulo Sérgio Soares Mota, em juízo, declarou que é tio de Matheus e houve apreensão de drogas em sua residência. Os policiais chegaram e informaram que Matheus havia sido preso, autorizando o ingresso dos agentes de segurança no local. Manteve contato com o réu para saber onde estaria a droga, sendo localizada no quarto que Matheus ocupava. Ele ainda indicou o móvel branco onde ele guardava a arma. Os fatos foram uma surpresa para a família, pois Matheus trabalhava ou estava em casa. Não chegou a conversar com ele após os fatos, certo que apenas a esposa conversou com ele, não tendo conhecimento se ele deu alguma justificativa. Sobre o carro Polo, disse que o carro era de Matheus e não tem conhecimento de como comprou e do anterior proprietário.

O tio do acusado confirmou ter havido a apreensão de drogas relacionada ao acusado.

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

A quantidade, incomum com a figura do usuário; 54,5 gramas de maconha e 133,3 gramas de

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.

cocaína²⁰; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; apreensão de dinheiro em espécie 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 e cada porção de maconha equivale a cerca de 0,6 grama. Portanto, a droga encontrada é suficiente para **cerca de 533 porções individuais de cocaína e 90 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.

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

²⁰ Folhas 214.

²¹ Folhas 36 – não indicou ocupação.

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

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

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 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

²⁴ 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”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 nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, conseqüentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²⁶

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

²⁶ 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.

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor.

Da posse ilegal de arma de fogo de uso permitido

O auto de apreensão²⁷ e o laudo pericial²⁸, que comprova a capacidade vulnerante, aliados à ausência de apresentação de documentação legalmente exigida, comprovam a materialidade do crime.

Quanto à autoria, o acusado confessou a prática delitiva e os guardas confirmaram a posse da arma de fogo calibre 32.

Portanto, comprovado igualmente este delito.

Passo a análise dosimetria das penas.

Em relação ao tráfico de drogas, na primeira fase atendendo ao recurso ministerial e pela natureza de parte das drogas (cocaína) que tem maior poder de viciar e ofende com mais intensidade o bem jurídico aumento a pena em um sexto e fixo a reprimenda em 05 anos, 10 meses de prisão e 583 dias-multa.

Na segunda fase presentes as atenuantes da menoridade e da confissão reduziu a pena e a fixo

²⁷ Folhas 29.

²⁸ Folhas

em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira fase inviável aplicar o redutor.

A grande quantidade de entorpecente apreendida denota que há profissionalização no tráfico de drogas (**cerca de 533 porções individuais de cocaína e 90 de maconha**), 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.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que a utilização da quantidade e natureza da droga para exasperação da pena base e também para fundamentar o *quantum* de pena a ser reduzido é inconstitucional, por configurar *bis in idem*.

Por outro lado, é permitida a utilização da quantidade de droga para majorar a pena base e a natureza para determinar o *quantum* a ser reduzido, ou vice-versa.

Neste sentido, tem decidido o E. Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que foi levada especialmente em consideração a

natureza e a quantidade da substância encontrada - 693 g (seiscentos e noventa e três gramas) de cocaína -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada apenas seis meses acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda. Ordem denegada”²⁹.

E também o C. Supremo Tribunal Federal.

“A especial valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis justificam a exasperação da pena-base (art. 42 da Lei 11.343/2006).³⁰

Portanto, fixo a reprimenda em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Ante a quantidade de pena inviável a substituição.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza da droga apreendida (cocaína) também indica maior reprovabilidade, visto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. 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

²⁹ STJ – HC nº 231882 / SP – rel. Min. Jorge Mussi – j. 20/06/2012.

³⁰ STF - HC 122344 / SP – rel. Min. Rosa Weber – Primeira Turma - j. 02/09/2014.

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’).”

Em relação à pose de arma de fogo de uso permitido, na primeira fase mantenho a reprimenda em 01 (um) ano de detenção e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase em que pese as atenuantes a pena não pode ficar aquém do mínimo.

Entende-se que a pena nas duas primeiras fases da dosimetria não pode ir aquém do mínimo, tampouco além do máximo.

É este o entendimento nos termos da Súmula 231 do E. Superior Tribunal de Justiça *“a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*.

E nem se diga que referida Súmula ofende à Constituição Federal em vigor.

O Superior Tribunal de Justiça na esteira do Tema 158 da Suprema Corte sedimentou novamente a questão, mantendo a súmula:

*“Teses de julgamento: 1. A incidência de circunstância atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal, conforme o entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal no Tema 158 da repercussão geral. 2. O Superior Tribunal de Justiça não possui competência para revisar precedentes vinculantes fixados pelo Supremo Tribunal Federal. 3. A circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*³².

Portanto, nesta fase, ainda que presente circunstância atenuante, mantém-se a pena no mínimo legal.

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

³² STJ - REsp 1869764 / MS – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Rel. para acórdão Min. Messod Azulay Neto – Terceira Seção - DJe 18/09/2024.

Portanto, ao final da terceira fase mantenho a reprimenda em 01 (um) ano de detenção e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Em relação a este crime fixo o regime aberto.

Sendo a pena de 01 ano substituo por prestação de serviços à comunidade.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial para condenar o acusado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 à pena de 05 anos de reclusão em regime fechado e 500 dias-multa e como incurso no artigo 12 da Lei nº 10.826/03 à pena de 01 (um) ano de detenção em regime aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade.

MENS DE MELLO

Relator

Assinatura Eletrônica