



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000389580

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000142-51.2024.8.26.0555, da Comarca de São Carlos, em que é apelante VINÍCIUS FERRARI, 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, 23 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Processo nº 0000142-51.2024.8.26.0555

Apelante: Vinícius Ferrari

Apelado: Ministério Público

Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de São Carlos

Juiz(a) Prolator(a): André Luiz de Macedo

Data do fato: 07/09/2024

Voto nº 38635

Direito Penal. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Recurso desprovido. I. Caso em Exame 1. O apelante foi condenado por tráfico de drogas, com base no artigo 33, caput, c.c. artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, e artigo 65, incisos I e III, alínea “d”, do Código Penal, a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 583 dias-multa. O réu apelou pedindo a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima (2/3) e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, e (ii) a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. III. Razões de Decidir 3. A confissão do réu, corroborada por provas materiais e testemunhais, confirma a prática do tráfico de drogas. A quantidade e a forma de acondicionamento das drogas indicam destinação ao tráfico. 4. A apreensão de balança de precisão e outros utensílios reforça a intenção de tráfico. A quantidade de drogas justifica a exasperação da pena base, conforme o artigo 42 da Lei 11.343/06. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A confissão judicial, corroborada por outras provas, é suficiente para a condenação. 2. A quantidade de drogas e a presença de utensílios indicam dedicação ao tráfico, inviabilizando a aplicação do redutor do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06. Legislação Citada: Lei nº 11.343/06, art. 33, caput, art. 40, inciso VI; Código Penal, art. 65, incisos I e III, alínea “d”. Jurisprudência Citada: STJ, Habeas Corpus nº 37.033/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.10.2013; STF, Habeas Corpus nº 111.247/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.03.2012.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso

¹ Folhas 261.

no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso VI, da Lei nº11.343/06, c.c. artigo 65, incisos I e III, alínea “d”, do Código Penal, a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa.

O réu apelou² pedindo a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima (2/3), e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Apresentadas contrarrazões³.

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

É o relatório.

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

Quanto a autoria o réu confessou a traficância ao afirmar que os entorpecentes encontrados estavam armazenados em sua residência. Alegou que as drogas não lhe pertenciam e que as guardava para um terceiro. Não conhecia as testemunhas Daniel, motorista do veículo, e Breno, adolescente envolvido.

Como visto o réu admitiu que guardava e mantinha em depósito quantidade considerável de entorpecentes em sua residência para fins de comercialização.

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

² Folhas 273.

³ Folhas 284.

⁴ Folhas 306.

⁵ Folhas 29.

⁶ Folhas 145.

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)”*.

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 existem compatibilidade ou discordância”*.

Este é o entendimento atual em que,

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.

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 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

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

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

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 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”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.

E a confissão do acusado está em sintonia com a prova coligida.

O policial relatou que, durante o patrulhamento, recebeu denúncia anônima de que o veículo ONIX de placa RFH-3F95 estava sendo utilizado para transporte de drogas. Na abordagem, o motorista Daniel informou trabalhar com transporte por aplicativo e com ele nada de ilícito foi encontrado. No entanto, com o passageiro adolescente, Breno, foi localizada uma sacola contendo maconha e cocaína. Indagado a respeito, Breno respondeu que recebera a quantia de R\$50,00 para transportar os entorpecentes de uma residência no Jardim Belvedere até o CDHU Vila Isabel. No imóvel indicado pelo adolescente (residência do réu), foi encontrada a identidade do menor na cozinha, além de 349 porções de maconha, tijolos de maconha, *ependorfs* com cocaína, pacotes de cocaína não

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

fracionados, embalagens plásticas, *ependorfs* vazios, um liquidificador, uma faca com resquícios de cocaína, balanças, plástico filme, papel alumínio e fitas adesivas.

O agente encontrou o réu mantendo em depósito grande quantidade de entorpecentes em sua residência. Logo não há como desprezar seu depoimento que se encontra em sintonia com o restante da prova produzida nos autos.

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 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 desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade;*

¹⁵ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

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

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 fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

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

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 a 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.

Assim vista a prova, vê-se que a autoria do réu está comprovada pela confissão judicial, pelo encontro dos entorpecentes e petrechos utilizados para a comercialização das drogas na residência dele destinados a venda, da identidade do adolescente que auxiliava no transporte e pelo depoimento policial.

A quantidade (870 gramas de maconha em 349 porções individuais, 1.196 gramas de maconha dividida em 5 porções em formato de “tijolo” e 4 porções individuais e 278 gramas de cocaína divididas em 8 porções

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.

individuais e 4 porções ainda não fracionadas)²⁰, incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo e atacado; a declaração de que as drogas se destinavam ao tráfico, além do encontro de petrechos utilizados para a comercialização dos entorpecentes, dão a necessária certeza de que as drogas se destinam 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.)”²¹.

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 1.112 porções individuais de cocaína e 2.863 de maconha**.

Assim, não fica dúvida que os entorpecentes encontrados eram voltados para a venda e não para consumo próprio.

Além disso, foram encontradas três balanças de precisão, um liquidificador, uma faca com resquícios de cocaína, rolos de plástico filme, papel alumínio e fitas adesivas, indicando profissionalização e dedicação para o tráfico.

A apreensão de balança de precisão indica a intenção de separar a grande quantidade apreendida em uma única porção em porções menores, próprias para a venda a varejo, conduta indicativa de atividade de tráfico.

Por isso, tem-se decidido no C.

²⁰ Folhas 52 – dados baseados no laudo de constatação.

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

Superior Tribunal de Justiça que a presença de balança de precisão é prova indiciária de tráfico de entorpecentes em caráter habitual.

“HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 27.07.2010. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NORMA ESPECIAL. LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DA DROGA (107,36 GRAMAS DE MACONHA E UMA BALANÇA DE PRECISÃO). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. No caso concreto, presentes indícios veementes de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a qualidade do entorpecente apreendido (107, 36 gramas de maconha e uma balança de precisão) a indicar que o acusado faz do tráfico seu meio de vida”²².

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. O magistrado singular justificou a constrição cautelar do Paciente com base em fundamentação idônea, uma vez que apontou fatos suficientes para demonstrar o abalo à ordem pública, no caso, a quantidade e a qualidade do entorpecente, bem como indícios de que o paciente pratica o tráfico de entorpecentes com habitualidade, uma vez que foi apreendida uma balança de precisão em seu poder”²³.

Desta forma a apreensão da balança é indício de que as drogas se destinavam ao tráfico ilícito.

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 FILHO²⁴, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de

²² STJ – HC 188380/MG – rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Dje 28.03.2011.

²³ STJ – HC 188360/DF – rel. Min. Laurita Vaz – Dje 04.04.2011.

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

tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA 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.

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

Ou seja, apenas o artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06 é que são tipos incongruentes, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente assimétrico, na terminologia de ZAFFARONI.

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de entorpecentes.

Este é o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal:

“Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexos 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.

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

3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²⁷

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 as drogas se destinavam 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 dosimetria penal

Na primeira fase, a pena base foi exasperada devido a grande quantidade de drogas localizada, o que merece reparos.

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 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.

Destaca-se que nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, o juiz na aplicação da pena deve considerar, com preponderância das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a natureza, quantidade, personalidade e conduta social.

Assim o artigo 42 da Lei 11.343/06 complementa o artigo 59 do Código Penal, sendo que nesse

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

último se tem diversas circunstâncias que podem fundamentar a elevação da pena base. Portanto o que configura *bis in idem* é utilizar a mesma circunstância em duas fases de aplicação da pena, sendo permitida, portanto, a utilização de uma circunstância diferente em cada fase.

Dessa forma possível à utilização da quantidade de droga em umas das fases e da sua natureza em outra, por configurar situações diversas, não incorrendo em *bis in idem*.

No caso dos autos, a pena base será mantida acima do mínimo legal em face da natureza de uma das drogas apreendidas, de alto poder viciante. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade.

No caso, a natureza da droga apreendida (cocaína) indica maior reprovabilidade, eis que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

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”²⁸.

E 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).”*²⁹

Portanto, mantém-se o aumento na pena base com fundamento na natureza da droga apreendida, ou seja, em 05 anos e 10 meses de reclusão e em 583 dias-multa.

Na segunda fase, devido as atenuantes da confissão e da menoridade do réu, mantenho a redução da pena para o mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Já na terceira fase, houve aumento de pena de 1/6 com base no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06.

Tendo em vista que o adolescente Breno narrou para os agentes policiais o endereço da residência do réu e explicou que lá havia mais drogas, e que é narrado pelos policiais que o documento de identidade do menor foi encontrado nesse mesmo local, não há como negar a ocorrência da majorante.

Não há motivos para não acreditar nas palavras dos agentes públicos, uma vez que não há provas nos autos que comprove a versão do réu e que faça suspeitar dos testemunhos dos policiais.

O redutor não foi reconhecido em face da expressiva quantidade de drogas, o que não merece reparos.

A grande quantidade de entorpecente apreendida (**cerca de 1.112 porções individuais de cocaína e 2.863 de maconha**) denota que há profissionalização no tráfico de drogas, vez que a um iniciante e

²⁸ STJ – HC nº 231882 / SP – rel. Min. Jorge Mussi – j. 20/06/2012.

²⁹ STF - HC 122344 / SP – rel. Min. Rosa Weber – Primeira Turma - j. 02/09/2014.

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.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO "TRÁFICO PRIVILEGIADO" (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, § 4º). IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

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

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

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

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

*03. Habeas corpus não conhecido"*³⁰

Desse modo, mantenho a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento 583 dias-multa, no mínimo legal.

³⁰ STJ – HC n. 317.721/SP – Rel. Min. Newton Trisotto – Quinta Turma – DJe de 03/08/2015.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quanto ao regime, o réu já foi favorecido ao ser estabelecido o regime inicial semiaberto, dada a quantidade de entorpecentes encontrados e da natureza de um deles (cocaína). Assim, diante do *quantum* da pena aplicada, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

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

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica