



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000389581

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1506586-37.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PEDRO LAURINDO DE ALMEIDA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

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

São Paulo, 23 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Processo nº: 1506586-37.2024.8.26.0228

Apelante(s): Pedro Laurindo de Almeida

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 21ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda

Juiz(a) Prolator(a): Dra. Luciane Jabur Mouchaloite Figueiredo
Data do fato: 09/03/2024

Voto nº 38791

EMENTA: Direito Penal. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Abordagem por guardas municipais. Recurso desprovido.

I. Caso em Exame

1. O apelante foi condenado a 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, por tráfico de drogas, conforme artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Alegou nulidade das provas pela abordagem realizada pela Guarda Civil e buscou absolvição ou desclassificação para o artigo 28 da mesma lei.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em verificar a validade da abordagem realizada por guardas municipais e a suficiência das provas para condenação por tráfico de drogas.

III. Razões de Decidir

3. A Constituição Federal e a Lei nº 13.022/14 legitimam a atuação dos guardas municipais em ações de segurança urbana, incluindo policiamento ostensivo.

4. Depoimentos dos guardas municipais confirmaram a abordagem e apreensão de drogas com o réu, sendo válidos como prova, respeitado o contraditório.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A atuação dos guardas municipais é válida para ações de segurança urbana, conforme legislação vigente. 2. A condenação por tráfico de drogas é mantida, com base em provas suficientes e depoimentos de agentes públicos.

Legislação Citada:

Constituição Federal, art. 144, § 8º.

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput.

Lei nº 13.022/14, arts. 3º, III, e 5º, IV.

Jurisprudência Citada:

STJ e STF precedentes sobre validade de depoimentos de agentes públicos em ações de segurança urbana.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 777 dias-multa.

O réu apelou² alegando preliminarmente serem nulas as provas pela abordagem ter sido realizada pela Guarda Civil. No mérito busca absolvição por falta de provas ou desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/06.

Apresentadas contrarrazões³.

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

É o relatório.

Da atuação da guarda municipal

Não há o que se falar em nulidade pela abordagem e posterior prisão da ré realizada por guardas municipais.

O artigo 144, § 8º, da constituição Federal preceitua que: *“A segurança pública, dever do Estado, direto e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 8º - Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”*

Logo se verifica que a Constituição Federal não retira dos membros da Guarda Civil Municipal a condição de agentes de autoridade, legitimados a praticar atos de defesa à sociedade, inclusive em situações análogas às da

¹ Folhas 116.

² Folhas 141.

³ Folhas 166.

⁴ Folhas 189.

espécie, qual seja, prender em flagrante e acompanhar a mercancia de drogas.

Ademais, o Estatuto dos Guardas municipais (Lei nº 13.022/14) trata da possibilidade de patrulhamento preventivo (artigo 3º, III) e da colaboração integrada com os demais órgãos de segurança pública (artigo 5º, IV). Portanto, lhes foi conferido poder de polícia, o que legitima tal atuação.

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

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

Portanto, plenamente válida a abordagem e prisão realizada pelos guardas municipais.

Insta mencionar o decidido, em Repercussão Geral, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 608.588 (Tema 656), com a fixação da seguinte tese, com grifos nossos:

É constitucional, no âmbito dos municípios, o exercício de ações de segurança urbana pelas Guardas Municipais, inclusive policiamento ostensivo e comunitário, respeitadas as atribuições dos demais órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal e excluída qualquer atividade de polícia judiciária, sendo submetidas ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso VII, da CF. Conforme o art. 144, § 8º, da Constituição Federal, as leis municipais devem observar as normas gerais fixadas pelo Congresso Nacional.

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

Desse modo, a busca pessoal realizada pelos guardas civis, na forma de policiamento ostensivo e não em atividade de polícia judiciária, não apresenta qualquer ilicitude.

Rejeitada a preliminar

Do mérito

Conforme narrado na denúncia⁶, o réu, em 09/03/2024, trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 78 porções de K9 e 10 porções de *crack*, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, o acusado é traficante e, no dia dos fatos, desenvolvia sua atividade no local acima apontado, onde mantinha as porções de drogas acima descritas em seu poder.

O denunciado ofereceu os entorpecentes a um popular, movimento observado pelos guardas municipais que, então, decidiram pela abordagem. Ao perceberem a aproximação da equipe, o apelante e o popular se evadiram do local, ocasião em que o réu dispensou uma sacola plástica.

Ambos foram detidos, mas nada de ilícito foi encontrado com o segundo indivíduo, que disse que se encontrava no local apenas para comprar drogas, sendo liberado.

Na sacola dispensada pelo acusado, foram encontradas as drogas, além de R\$ 500,00 em dinheiro.

A materialidade foi demonstrada pelo boletim de ocorrência⁷, auto de apreensão⁸ e laudo toxicológico⁹, o qual restou positivo para a presença dos elementos ativos, comprovando que as substâncias apreendidas são drogas, consistentes em K9 e *crack*.

⁶ Folhas 58.

⁷ Folhas 47.

⁸ Folhas 08.

⁹ Folhas 82.

A autoria recaí sobre o acusado.

O réu negou a posse de qualquer droga e negou que estivesse traficando. Disse que estava apenas com seu celular e 500 reais. Estava em livramento condicional, próximo de uma biqueira e por isso correu. Seu celular foi pego perto das drogas porque estava emprestado para Amanda, que conhecia da Praça da Sé. Não sabe quem estava com as drogas. Amanda também estava no local. Emprestou seu celular para Amanda sabendo que ela era traficante. Não conhecia o rapaz que também correu. Não era usuário de drogas. Estava tomando conta de carros naquele lugar. O dinheiro era do Bolsa Família. Estava na rua desde 07 de novembro de 2023. Estava morando no albergue e sem trabalhar. Estava recebendo Bolsa Família desde fevereiro último. Tem condenações por homicídio e por tentativa de homicídio e por receptação. Não conhecia os guardas anteriormente.

A negativa do acusado restou isolada face os depoimentos dos guardas civis, bem como pela não apresentação de qualquer justificativa válida para o encontro do dinheiro e do celular que alega serem seus na mesma sacola onde encontrados os entorpecentes.

Destaca-se, quando ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA¹⁰, neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma*

¹⁰ A Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”.

GUSTAVO BADARÓ¹¹ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”.*

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO¹², que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis”.*

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”*¹³.

Assim não pode alegar a defesa que

¹¹ Ônus da prova no processo penal – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

¹² In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

¹³ Ob. Cit. – p. 455.

por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Deste modo, deve-se afastar a versão do réu.

Os guardas municipais Everson e Kaled, disseram que, na data dos fatos, estavam em patrulhamento pela Praça da Sé, quando viram o réu e uma outra pessoa conversando, de “forma furtiva”, suspeita, como detalhado pelo guarda Everson. Afirmaram que o acusado parecia oferecer drogas para a outra pessoa e então decidiram realizar a abordagem, momento em que os dois suspeitos iniciaram fuga e passaram a correr para dentro de um estacionamento. Dentro desse estacionamento, os guardas Everson e Kaled conseguiram deter o réu e outra equipe deteve o outro rapaz. Quando entrou no estacionamento, o réu dispensou uma sacola. Dentro da sacola, havia 78 pinos de K9 e algumas pedras de crack. Dentro da sacola também estavam dinheiro, R\$ 500,00, e o celular do réu. As drogas estavam fracionadas em porções individuais. O réu ficou em silêncio e depois “negou até o fim”, conforme expressão do guarda Kaled. O réu negou estar vendendo drogas e disse que as drogas não eram suas. Com o outro rapaz nada havia de ilícito e disse que estava naquele local para comprar drogas, porém, nada havia comprado ainda. Os dois guardas viram o réu correndo com a sacola e viram o exato momento em que o réu dispensou a sacola, próximo ao estacionamento. O guarda Everson já tinha visto o réu andando pela praça, mas nunca o havia abordado. O guarda Kaled nunca tinha visto o réu anteriormente. Os dois guardas reconheceram o réu preso em audiência.

Os guardas depuseram de forma unânime e congruente entre si, relatando terem visualizado o réu dispensando a sacola contendo as drogas e o dinheiro. Não há qualquer prova de falsidade no quanto alegam.

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 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 MEIRELLES¹⁴.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹⁵ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

¹⁴ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

¹⁵ Da Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹⁶

que “para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”.

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde

¹⁶ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”¹⁷.

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”¹⁸.

Vista a prova, presentes materialidade e autoria em desfavor do acusado.

Quanto à destinação, a quantidade e variedade (6,8 gramas de K9 em 78 porções e 2,8 gramas de crack em 10 porções)¹⁹, incomuns com a figura de usuário; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; a apreensão de dinheiro; e o fato de que o réu não teria condições econômicas²⁰ para possuir a droga para consumo pessoal dão a necessária certeza de que a droga era destinada a mercancia espúria.

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

¹⁷ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

¹⁸ STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

¹⁹ Folhas 10 e 82.

²⁰ Folhas 14.

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

de crack equivale a cerca de 0,1 grama. Portanto, a droga encontrada com os réus é suficiente para cerca de 28 porções individuais de *crack*, além das 78 de K9.

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 FILHO²², analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²³, *“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.

²² Tóxico prevenção-repressão – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

²³ Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

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 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”²⁴.

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.”²⁵

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, não havendo o que se falar em desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/06, inclusive pelo réu ter afirmado em juízo não ser usuário.

Da dosimetria

Em primeira fase, a reprimenda foi timidamente aumentada em 1/6 ante a natureza das drogas apreendidas, K9 e *crack*, e pelo réu ter praticado o crime durante

²⁴ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

²⁵ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

cumprimento de pena²⁶. Mantenho o aumento fixado em sentença, ante à vedação a *reformatio in pejus* em recurso exclusivo da Defesa, fixada a reprimenda em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Em segunda fase, ante a multirreincidência²⁷, a reprimenda foi corretamente aumentada em 1/3, fixada em 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa.

Em terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, tornada definitiva a pena. Inviável a aplicação do redutor do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, face a multirreincidência.

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 das drogas apreendidas (K9 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 multirreincidente o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Neste sentido, cita-se CESARE

²⁶ Folhas 22 – autos 1517281-07.2022.8.26.0071 – condenação como incurso no artigo 349-A do Código Penal.

²⁷ Folhas 22 – autos 1517281-07.2022.8.26.0071 - condenação como incurso no artigo 349-A do Código Penal; 0006223-77.2005-8.26.0071 – condenação por receptação; 0004062-26.2007.8.26.0071 – condenação por homicídio.

BECCARIA²⁸, 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, ante o *quantum* da pena e a multirreincidência, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena.

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

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica

²⁸ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.