



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000395615

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501734-15.2024.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante LEONARDO DE SOUZA DA ROCHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 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 Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

MENS DE MELLO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1501734-15.2024.8.26.0019

Apelante(s): Leonardo De Souza Da Rocha

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 1ª Vara Criminal do Foro de Americana

Voto nº 38013

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. LEGALIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NÃO CONFIGURADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

I. CASO EM EXAME

Apelação criminal interposta por réu condenado às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), e 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, pelo crime de posse ilegal de munição (art. 16, caput, da Lei nº 10.826/2003), na forma do art. 69 do Código Penal. O réu alega, em preliminar, a ilegalidade da prisão efetuada por guardas municipais e a violação de domicílio. No mérito, pleiteia absolvição por falta de provas ou, subsidiariamente, a redução da pena, a alteração do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Há três questões em discussão: (i) determinar se a prisão em flagrante realizada por guardas municipais foi ilegal; (ii) verificar se houve violação de domicílio; e (iii) analisar se a condenação do réu pelos crimes imputados está devidamente fundamentada em provas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

Guardas municipais podem realizar prisões em flagrante, conforme o art. 301 do Código de Processo Penal, e possuem atribuições compatíveis com a atuação repressiva contra o crime, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição Federal e da Lei nº 13.022/2014. O Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade da atuação dos guardas municipais na segurança pública, incluindo a possibilidade de prisões em flagrante.

O ingresso no domicílio do réu ocorreu mediante consentimento de sua irmã, que consultou e obteve anuência expressa da mãe, afastando qualquer alegação de violação de domicílio. Além disso, a busca foi motivada por fundada suspeita e pela confissão espontânea do réu

sobre a posse de munições.

A materialidade e a autoria dos crimes ficaram comprovadas pelos autos de apreensão, laudos periciais e depoimentos dos guardas municipais, colhidos sob o crivo do contraditório, sendo válidos os relatos de agentes públicos quando coerentes e isentos de suspeição.

A expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, aliadas às circunstâncias da abordagem e à tentativa de ocultação dos entorpecentes, demonstram a destinação comercial da substância, afastando a hipótese de uso próprio.

O porte ilegal de munição restou comprovado pela apreensão de 41 projéteis de calibre .40, de alto poder lesivo, sem autorização legal, configurando o crime previsto no art. 16, caput, da Lei nº 10.826/2003.

A dosimetria da pena foi corretamente aplicada, sendo observadas todas as circunstâncias judiciais e reconhecida a causa de diminuição do tráfico privilegiado, com redução da pena pela metade. O regime semiaberto é compatível com a gravidade dos delitos e o quantum da pena aplicada.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso desprovido.

Tese de julgamento:

Guardas municipais podem realizar prisões em flagrante, nos termos do art. 301 do CPP, desde que no exercício de suas atribuições e em conformidade com os princípios constitucionais.

O ingresso em domicílio autorizado por morador é lícito e não configura violação de domicílio.

Depoimentos de agentes públicos possuem presunção relativa de veracidade e podem fundamentar a condenação, desde que coerentes e colhidos sob o contraditório.

O crime de tráfico de drogas não exige prova de mercancia, bastando a demonstração da posse da substância em condições que afastem o uso pessoal.

A posse ilegal de munição sem autorização legal configura crime, independentemente da posse de arma de fogo compatível.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 144, § 8º; CPP, arts. 156, 202, 206, 207 e 301; CP, art. 69; Lei nº 10.826/2003, art. 16, caput; Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput; Lei nº 13.022/2014, arts. 3º, III, e 5º, IV.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o réu foi condenado às penas de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 250 dias-multa, por infração ao artigo 33,

¹ Folhas 227.

caput, da Lei nº 11.343/2006, e 03 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 10 dias-multa, por infração ao artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69 do Código Penal.

O réu apelou² alegando, preliminarmente, ilegalidade da prisão efetuada por guardas municipais e violação de domicílio. No mérito pede absolvição por falta de provas. Subsidiariamente pede a redução da pena, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo improvimento ao recurso.

É o relatório.

Da preliminar de ilegalidade da prisão efetuada por guardas civis

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

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

Logo se verifica que a Constituição Federal não retira dos membros da Guarda Civil Municipal a condição de agentes de autoridade, legitimados a praticar atos de defesa à sociedade, inclusive em situações análogas às da espécie, qual seja, prender em flagrante e acompanhar a mercancia de drogas.

² Folhas 251.

³ Folhas 282.

⁴ Folhas .302

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.

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

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.468.558/SP, dirimiu as controvérsias suscitadas quanto à alegada ilegalidade da prisão efetuada por Guardas Civis Metropolitanos. Na oportunidade, a Suprema Corte reafirmou a compatibilidade da atuação desses agentes no âmbito das suas atribuições constitucionais e legais, salientando que a realização de prisões em flagrante, por parte dos Guardas Civis Metropolitanos, encontra respaldo no art. 301 do Código de Processo Penal, que confere a qualquer do povo a possibilidade de prender quem esteja em flagrante delito. Ademais, restou consignado que o desempenho dessas atividades por

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

integrantes da Guarda Civil Metropolitana não extrapola as funções previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, sobretudo quando realizado no estrito cumprimento do dever legal e com observância dos direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, foi rechaçada a tese de nulidade da prisão fundamentada unicamente na condição funcional do agente responsável pela sua execução, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que orientam a interpretação normativa no Estado Democrático de Direito:

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

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

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

8. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 603.616 (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 10/5/2016, Tema 280), fixou tese no sentido de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de

flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. O entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem permear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito, como na hipótese. Precedentes.

9. Os argumentos utilizados pelo Tribunal de origem são suficientes para demonstrar que a prisão em flagrante realizada pelos guardas municipais se revelou lícita, sendo as circunstâncias do caso concreto aptas a encerrar qualquer discussão acerca de uma suposta inoocorrência de situação flagrancial.

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

Rejeitada a preliminar, pois.

A preliminar de violação de domicílio será apreciada em conjunto com o mérito.

A materialidade dos crimes está comprovada pelo boletim de ocorrência⁶, auto de exibição e apreensão⁷, exame químico toxicológico⁸ laudo das municações constatando seu poder vulnerante⁹ e pela prova oral coligida. A autoria também é certa.

Os guardas municipais Dinael Donizete Oliveira e Claudenilson Aparecido Alexandre Gardenal relataram que, no dia dos fatos, receberam uma denúncia anônima, via controle municipal, informando que um indivíduo identificado como Leonardo estaria comercializando drogas em frente a uma adega. Ao chegarem ao local, localizaram-no conforme as características repassadas e procederam à

⁶ Folhas 17.

⁷ Folhas 23.

⁸ Folhas 96.

⁹ Folhas 116

abordagem. Em revista pessoal, encontraram apenas um celular em sua posse. A denúncia também indicava que Leonardo armazenava drogas em uma árvore próxima à adega e na caixa de correios de uma residência à venda. Diligenciando nesses locais, localizaram 8 porções de maconha, 3 porções de cocaína e 5 porções de *crack* na árvore, e, na caixa de correios, encontraram mais 20 porções de maconha, 8 porções de cocaína e 14 porções de *crack*. Ao ser questionado, Leonardo admitiu que estava vendendo drogas no local desde as 12 horas e que os entorpecentes encontrados lhe pertenciam. Diante disso, foi dada voz de prisão ao suspeito, que informou não estar portando documentos e que estes estavam em sua residência. Os guardas se deslocaram até o endereço indicado, onde foram recebidos por sua irmã, identificada como Larissa. Ela atendeu ao pedido para buscar os documentos no quarto de Leonardo. Antes de sua saída, os guardas informaram que, assim que retornasse, solicitariam permissão para verificar a existência de mais materiais ilícitos no local. Nesse momento, o próprio Leonardo admitiu possuir uma sacola contendo munições em seu guarda-roupa. Após Larissa retornar com os documentos, ela entrou em contato com a mãe, que autorizou a busca apenas no dormitório e no guarda-roupa. Ao procederem à verificação, nada foi encontrado. Ao sair da residência, Larissa questionou Leonardo se ele havia removido algo do local e o guardado em outro cômodo, como o banheiro. Ele permaneceu em silêncio. Em seguida, Larissa acompanhou os guardas até o banheiro, onde, no lixo, foi encontrada uma sacola contendo 41 munições de calibre .40. Leonardo alegou ter encontrado as munições na rua e que apenas as estava guardando. A genitora do réu, que estava a caminho da residência, reafirmou a autorização para a entrada dos guardas. Leonardo permaneceu sentado durante toda a abordagem e suas vestes coincidiam com a descrição fornecida na denúncia. O guarda Claudenilson afirmou já conhecer Leonardo de abordagens anteriores, nas quais não foram encontrados ilícitos com ele.

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 MEIRELLES¹⁰.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹¹ 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,

¹⁰ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

¹¹ *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

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

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹²

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

¹² La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

do Superior Tribunal de Justiça.

“Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016)¹³.

No mesmo sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”¹⁴.

Em seu interrogatório, o réu afirmou que, no dia dos fatos, encontrava-se em uma praça consumindo um refrigerante quando foi abordado pelo guardas municipais, que procederam à revista pessoal e encontraram apenas a chave de sua residência. Questionado sobre seus documentos, informou que estavam em sua casa. Os agentes se dirigiram ao local e ingressaram no imóvel, momento em que sua irmã acordou assustada. Disse ter ficado apreensivo e, por isso, admitiu possuir munições em sua residência, as quais estavam em sua posse há cerca de uma semana. Alegou que encontrou

¹³ STJ - AgRg no AgRg no Ag em Resp Nº 1.598.105/SC – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. 05/03/2020.

¹⁴ STF - HC 87.662 / PE – Rel. Min. Carlos Britto – Primeira Turma – Julgado em 05/09/2006.

as munições na praça enquanto jogava bola, tendo avistado uma sacola sobre uma árvore e decidido recolhê-la. Justificou que pretendia vender os projéteis a um ferro-velho para obter dinheiro, pois estava passando por dificuldades financeiras. Negou qualquer envolvimento com drogas, afirmando não possuir conhecimento sobre o tema.

A versão exculpatória ofertada não convence.

Destaca-se, quanto 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 MALATESTA¹⁵, 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 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 BADARÓ¹⁶ 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

¹⁵ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

¹⁶ *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

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 FILHO¹⁷, 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”*¹⁸.

Assim não pode alegar a defesa que 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 exculpatória.

Ademais, os guardas apreenderam 28 porções de maconha pesando 69,15 gramas, 11 porções de cocaína pesando 6,55 gramas e 19 porções de crack pesando 11,78 gramas.

¹⁷ In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

¹⁸ Ob. Cit. – p. 455.

Portanto, a expressiva quantidade e variedade de drogas, a forma de acondicionamento e a apreensão do réu em ponto de venda de drogas, demonstram o seu profundo envolvimento com a venda de entorpecentes.

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.)”¹⁹.

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,2 gramas, cada porção de maconha equivale a cerca de 0,6 gramas e cada porção de *crack* equivale a 0,1 grama.

Portanto, a droga encontrada é suficiente para **cerca de 115 porções individuais de maconha, 32 de cocaína e 98 de crack**.

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 FILHO²⁰, 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

¹⁹ TJSP - Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.

²⁰ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²¹, *“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

²¹ Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

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 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”²².

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.

²² STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

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.”²³

Por tais motivos, ainda que estivesse ausente a prova de que os acusados pretendiam comercializar a droga (o que não é verdade), uma vez que não ficou configurado que a droga se destinava ao seu uso pessoal, plenamente demonstrado o crime de tráfico de entorpecentes. Mesmo porque, como já exposto acima, existem indícios que apontam para a entrega a terceiros, como a quantidade, a forma de acondicionamento das drogas e a tentativa de ocultação, de maneira que a condenação por tráfico era mesmo de rigor.

A condenação por porte ilegal de munição também deve ser mantida, dado que o réu foi pilhado com 41 munições de calibre .40 sem autorização legal, munição essa que possuía poder vulnerante, conforme constatado pelo laudo pericial.

Da alegação de violação de domicílio

No presente caso, não houve violação de domicílio, pois a entrada dos guardas municipais na residência do réu ocorreu mediante consentimento válido de sua irmã, que, antes de autorizar a diligência, consultou e obteve a anuência expressa da mãe. Ademais, o réu já se encontrava preso em flagrante pelo crime de tráfico de drogas, circunstância que legitima a adoção de medidas para a obtenção de documentos e a averiguação de eventuais ilícitos no local indicado. A jurisprudência consolidada do STJ e do STF estabelece que o ingresso em domicílio é lícito quando autorizado por um morador, afastando qualquer nulidade. Além disso, a diligência foi motivada por fundada suspeita e confissão

²³ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turmna – j. 10/06/2014.

espontânea do réu sobre a posse de munições, o que justificava a averiguação. Assim, a prova obtida no interior do imóvel é válida, não havendo qualquer ilegalidade a ser reconhecida.

Da dosimetria

Na primeira fase as penas básicas foram estabelecidas no mínimo legal, isto é, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa para o crime de tráfico de drogas e 03 anos de reclusão e 10 dias-multa para o delito de porte ilegal de munição de arma de fogo.

Na segunda fase a pena restou inalterada, a despeito da confissão quanto crime de porte ilegal de munição, nos termos da súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, foi reconhecido o tráfico privilegiado, reduzindo a pena de metade, que perfaz 02 anos de reclusão e 250 dias-multa.

Somadas as penas nos termos do artigo 69 do Código Penal, a pena totalizou 05 anos e 06 meses de reclusão e 20 dias-multa.

O regime prisional semiaberto era o mínimo que se poderia esperar, diante do *quantum* da pena e da gravidade dos crimes perpetrados pelo réu.

Por fim, a pena privativa de liberdade fixada acima de 04 anos de reclusão impede a substituição por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

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

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica