



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000400631

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503155-93.2023.8.26.0530, da Comarca de Serrana, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado KAUAN NUNES FERREIRA.

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

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

São Paulo, 25 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Processo nº 1503155-93.2023.8.26.0530

Apelante: Ministério Público

Apelado: Kauan Nunes Ferreira

Origem: 1ª Vara da Comarca de Serrana

Juiz(a) Prolator(a): Dr(a). Viviane Decnop Freitas Figueira

Data do fato: 19/10/2023

Voto nº 38188

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.
RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

O Ministério Público apelou contra a sentença que condenou Kauan Nunes Ferreira por tráfico de drogas, pedindo o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação do regime semiaberto e a cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A condenação inicial foi de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime aberto, com substituição por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) a validade do depoimento dos policiais como prova; (ii) a aplicação do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas; (iii) a adequação do regime de cumprimento da pena.

III. Razões de Decidir

3. O depoimento dos policiais foi considerado válido e idôneo, não havendo demonstração de parcialidade. A quantidade e forma de acondicionamento das drogas indicam tráfico, não uso pessoal.

4. O redutor de pena foi afastado devido à dedicação do réu a atividades criminosas, evidenciada por registros de atos infracionais. O regime semiaberto foi considerado adequado devido à quantidade de drogas e à reprovabilidade da conduta.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido. Pena definitiva fixada em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime semiaberto. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos afastada.

Tese de julgamento: 1. Depoimento de policiais é prova idônea quando respeitado o contraditório. 2. Afastamento do redutor de pena por dedicação a atividades criminosas.

Legislação Citada:

Lei 11.343/06, art. 33, § 4º; Código Penal, art. 33, § 3º; Código de Processo Penal, arts. 156, 202, 206, 207.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no HC n. 505.814/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 15.10.2019; STF, HC 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 no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 167 dias-multa, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo.

O Ministério Público apelou² pedindo o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação do regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade e a cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Apresentadas contrarrazões³.

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

É o relatório.

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

A autoria também é certa e recai sobre o acusado, que sequer foi objeto de inconformismo.

O acusado Kauan, em juízo, negou ser envolvido com tráfico de drogas. No dia dos fatos, acordou de manhã e foi para o médico com seu amigo. O médico passou um exame para fazer, atestado e receita médica. Antes de ir para sua

¹ Folhas 163.

² Folhas 196.

³ Folhas 221.

⁴ Folhas 254.

⁵ Folhas 15/16.

⁶ Folhas 58/60..

casa, passou na casa do seu amigo. Ficou um tempo lá e voltou para casa. No caminho, foi abordado pelos policiais e logo foi liberado. Depois, saiu de casa para comprar os remédios. Tinha com ele a quantia de R\$ 4,00, uma porção de maconha e a receita médica. Encontrou os policiais no portão de sua casa e foi abordado novamente. Foi algemado e preso. Os policiais mostraram uma sacola com drogas acusando que eram dele. No momento da abordagem, estava com a receita, exame e atestado médico. Foi ofendido pelos policiais. Faltou do serviço para ir ao hospital. Já foi abordado antes pelos mesmos policiais. Na casa estava sua mãe, padrasto e irmão. Entregava jornal e atualmente trabalha como servente com seu tio. É usuário de maconha desde os 15 anos. Não viu a sacola com as drogas. A sacola que estava usando para guardar seus pertences era preta. Pegou a sacola no posto de saúde. Não empreendeu fuga com a bicicleta. Deixou a sacola em casa para ir comprar os remédios.

O policial Wesley, na fase judicial, relatou que no dia dos fatos estava em patrulhamento pela Rua Fortunato Luís Miralha. O local é bastante conhecido como ponto de venda de entorpecentes. O acusado é conhecido nos meios policiais pela prática do crime de tráfico de drogas. Avistaram o réu sozinho com uma sacola nas mãos. O réu fugiu com uma bicicleta quando viu a viatura e jogou no chão a sacola que estava na mão. Recolheram a sacola e foram atrás dele. Perderam o acusado de vista, mas sabiam onde ele morava por ser conhecido pelos policiais. Encontraram Kauan em sua residência com sua mãe. Submetido o réu à revista pessoal, foi encontrado com ele uma porção de maconha, R\$ 12,00 em notas diversas e um aparelho celular. Kauan assumiu a posse da droga e do dinheiro, informando que o entorpecente seria para uso próprio. Dentro da sacola havia 57 cápsulas de cocaína e uma quantia de R\$ 65,00. Indagado o réu, negou a posse sobre a cocaína. No entanto, chamou a atenção da equipe o interior da sacola onde também havia um atestado médico e um pedido de exame dentro da sacola. Ambos estavam em nome de Kauan. Conduziram o acusado à Delegacia. Disse que o acusado já foi alvo da operação conjunta da Polícia Civil com a Polícia Militar que ocorreu na cidade de Serrana.

O Policial Wagner, sob o crivo do

contraditório, alegou que, no dia dos fatos, estavam em patrulhamento quando avistou o acusado na Rua Fortunato Luís Miralha. É uma rua conhecida por ser ponto de tráfico de drogas e Kauan é conhecido pelos policiais desde quando era menor. Estava de bicicleta e carregava consigo uma sacola. Quando avistou a viatura, jogou a sacola no chão e fugiu. Pegaram a sacola e tentaram acompanhar o réu por algumas ruas, mas o perderam de vista. Dentro da sacola havia 57 cápsulas de cocaína, uma porção de maconha, alguns materiais plásticos comumente utilizados para embalar as drogas e um pedido de exame no nome de Kauan. A equipe sabia onde ele morava. Localizaram o acusado em sua residência, no portão. Kauan foi abordado. Foi encontrada na bermuda do réu uma porção de maconha, uma quantia de R\$ 12,00 e um aparelho celular. Indagado, o réu negou a propriedade da sacola e assumiu somente o que estava com ele na bermuda. Não tem certeza, mas acha que a cor da sacola era branca. Do local onde o réu estava até sua residência são 06 quarteirões. O pai do acusado também estava em casa. Chegaram mais dois policiais para a abordagem. Um deles se chama Edivandro.

Irene Nunes de Oliveira, informante do juízo e mãe do acusado, narrou que estava em casa no dia dos fatos. Foi trabalhar e o acusado iria ao médico. Kauan foi ao médico na parte da manhã. Em casa depois do trabalho, perguntou ao réu se ele havia comprado o remédio, respondendo ele negativamente. Pediu para ele ir à farmácia comprar o remédio que precisava tomar. Kauan saiu com uma camiseta, a receita médica, o celular e R\$ 4,00. Quando ele foi sair de casa, os policiais estavam na porta e o abordaram. Os policiais mostraram um saco preto com droga dentro e acusaram ser do Kauan. A receita médica de Kauan que estava em poder dele apareceu no interior do saco com as drogas. Depois chegou outra viatura da polícia. Kauan estava resfriado e com alergia. Ele foi ao médico de manhã e foi preso no período da tarde. Disse que viu a receita médica na mão do réu. Os policiais nada lhe disseram que tinham perseguido o réu antes. Primeiro Kauan trabalhava entregando panfletos. Depois passou a trabalhar com o tio como servente de pedreiro.

Em juízo, Ingrid Cristina Jerônimo Ferreira, testemunha de defesa, disse que é cunhada do acusado. Ele namora sua irmã. Não estava presente no dia dos fatos. Disse que Kauan é usuário de drogas. Faz três anos que namora sua irmã. Sabe que já trabalhou registrado com panfletagem. O acusado mora com a mãe, irmão e padrasto.

Iraci Oliveira dos Santos, a testemunha de defesa, informou em juízo que não presenciou os fatos narrados na denúncia. Conhece o Kauan desde que tinha dez anos. Ele frequentava sua casa desde criança. É amigo de seus filhos. Quando o conheceu, ele trabalhava entregando panfleto. Depois, passou a trabalhar com o tio de servente. Sabe que Kauan faz uso de maconha. Na época que foi preso, estava trabalhando como servente. O réu lhe disse que já foi “enquadrado” por policiais.

Assim, visto a prova, em que pese a negativa do réu, os policiais foram firmes e uníssomos em confirmarem a apreensão de entorpecentes na sacola dispensada pelo acusado, que também continha pedido de exame em nome dele.

As outras testemunhas ouvidas nada presenciaram sobre os fatos e, portanto, nada puderam esclarecer.

Quanto à mãe do réu, claro está que buscou em seu depoimento socorrer o filho. Natural esse comportamento, tanto é que foi ouvida como informante.

De outro lado, temos que os policiais já conheciam o acusado dos meios policiais. No entanto, nada há nos autos que indique que os referidos agentes tivessem algum motivo para injustamente incriminá-lo.

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 MEIRELLES⁷.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA⁸ 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.

⁷ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

⁸ *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA⁹

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 avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”.

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

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram 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

⁹ 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) ”¹⁰.

*“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.*

*TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE
DIMINUIÇÃO DA PENA.*

*ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE.
PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO
ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O
RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO
FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA
PROCESSUAL ELEITA.*

*PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE
PROVA IDÔNEO.*

*PRECEDENTES. MANTIDO O REGIME PRISIONAL E A
NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. EXPRESSA
PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados
pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto
a dois terços, quando forem reconhecidamente primários,
possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades
criminosas ou integrarem organização criminosa.*

*- In casu, não foram atendidas as diretrizes previstas para o
reconhecimento do privilégio, uma vez que as instâncias de origem
reconheceram expressamente que o tráfico operado não se dava de
forma eventual, mas sim, com habitualidade, ou seja, que o
paciente se dedicava a atividades criminosas, pois além da
expressiva quantidade da droga apreendida - 2,02 kg de cocaína -,
foram encontrados diversos petrechos que sustentam o juízo de fato
de que ele praticava a mercancia ilícita já há algum tempo. Em
verdade, a prova dos autos leva a crer que o paciente mantinha
estrutura de refino de drogas em sua residência. Notadamente,
foram localizados um revólver, uma balança de precisão, rolo de
fita adesiva, liquidificador, duas facas de cozinha, uma máscara de
filtro químico, duas prensas hidráulicas e ácida bórico, usando
para a diluição do material entorpecente.*

*- Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria,
necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória
delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.*

Precedentes.

*- Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o
depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova
idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando
ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes,
cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da
prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.*

¹⁰ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

- Mantida a sanção em patamar que excede quatro anos de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de alteração do regime para a modalidade aberta e de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.
- Agravo regimental não provido”¹¹.

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”¹².

Assim, visto a prova, a responsabilidade do apelante pelas drogas apreendidas se infere pelo depoimento dos policiais, os quais confirmaram que o réu foi visto dispensando a sacola contendo os entorpecentes, onde também foram encontrados uma receita médica e um pedido de exame em nome do acusado.

A quantidade¹³ (57 microtubos contendo cocaína com peso líquido de 15,85 gramas e 02 invólucros de maconha com peso líquido de 15,50 gramas), incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento das drogas apreendidas, própria para a venda a varejo; apreensão de dinheiro¹⁴ e de material para embalagem das drogas¹⁵ dão a necessária certeza de que os entorpecentes 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

¹¹ STJ - AgRg no HC 675.003/GO - Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – j. 03/08/2021

¹² STF – HC 87.662/PE – rel. Min. Carlos Ayres Britto – J. 05/09/2006.

¹³ Folhas 28/30 (laudo de constatação)

¹⁴ Folhas 15/16 – R\$ 77,00

¹⁵ Folhas 15/16

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.)”¹⁶.

Com base nestes dados, cada porção de maconha equivale a cerca de 0,6 grama e cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,25 grama. Portanto, a droga encontrada é **suficiente para cerca de 25 porções individuais de maconha e 63 porções individuais de cocaína.**

Portanto, pela considerável quantidade de entorpecentes, incontestemente que se destinava ao consumo de terceiros.

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 FILHO¹⁷, 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 BARRETO¹⁸, “*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*

¹⁶ TJSP - Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.

¹⁷ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

¹⁸ *Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo* – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico”.

Aplica-se ao crime de tráfico de entorpecentes da Lei 11.343/06 a mesma explicação, visto a similitude do tipo penal da lei anterior com o da lei atual.

Neste sentido, o crime de tráfico de entorpecentes, em ambas as leis, é um tipo misto alternativo, onde a narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Assim, as condutas de trazer consigo, guardar, transportar etc. não exigem especial fim de agir.

É um tipo congruente, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente simétrico, conforme ZAFFARONI.

O tipo congruente, ou congruente simétrico, caracteriza-se pela exigência de congruência entre os aspectos objetivo e subjetivo, no sentido de que contenha apenas o querer a realização do tipo objetivo (dolo natural).

Assim, nas figuras de adquirir, guardar, trazer consigo, transportar, entre outras, basta que não exista a finalidade do exclusivo uso próprio, presente no tipo do artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06, para que se configure a tipo subjetivo do crime de tráfico de entorpecentes.

Ou seja, apenas o artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06 é que são tipos incongruentes, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou 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”¹⁹.

Também é este o entendimento do
Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, conseqüentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²⁰

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 destinava-se 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

¹⁹ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

²⁰ STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

terceiros.

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor, não havendo que se falar na desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Passemos à dosimetria das penas.

Na primeira fase, considerando a quantidade de drogas apreendidas, a pena base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 05 anos e 10 meses de reclusão, e ao pagamento de 583 dias-multa, o que não merece reparos.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante da menoridade, a pena foi reduzida ao mínimo legal, nos termos do enunciado da Súmula 231 do STJ, resultando na pena intermediária de 05 anos de reclusão e em 500 dias-multa.

Na terceira fase foi reconhecido o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 2/3, contra o que se insurgiu o Representante Ministerial para requerer o afastamento do benefício.

O réu tem registro em seu desfavor de processos para apuração de ato infracional e ainda execução de medidas socioeducativas, conforme se observa a folhas 42, o que revela dedicação a atividades ilícitas, impedindo assim o reconhecimento do redutor.

Embora o ato infracional não possa ser considerado como antecedente, pode muito bem servir de indicativo de personalidade voltada para a prática de crime.

E não há qualquer óbice em se levar em consideração atos infracionais para se afastar o redutor do tráfico de drogas.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.”²¹

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. MANTIDA A DECISÃO AGRAVADA QUE DENEGOU O HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL

IMPROVIDO. 1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois em consonância com a jurisprudência desta Corte.

2. A existência de registros de atos infracionais é apta a justificar a negativa da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, por indicar a dedicação do réu à prática delituosa, nos moldes admitidos pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, inexistindo ilegalidade a ser sanada quanto ao ponto.

3. É cabível a fixação de regime mais gravoso que a regra, qual seja, o fechado, com base na gravidade concreta do delito de tráfico, evidenciada na apreensão de grande quantidade de entorpecente - 4,45 gramas de maconha e 97,13 gramas de cocaína.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 505.814/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe de 18/10/2019.)

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. LEGALIDADE DA PROVA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INAPLICABILIDADE. ANOTAÇÃO DE ATO INFRACIONAL E CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso

²¹ STJ – AgRg no HC 488570 / SP – Sexta Turma – Djé 23/08/2019.

concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

2. Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

3. O crime de tráfico de drogas na modalidade atribuída ao ora recorrente (guardar ou ter em depósito) possui natureza permanente.

Tal fato torna legítima a entrada de policiais em domicílio para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, desde que existam elementos suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a ocorrência de situação flagrancial.

4. Na hipótese em análise, está presente a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, uma vez que os policiais militares só ingressaram na residência após ser encontrada droga com o acusado, que estava em conhecido ponto de vendas, e esse admitir ter em depósito mais entorpecentes em sua residência.

Considerando, portanto, a natureza permanente do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e a presença da justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, não há qualquer ilegalidade a ser sanada.

5. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

6. A jurisprudência firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, é no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

7. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que a existência de atos infracionais anteriores, apesar de não configurar maus antecedentes ou induzir reincidência, pode indicar a dedicação do agente a práticas delitivas, constituindo fundamento idôneo para afastar

a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

8. O fato do envolvido ter sido condenado por tráfico, sem trânsito em julgado, e ter praticado atos infracionais, ainda que não configurem reincidência ou maus antecedentes, justificam o afastamento do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que indica que o agente se dedica a atividade criminosa.

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.842.175/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 1/6/2021.)

Portanto, de rigor é o não conhecimento do redutor, que ora se afasta.

Desta feita, a pena definitiva resultou em 05 anos de reclusão e no pagamento de 500 dias-multa.

Foi fixado o regime aberto para o réu, contra o que se insurgiu o Ministério Público para requerer o regime intermediário.

O regime semiaberto impõe-se. Observo que foi apreendida significativa quantidade de entorpecentes (**suficiente para cerca de 25 porções individuais de maconha e 63 porções individuais de cocaína**). 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, além da maconha, foram apreendidas porções de cocaína, o que também indica maior reprovabilidade, visto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Além disso, o réu registra anotações de atos infracionais e execuções de medida socioeducativas, o que indica a necessidade de regime intermediário para desestimulá-lo da senda do crime. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime intermediário 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 BECCARIA²², 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’).”

A pena privativa de liberdade foi substituída por penas restritivas de direito, com o que não concordou o Representante Ministerial.

Com efeito, considerando a alta reprovabilidade acima mencionada e o novo *quantum* de pena, inviável a substituição da pena privativa de liberdade, que ora se afasta.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial para afastar o redutor e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e, ao final, fixar a pena definitiva em 05 anos de reclusão e em 500 dias-multa e o regime inicial semiaberto.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica

²² *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.