



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000416390

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº **1500028-51.2024.8.26.0486**, da Comarca de Quatá, em que é apelante WELLINGTON DIAS DA CUNHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª 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 Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

GRASSI NETO
Relator
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto Nº 37811

Apelação Criminal Nº 1500028-51.2024.8.26.0486

Comarca: Quatá

Apelante: Wellington Dias da Cunha

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Corréu: Manoel Jose Pereira

Nulidade – Tráfico de entorpecentes – Agente surpreendido guardando e mantendo em depósito, para fins de tráfico, 230,1 gramas de cocaína em pó – Ausência de prévio mandado judicial de busca e apreensão – Situação de flagrante cuja concretização é hábil para confirmar, a posteriori, a existência de fundadas razões que justificavam a adoção da medida – Inocorrência

Não se desconhece a existência de decisão isolada da 6ª Turma do Colendo STJ, no sentido de que o flagrante hábil a autorizar o ingresso policial, sem mandado judicial, seria apenas aquele que resulta de verdadeira emergência, como nos casos de sequestro, em que há perigo à vida da vítima, não se justificando nas hipóteses dos demais crimes permanentes, como a simples posse de entorpecentes ou de armas ilegais.

O entendimento que acabou sendo firmado pelo Pretório Excelso é, contudo, diverso. O leading case, que teve inclusive repercussão geral reconhecida, versou exatamente caso de flagrante de tráfico de entorpecentes, após ingresso forçado da polícia em residência, cuja validade acabou sendo reconhecida.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema n. 280, observou que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial será lícita, mesmo em período noturno, desde que venha “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”.

Conclui-se, portanto, que, conquanto seja efetivamente recomendável que aludida entrada forçada em domicílio venha, sempre que possível, precedida de mandado judicial, de tal sorte a respaldar previamente a conduta dos policiais na hipótese de a diligência ser infrutífera, fato é que eventual concretização do flagrante será evidentemente hábil a confirmar, a posteriori, a existência de fundadas razões justificando a adoção da medida pela situação de flagrante delito.

Nulidades – Nulidade relativa – Demonstração de prejuízo – Entendimento

Em se tratando de nulidade relativa, seu reconhecimento depende da demonstração efetiva do prejuízo suportado pelo peticionário, diante do princípio pas de nullité sans grief.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tráfico de entorpecentes – Agente surpreendido guardando e mantendo em depósito, para fins de tráfico, 230,1 gramas de cocaína em pó – Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório – Validade

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.

Cálculo da pena – Tráfico de entorpecentes – Reprimenda benevolmente fixada – Manutenção ante ausência de apelo por parte do Ministério Público

Não há como corrigir-se pena benevolmente dosada em primeiro grau, se ausente apelo por parte da acusação, sob pena de violação do princípio da non reformatio in pejus.

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 1469/1488, prolatada pelo MM. Juiz Victor Gavazzi Cesar, cujo relatório ora se adota, WELLINGTON DIAS DA CUNHA foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, às penas de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 583 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo à época dos fatos. Foi concedido ao acusado o direito de recorrer em liberdade.

O réu apelou alegando, preliminarmente, a nulidade da busca e da apreensão domiciliar, por invasão de domicílio, sem prévia autorização judicial. No mérito, persegue a sua



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

absolvição por insuficiência e fragilidade de provas.

Processado e contra-arrazado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

A preliminar deve ser, desde logo, afastada.

Ainda que o ingresso dos policiais na residência do réu não tivesse sido efetivamente autorizado, é importante registrar que a parte final do art. 5º, XI, da CF, com efeito, excepciona a garantia da inviolabilidade do domicílio, no caso de flagrante delito.

Cabe ainda repisar que, em se tratando de crimes de natureza permanente, tais como o de sequestro, o de posse de arma de fogo ou munição, ou o de tráfico ilícito de substância entorpecente (no caso se cuida do núcleo verbal “guardar”), pode-se a qualquer tempo, efetuar a prisão em flagrante, tanto durante o dia como à noite, desde que ainda perdure aludida permanência, independentemente da expedição de mandado judicial.

Nesse sentido:

Habeas Corpus – Processual Penal – Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Alegação de nulidade da busca e apreensão por inobservância do princípio da inviolabilidade de domicílio – Ilícitude da prova colhida – Ilegalidades não evidenciadas

1. Em casos de crimes permanentes, não se faz sequer necessária a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito à autoridade policial ingressar no interior do domicílio, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa, como no caso em questão, apreendendo a substância entorpecente nele encontrada. 2. Por ser dispensada a expedição do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mandado de busca e apreensão, também não há de se falar em sua nulidade, por descumprimento do disposto no art. 245, § 7.º, do Código de Processo Penal.¹

Não se desconhece a existência de decisão isolada da 6ª Turma do Colendo STJ, no sentido de que o flagrante hábil a autorizar o ingresso policial, sem mandado judicial, seria apenas aquele que resulta de verdadeira emergência, como nos casos de sequestro, em que há perigo à vida da vítima, não se justificando nas hipóteses dos demais crimes permanentes, como a simples posse de entorpecentes ou de armas ilegais.²

O entendimento que acabou sendo firmado pelo Pretório Excelso é, contudo, diverso. O *leading case*, que teve inclusive repercussão geral reconhecida, versou exatamente caso de flagrante de tráfico de entorpecentes, após ingresso forçado da polícia em residência, cuja validade acabou sendo reconhecida.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema n. 280, observou que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial será lícita, mesmo em período noturno, desde que venha “amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito,

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 122937-MG (2008/0269777-2). Impetrante: Antônio Velloso Neto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Rodrigo da Costa Simões (Preso). Relatora: Ministra Laurita Vaz. 5ª turma. Votação unânime. Brasília, 19 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 Abr. 2009. **Revista Eletrônica de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=867260&tipo=0&nreg=200802697772&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090413&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 17 Nov. 2014.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 598.051 - SP (2020/0176244-9). Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Rodrigo de Oliveira Fernandes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma. Votação unânime. Brasília, 02 de março de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 Mar 2021. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=122438401&tipo=5&nreg=202001762449&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210315&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 24 Mar. 2021.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.³

Conclui-se, portanto, que, conquanto seja efetivamente recomendável que aludida entrada forçada em domicílio venha, sempre que possível, precedida de mandado judicial, de tal sorte a respaldar previamente a conduta dos policiais na hipótese de a diligência ser infrutífera, fato é que eventual concretização do flagrante será evidentemente hábil a confirmar, *a posteriori*, a existência de fundadas razões justificando a adoção da medida pela situação de flagrante delito.

Não se pode tampouco olvidar que o Pretório Excelso, por decisão de lavra do Ministro Alexandre de Moraes, anulou determinação do colendo Superior Tribunal de Justiça que obrigava policiais a registrarem em áudio e vídeo a entrada em residências. A assertiva por parte dos policiais no sentido de que seu ingresso na residência ocorreu de modo legal tem, portanto, presunção de veracidade. Consoante o relator:

Na presente hipótese, apesar de ter alegado que “ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares”, o STJ excedeu-se, exercendo a “pura legislação”, pois criou requisito constitucional não existente para o afastamento excepcional da inviolabilidade domiciliar, ao exigir que, “além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 603616/RO Rondônia. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma. Votação unânime. Brasília, 03 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 93. 15 Maio 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 Mar. 2021.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar”. Assim atuando, o Superior Tribunal de Justiça tornou conflituosa a relação entre o juiz e o legislador e desrespeitou, no exercício da interpretação, uma importante expressão restritiva do poder dos juízes enunciada pelo *JUSTICE HOLMES*, em 1917: “os juízes fazem e devem fazer obra legislativa, mas se nos interstícios da lei: não movem massas, mas somente moléculas” (*Southern Pacific Co. v. Jensen*, diss. Op. 244 US 205, 221 – 1917).

Incabível, portanto, na presente hipótese e em sede de *habeas corpus* individual, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo o aparelhamento de suas polícias, assim como o treinamento de seu efetivo e a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca domiciliar, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência, em que pese inexistir (*sic*) tais requisitos no inciso XI, do art. 5º da CF/88, nem tampouco no Tema 280 de Repercussão Geral julgado por essa SUPREMA CORTE.⁴

O Supremo Tribunal Federal recentemente ainda refutou, em julgamento conduzido pelo voto da Eminente Ministra Rosa Weber, a alegada necessidade de mandado para o ingresso no domicílio, na hipótese de existir estado de flagrância quanto à posse de drogas para fins de tráfico, eis que se cuida de crime permanente:

Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – Crime de tráfico de drogas – [...] – Violação de domicílio – [...] – Delito de natureza permanente – Prisão em flagrante – Reexame do acervo fático-probatório – Inviabilidade – Flagrante ilegalidade ou teratologia não identificadas

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE/1342077 - Recurso Extraordinário. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Rodrigo de Oliveira Fernandes. *Amicus Curiae*: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Decisão monocrática. Brasília, 02 de dezembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 240, divulgado em 03 Dez 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349033491&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 Fev. 2022.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

[...] 4 – A posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado. [...] ⁵.

Cabe consignar que, nessa seara, inúmeras são as situações correlatas, principalmente em se cuidando de imputação de tráfico de entorpecentes, nas quais o entendimento mais benevolente por parte do Colendo Superior Tribunal de Justiça tem sido reformado pelo Pretório Excelso.

Enquanto a demonstração de nervosismo por parte do agente não implicaria, consoante o STJ, em fundada suspeita para autorizar as autoridades a proceder busca pessoal, o STF, em interpretação diametralmente oposta, vem decidindo no sentido de que o estado de nervosismo do suspeito corresponde a motivo mais do que plausível para justificar que se proceda à sua abordagem e revista. ⁶

Outra ilustração da divergência de entendimento entre as Cortes Superiores é saber se a fuga ou gesticulação suspeita por parte do agente autorizaria a abordagem. Enquanto o STJ não aceita esse fundamento, o STF é expresso no sentido de serem mencionadas situações aptas a autorizar aproximação por parte das

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 213852 AG.Reg./RJ Rio de Janeiro. Agravante Gaetano Maffizzoli. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Rosa Weber. 1ª Turma. Votação unânime, em sessão virtual. Brasília, 30 de maio de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 93. 01 Junho 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351512534&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 Jun. 2022.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 231111 AG.Reg./SP São Paulo. Agravante: Mário Sérgio Guimarães. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cristiano Zanin. 1ª Turma. Votação unânime, em sessão virtual. Brasília, 29 de setembro de 2023 a 06 de outubro de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 233. 16 Outubro 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP&docID=771657479>>. Acesso em: 16 Nov. 2023.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

autoridades para que procedam a busca pessoal.⁷

A mesma discrepância é encontrada no que pertine à validade da denúncia anônima. Na tese encampada pelo STJ, mera comunicação anônima não autorizaria, nem que se realizasse a busca pessoal, nem que se procedesse à entrada forçada em domicílio. Conquanto nossa Suprema Corte também entenda que mera denúncia anônima não seria instrumento hábil para, por si só, autorizar o ingresso forçado em domicílio, sua existência justificaria, contudo, uma busca pessoal. Nesta, em sendo encontrado entorpecente, surgiria justificativa idônea para que, então, se adentrasse no domicílio do abordado, independentemente de diligências específicas a respeito, cuja exigência constituiria verdadeira ilegalidade. Eventual situação de flagrância na habitação permitirá inclusive, consoante o STF, que se proceda à busca

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 229514 AgR/PE Pernambuco. Agravante: José Lucas Aquino Costa. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma. Votação unânime, em sessão virtual. Brasília, 22 de setembro de 2023 a 29 de setembro de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 240. 23 Outubro 2023. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771909787>>. Acesso em: 16 Nov. 2023.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

domiciliar em toda residência.⁸

Pondere-se, por fim, que, nos termos do art. 563 do CPP, não se declara nulidade meramente relativa de ato sem que haja prova de evidente prejuízo suportado pela parte, em obediência ao princípio *pas de nullité sans grief*.

No mais, o apelo defensivo não merece prosperar.

Não se cogita de absolvição, uma vez que a condenação do acusado pelo crime de tráfico de entorpecentes foi bem decretada e veio embasada em prova firme e suficiente.

De acordo com a denúncia, o ora apelante guardava e mantinha em depósito em um imóvel 230,1 gramas de cocaína em pó fracionados em cinco porções a granel, além de apetrechos destinados ao comércio ilícito, como balança, embalagens etc.

Segundo o que restou apurado, na data dos fatos, ao visualizar os agentes policiais, o corréu Manoel teria tentado

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1447939/SP São Paulo. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: David Alisson Souza Amorim e Sérgio Murilo Ferreira Santos. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Decisão monocrática. Brasília, 16 de agosto de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 183. 22 Agosto 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360262279&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 Nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1447078/PR Paraná. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Eudes Luiz Miranda. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Decisão Monocrática. Brasília, 09 de agosto de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 178. 15 Agosto 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360044293&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 Nov. 2023.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

adentrar no imóvel diante do qual estava, mas foi alcançado pelos Policiais Militares.

Durante a abordagem, o corréu teria admitido informalmente aos policiais, que mantinha entorpecentes em depósito naquele local, a pedido do ora apelante, recebendo o valor de R\$ 300,00. Os policiais realizaram, então, busca no imóvel e lograram apreender expressiva quantidade de cocaína (230,1 gramas, fracionados em 5 porções a granel), além de apetrechos destinados ao comércio de drogas, como balança e embalagens, além de caderno de anotações.

A materialidade do delito de tráfico de entorpecentes restou plenamente comprovada pelos autos de exibição e apreensão de fls. 32/33 e 38/39, pelo laudo de constatação de fls. 43/46, pelas fotografias de fls. 57/59 e 120/125 e pelos laudos de exame químico-toxicológico de fls. 143/147 e 148/152.

A prova oral colhida na instrução criminal (fls. 11/12, 13/14, 15/16, 17/18, 20/21, 1056, 1259/1262, e arquivo digital), que contou com os coesos depoimentos dos Policiais Militares, que atenderam à ocorrência e deram conta das circunstâncias que cercaram a prisão do corréu, e a apreensão dos entorpecentes, confirmando os exatos termos em que narrada a denúncia, mostrou-se, outrossim, apta não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva.

Ouvido perante tanto a autoridade policial (fls. 1142), como em Juízo sob o crivo do contraditório (fls. 1261/1262 e arquivo digital), o apelante negou enfaticamente os fatos que lhe foram atribuídos. Aludida negativa restou, todavia, isolada no conjunto probatório dos autos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O corréu Manoel confessou a prática delitiva, em ambas as oportunidades em que foi ouvido, delatando o ora apelante, confirmando, ainda, que guardava o entorpecente em sua casa, a pedido de Wellington.

A esse respeito, o zeloso Promotor de Justiça bem pontuou que (fls. 1474 e 1482):

Restou comprovado que o réu WELLINGTON cooptou o réu MANOEL para que guardasse, no interior de sua residência, os entorpecentes e apetrechos que restaram apreendidos nos autos, em troca do pagamento de uma dívida contraída pelo segundo, visando fazer frente às despesas médicas de seus filhos doentes.

A trama criminoso restou descortinada porque o réu MANOEL acabou sendo surpreendido por policiais militares durante patrulhamento de rotina, quando, em frente ao seu imóvel, apresentou comportamento suspeito, tentado evadir-se da abordagem policial.

Contudo, seu nervosismo e tentativa de fuga chamaram a atenção da guarnição policial, que logrou êxito em contê-lo, ocasião em que admitiu que guardar drogas no interior de sua residência. Em seguida, diante dos veementes indícios da conduta criminoso e com autorização do morador, os policiais realizaram buscas no imóvel e apreenderam expressiva quantidades de drogas (230,1 g. de cocaína, fracionadas em cinco porções a granel), além de apetrechos destinados ao fracionamento e preparo de entorpecentes para o comércio, como quatro balanças de precisão e embalagens do tipo eppendorf, além de contabilidade própria de tráfico (cfr. auto de apreensão de fls. 32/33).

No curso da instrução, o réu MANOEL elucidou a teia criminoso, confirmando que guardava a drogas no interior de sua residência a pedido do réu WELLINGTON, corroborado pela anotação do número do seu CPF no caderno apreendido (fl. 1040).

E mais:

Por outro lado, embora o réu WELLINGTON tenha negado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

os fatos, a versão por ele apresentada não encontra respaldo nos demais elementos de convicção e provas, ficando isolada quando em cotejo com restante do acervo constante dos autos.

Percebe-se, nesse sentido, que o réu foi incapaz de infirmar o restante do conjunto probatório, que lhe é contrário, não apontando motivos idôneos a motivar a prova oral colhida ao longo da instrução especialmente a confissão de MANOEL oferecer justificativa plausível para os fatos ou, ainda, apontar eventuais equívocos nas provas materiais produzidas.

Não há, portanto, qualquer razão para que o réu MANOEL identificasse e imputasse falsamente a prática de um crime de tal magnitude ao réu WELLIGTON, caso ambos sequer se conhecessem (tal como sustentado pelo segundo). De igual forma, não haveria razões para os dados pessoais de WELLIGTON constarem do caderno de anotações apreendido na casa de MANOEL caso sequer tivessem tido qualquer espécie de contato.

O fato de WELLIGTON ter sido preso na noite anterior a apreensão, na cidade de Indiana, também não afasta, por si só, a prática do delito, considerando que o fornecimento de drogas para depósito na residência de MANOEL ocorreu anteriormente à prisão.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos Policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas.

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão dos acusados são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.

Pondere-se que, para a realização do tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não se exige estado de flagrância na prática de qualquer ato indicativo de oferta gratuita ou de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

venda da substância entorpecente, uma vez constar dentre os núcleos verbais ali relacionados aqueles de “guardar e manter em depósito”.

A esse respeito já têm decidido os Tribunais:

Crime contra a saúde pública – Tráfico de entorpecente – Acusado surpreendido e preso quando trazia consigo certa quantidade de 'pontos' de LSD – Quantidade ainda maior apreendida em sua residência – Confissão de a ter trazido dos Estados Unidos – Condenação – Voto vencido – Inteligência dos arts. 12 e 37 da Lei 6.368/76

Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, '*contrario sensu*'), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.⁹

A atual legislação de entorpecentes determina, com efeito, que o tipo penal do tráfico de entorpecentes abrange indistintamente condutas hipotéticas, que são regidas por uma série de núcleos verbais diversos entre si. Estes vem relacionados, por sua vez, no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer substâncias estupefacientes, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

É possível aferir-se, assim, a partir de uma simples leitura superficial do texto legal, que o mero trespasse ilegal de

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 20.239-3. Apelante: Justiça Pública. Apelados: Leônidas José Tavares e Elde Penna Kubrusly. Relator: Desembargador Geraldo Gomes. 4ª Câmara Criminal. Votação unânime. São Paulo, 26 de agosto de 1985. **Revsta dos Tribunais**. v. 584, Junho 1984, p. 347/348.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

substância estupefaciente já implica, por si só, na incidência do tipo penal referente ao tráfico de entorpecentes. A transferência, ainda que a título de cessão gratuita, distribuição, dádiva, troca ou presente, tampouco escapa ao sentido de tráfico previsto pelo legislador, uma vez não ser imprescindível a presença do escopo de lucro à configuração do crime.

Em tais casos, é irrelevante, ainda, à consumação, o fato de o agente ter ou não logrado concretizar a *traditio* da substância a terceiros.

No caso em tela, dúvidas inexistem, portanto, quer no que concerne à autoria, quer quanto à presença do dolo genérico de traficar, elemento subjetivo do tipo do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

As penas, sequer questionadas, conquanto dosadas e fundamentadas de acordo com o sistema trifásico, com a fixação do regime inicial fechado, comportariam reparo na primeira fase. Na falta de recurso do Ministério Público, mantém-se, todavia, o critério adotado:

As penas-base foram fixadas em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, em atendimento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Caberia certamente nesta fase, ante a constatação de ser a quantidade de entorpecente apreendida expressiva e o fato de versar variedade mais viciante e nociva (230,1 gramas de cocaína em pó), que a fixação da reprimenda tivesse ocorrido em patamar equivalente ao mínimo acrescido de 1/6. A ausência de recurso por parte do Ministério Público infelizmente não permite, contudo, a correção.

Na segunda fase, presente a agravante da **reincidência** a reprimenda foi exasperada de 1/6, perfazendo 05 anos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na terceira e derradeira etapa, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, os subtotais obtidos na fase anterior tornaram-se definitivos.

Estão, por outro lado, ausentes os requisitos previstos nos incisos I e II, do art. 44 do CP, que relaciona as hipóteses nas quais é possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito. É certo que a conduta ora julgada foi cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa. Foi imposta, contudo, privação de liberdade superior a quatro anos, a acusado reincidente, o que, por si só, afasta a possibilidade de aludida conversão.

Destaque-se, ademais, que essa a medida não se mostra, com efeito, suficiente à reeducação do agente, e estaria, de qualquer modo, muito aquém da retribuição estatal necessária ao ilícito.

Considerada a situação econômica do réu, foi o dia-multa estabelecido à razão de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

O regime prisional para início do cumprimento da pena imposta ao réu deve ser, por fim, mantido no sistema **fechado**, em razão de ser este o mais adequado ao caso concreto.

Observe-se que, até passado ainda recente, era pacífico que o estabelecimento de regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expresso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu incidentalmente, todavia, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

O eminente Ministro Relator, Ayres Brito, ponderou que as demais penas, além daquela que estabelece a privação de liberdade

também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.¹⁰

Na ocasião, observou-se, ainda, que Tratados e Convenções internacionais aprovados e promulgados pelo Brasil preveem a possibilidade de ser dispensado tratamento diferenciado àquela conduta que, apesar de corresponder ao tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes, se caracterizasse pelo seu menor potencial ofensivo, o que incluiria alternativas ao encarceramento.

Seria este o caso da “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, que foi incorporada ao nosso Direito interno por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Referida Convenção teria, consoante entendimento do Ministro Relator, natureza de verdadeira “norma supralegal de hierarquia intermediária”, pela qual cada Estado soberano estaria autorizado “a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes”.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.256/RS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Brasília, 16 de dezembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico nº 247**. 16 Dez 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O impacto de referido acórdão foi profundo, tendo ensejado, inclusive, a suspensão, pelo Senado Federal, no dia 15 de fevereiro de 2012, da executividade de referida expressão (Resolução n. 5/2012), que proibia mencionada conversão da prisão imposta em pena restritiva de direitos.

A partir de então, passou a prevalecer na Doutrina e na Jurisprudência o entendimento de que, se não existia mais óbice à conversão da pena privativa de liberdade em mera restrição de direitos, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena. Passou a ser, assim, perfeitamente concebível fosse fixado, também na condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, regime inicial diverso do fechado.

A questão é, sem dúvida, polêmica, mesmo porque o simples fato de Convenção Internacional permitir que os Estados signatários estabeleçam penas alternativas ao tráfico de entorpecentes de menor potencial ofensivo, não implica automaticamente na invalidade de opção legislativa diversa.

Não cabe, contudo, no presente processo, adentrar no mérito quanto ao acerto ou não do entendimento do colendo STF, mesmo porque o próprio poder Legislativo optou por seguir o caminho da cessação da excecutoriedade da vedação.

No caso ora em apreço, o ora acusado simplesmente não preenche os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena.

O réu não faz efetivamente jus à fixação do regime inicial diverso do fechado, em razão do quanto disposto no art. 33, § 3º, do CP, que se remete aos parâmetros subjetivos do art. 59 do CP.

Por tal razão, mesmo que o *quantum* da pena imposta ao sentenciado o permita, o estabelecimento de regime inicial mais benéfico dependerá, sempre, da análise concreta da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, além do comportamento da vítima.

A gravidade da dinâmica dos fatos perpetrados, tendo sido apreendida expressiva quantidade e variedade inclusive mais nociva de entorpecente (230,1 gramas de cocaína em pó), exige maior rigor por parte do Estado, cabendo a adoção do regime inicial **fechado**, conforme o disposto art. 33, § 3º, do CP.

O tráfico ilícito de entorpecentes é crime de natureza grave, cujas circunstâncias (lucro fácil em detrimento da saúde de outrem) e consequências (desestabilização familiar e social), associadas à dinâmica dos fatos julgados nesta ação penal e à personalidade do agente, tornam insuficientes, quer mencionada substituição, quer o início do cumprimento da reprimenda privativa de liberdade em sistema penal menos gravoso.

Em se cuidando de crimes que sejam referentes a tráfico de maior nocividade, como o ora sentenciado, aludidos benefícios são inadequados à prevenção, à repreensão ou ainda à reeducação do condenado, pois a permanência dele em liberdade viria desacompanhada de qualquer instrumento que o impedisse inclusive de reincidir em sua conduta, pondo a perder não apenas a sociedade, mas a sua própria recuperação.

Ante o exposto, **rejeita-se a preliminar e, dada a ausência de irresignação Ministerial, apenas se nega provimento ao apelo Defensivo interposto em favor de WELLINGTON DIAS DA CUNHA**, restando, pois, mantida a r. sentença por seus jurídicos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fundamentos.

Fica, desde já, determinada expedição, após o esgotamento de todos os recursos, de mandado de prisão em regime fechado, bem como de carta de guia, para que seja iniciado o cumprimento da pena em definitivo.

ROBERTO GRASSI NETO

Relator