



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000438624

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002113-65.2024.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é apelante ALMIR GONÇALVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso defensivo, mas alteraram, de ofício, o cálculo da pena do réu, que passa, agora, para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TOLOZA NETO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 6 de maio de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 0002113-65.2024.8.26.0363

Apelante: Almir Gonçalves

Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 4ª Vara da Comarca de Mogi-Mirim

MMª. Juíza de Direito: Adriana Barrea

Voto n. 12.947

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (1) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (2) DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. (3) INDÍCIOS. (4) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. (5) CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. (6) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (7) DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM RAZÃO DAS NATUREZAS E DA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. (7) IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. (8) REGIME FECHADO. (9) DESCABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. (10) DIREITO DE "RECORRER EM LIBERDADE". (11) DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. A materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas. Substâncias entorpecentes encontradas em poder do réu.

2. Validade dos depoimentos de policiais. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (RHC 225.939/RO – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023; HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/07; HC 73.518-5/SP – Rel. Min.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996 e HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. em 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998) e do STJ (HC 926.476/SP – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024; AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 22/10/2024 – DJe de 25/10/2024; AgRg no HC 860.201/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 17/6/2024 – DJe de 20/6/2024; AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023; AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 02/08/2022 – DJe de 16/8/2022 e AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021).

3. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. CEZAR PELUSO – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. LUIZ FUX – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842).

4. Tráfico de drogas e uso de substância entorpecente. O fato do réu não ter sido preso em atos de traficância (ou melhor, de venda de droga), por si só, pouco importa, afinal, o crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, é de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se com a prática de um dos dezoito verbos núcleos do tipo, previstos no preceito primário do referido dispositivo legal ("importar", "exportar", "remeter", "preparar", "produzir", "fabricar", "adquirir", "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito", "transportar", "trazer consigo", "guardar", "prescrever", "ministrar", "entregar a consumo" ou "fornecer drogas"), a Lei Especial não exigindo que o agente esteja em atos de mercancia, até porque tipifica como crime a prática das condutas acima mencionadas ainda que "gratuitamente". Precedentes do STF (HC 182.279 AgR/DF – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 23/11/2020 – DJe de 04/12/2020; HC 147.182/DF – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 26/10/2020 – DJe de 05/11/2020) e do STJ (AgRg no AREsp 2.160.831/RJ – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 7/2/2023 – DJe de 14/2/2023; AgRg no AREsp 1.803.460/ES – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 13/9/2022 – DJe de 19/9/2022; AgRg no REsp 1.992.544/RS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 16/8/2022 – DJe de 22/8/2022). No duro, serão as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

nos exatos termos do art. 28, §3º, da Lei de Regência. Doutrina de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. No caso, os agentes da lei flagraram o réu vendendo drogas.

5. Comprovado que o réu praticou o crime de narcotráfico nas proximidades de igrejas e de uma praça pública, de sorte que a causa especial de aumento de pena, prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, deve ser reconhecida. Precedentes do STF (RHC 219.636/SC – Rel. Min. NUNES MARQUES – j. em 02/05/2023 – DJe de 08/05/2023; HC 227.275/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. em 26/04/2023 – DJe de 27/04/2023; HC 223.954/PR – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – j. em 04/02/2023 – DJe de 03/02/2023) e do STJ (AgRg no HC 810.785/SC – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 27/4/2023 - DJe de 03/05/2023; AgRg no AREsp 2.194.622/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 17/2/2023; AgRg no HC 723.261/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 22/12/2022).

6. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (RHC 221.785-AgR/RS – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023; ARE 1.370.438-ED/PR – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 222.534-AgR/RS – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023; HC 210.700-AgR/DF – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022; HC 186.720-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022; HC 213.388-AgR/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022 e HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

7. Dosimetria. Pena-base do recorrente fixada acima do mínimo legal, em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas. Natureza e quantidade dos entorpecentes que justificam a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes do STF (HC 244.066 AgR/PR – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 06/11/2024 – DJe de 12/11/2024; HC 245.132 AgR/SP – Rel. Min. CRISTIANO ZANIN – Primeira Turma – j. em 17/09/2024 – DJe de 19/09/2024) e do STJ (AgRg no REsp 2.141.719/AL – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 27/11/2024 – DJe de 03/12/2024; AgRg no HC 935.003/SC – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 27/11/2024 – DJe de 03/12/2024).

8. Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Tem-se entendido, corretamente, frise-se, que a conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza da substância entorpecente, a variedade das substâncias entorpecentes, os petrechos utilizados pelo criminoso e as circunstâncias da apreensão da substância entorpecente servem,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

primacialmente, como amparo probatório para o reconhecimento da dedicação do réu à atividade criminosa, impedindo o reconhecimento do privilégio do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Precedentes do STF (RHC 247.481 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 19/11/2024 – DJe de 22/11/2024; HC 242.527 AgR/MG – Rel. Min. FLÁVIO DINO – Primeira Turma – j. em 12/08/2024 – DJe de 16/08/2024; HC 101.265/SP – Rel. para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – Voto Min. GILMAR MENDES – j. 10/04/2012 – DJe de 06/08/2012; HC 213.031 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 13/05/2022; HC 229.571 AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 26/02/2024 – DJe de 22/04/2024).

9. Regime prisional. Nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, a determinação do regime prisional deverá ser feita levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo Código. Nesse sentido, mesmo que a pena seja inferior a oito anos, a jurisprudência é sólida ao autorizar o regime mais gravoso para os réus que ostentem circunstâncias judiciais negativas ou sejam reincidentes, ou mesmo a depender da natureza e quantidade de drogas apreendidas. Precedentes do STF (HC 246.462 AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 06/11/2024 – DJe de 25/11/2024; RHC 240.457 AgR/MT – Rel. Min. FLÁVIO DINO – Primeira Turma – j. em 01/07/2024 – DJe de 11/07/2024; HC 230.830 ED-AgR/MS – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 26/02/2024 – DJe de 01/03/2024; HC 223.498 AgR/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 07/03/2023).

10. Prisão preventiva x direito de "recorrer em liberdade". A existência dos requisitos da prisão preventiva é o que basta para afastar o pedido de recurso em liberdade, não se perdendo de vista que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é torrencial no sentido de se manter a custódia cautelar daquele que respondeu preso durante o processo, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da respectiva condenação, mormente quando persistem os motivos ensejadores da custódia cautelar, no caso, preventiva. Precedentes do STF (RHC 217.486-AgR/SP – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 03/11/2022 – DJe de 07/12/2022; HC 216.428-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 16/08/2022; HC 132.295/PR – Rel. TEORI ZAVASCKI – Segunda Turma – j. em 02/08/2016 – DJe de 01/08/2017 e HC 138.120/MG – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 06/12/2016 – DJe de 16/12/2016) e do STJ (AgRg no HC 783.309/SC – Rel. Min. Ministro Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 16/02/2023; AgRg no HC 789.276/MA – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 13/02/2023; AgRg no RHC 173.056/GO – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 19/12/2022; AgRg no AgRg no HC 761.058/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 04/11/2022 e AgRg no HC 742.659/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 16/08/2022 – DJe de 22/08/2022).

11. Desprovisionamento do recurso defensivo, com alteração, de ofício, do cálculo da pena do réu.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

VOTO

Almir Gonçalves foi denunciado como incurso no art. 33, "caput", combinado com o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06, e ao final se viu condenado, nos termos em que denunciado, à pena de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, regime fechado e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, no piso (fls. 170/178).

Apelou a defesa do réu, pleiteando, em síntese: **(a)** a sua absolvição, com fundamento legal no art. 386, VII, do Código de Processo Penal; **(b)** subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal; **(c)** a fixação do regime inicial semiaberto; e **(d)** o direito de "recorrer em liberdade" (fls. 181/198).

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões, requerendo o improvimento do recurso defensivo (fls. 204/207).

A **Procuradoria Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 237/242).

É o relatório.

Nego provimento ao recurso defensivo.

O réu **Almir Gonçalves** foi denunciado como incurso no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, nos termos seguintes:

"Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 21 de setembro de 2024, por volta das 16h50min., em via pública na Rua Milton Silveira Pedreira, Vila Dias, nas imediações de locais especialmente protegidos (fls. 84/88) esta Cidade e Comarca de Mogi Mirim/SP, ALMIR GONÇALVES, qualificado às fls. 14+16/17, guardava e trazia consigo, com o fim de mercancia, drogas,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

consistente em 70 (setenta) pinos, com peso bruto total de 88 gramas, 1 (uma) porção de Cannabis sativa L. (maconha), com peso bruto total de 21 gramas, drogas destinadas ao consumo de terceiros, tudo conforme auto de exibição e apreensão de fl. 8 e laudo de constatação preliminar de substância entorpecente de fls. 9/10, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Segundo o apurado, ALMIR promovia o tráfico de drogas na Rua Milton Silveira Pedreira, Vila Dias, nas imediações de locais especialmente protegidos (fls. 84/88), nesta Cidade.

Guardas Municipais estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, região conhecida pelo comércio de drogas, ocasião em que avistaram o denunciado em atitude suspeita, o qual que estava agachado próximo a um pé de bananeira, vindo a caminhar em direção de um veículo Vectra, cor preto.

Nesse interim, o denunciado, assim que avistou a viatura, empreendeu fuga e dispensou um invólucro no percurso. O veículo Vectra também empreendeu fuga do local.

Logo à frente o denunciado foi abordado e submetido a revista pessoal, tendo sido encontrado pelos guardas municipais 2 (duas) notas de R\$ 20,00 (vinte reais) em seu bolso.

Ao retornarem no local onde o denunciado havia jogado o invólucro, os agentes de segurança encontraram 1 (um) zips lock com dois pinos de cocaína, sendo um azul e outro transparente, além de dois pinos azuis maiores contendo cocaína.

Após, os guardas municipais foram até a bananeira onde ALMIR estava, ocasião em que encontraram 2 (duas) bolsas que continham 20 (vinte) porções embaladas com zips lock contendo, cada uma, 20 (vinte) pinos azuis, 20 (vinte) pinos transparentes. Já na outra sacola foram encontrados 30 (trinta) pinos azuis grandes, bem como um tijolo de maconha.

Inquirido pelos militares, o denunciado negou que estivesse vendendo drogas no local.

Dado voz de prisão, ALMIR foi conduzido à Delegacia de Polícia local, ocasião em que foi ratificada a prisão.

As circunstâncias do flagrante, bem como a quantidade de drogas apreendidas e dinheiro, apontam que o denunciado promovia o tráfico de drogas em local já conhecido pelo tráfico.

Diante do exposto, denuncio ALMIR GONÇALVES como incurso no artigo 33, caput, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, e que recebida e autuada esta peça, seja o denunciado citado para apresentar respostas à acusação, após a qual o recebimento da denúncia deverá ser mantido, seguindo o processo até final condenação pelo rito ordinário previsto no artigo 394, §1º, inciso I, e nos artigos 396 a 405, todos do Código de Processo Penal, ouvindo-se, ao final, as testemunhas abaixo arroladas: [...]" (fls. 54/56 e aditamento a fls. 92/93).

Pois bem.

A materialidade criminosa narcotraficante está consubstanciada no auto de exibição e apreensão, que prova que o réu guardava e trazia consigo substâncias entorpecentes (fls. 08), substâncias

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

entorpecentes essas que, nos termos do laudo de constatação e do laudo pericial, relativo ao exame pericial de natureza químico-toxicológica, eram as mesmas referidas na denúncia, isto é, "maconha" e "cocaína" (fls. 09/10 e 78/83).

A autoria criminosa, por sua vez, é certa e deve ser imputada ao réu **Almir Gonçalves** que, interrogado judicialmente, negou a prática do crime (fls. 179/180 – mídia digital). Entretanto, ver-se-á, a sua negativa remanesceu isolada do restante do conjunto probatório.

Deveras, o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua indicação, na forma como reconhecido pela sentença, mormente porque os depoimentos dos guardas civis **Alexander Vitorio** e **Heber Rodrigo**, testemunhas arroladas pela acusação, todos colhidos perante o contraditório, mostraram-se alinhados e coerentes entre si, bem como com as demais provas existentes nos autos. Os agentes da lei afirmaram, em Juízo, que, em patrulhamentos de rotina, perceberam que toda vez que passavam pelo local o réu buscava esconder-se. No dia dos fatos, visualizaram-no agachado próximo a um veículo, certo que ele foi até uma bananeira, pegou um objeto e entregou para o motorista. Ao se aproximarem ele tentou empreender fuga e foi abordado. Em revista encontraram R\$ 40,00. Próximo ao local em que o veículo estava encontraram pinos de "cocaína" e, junto à bananeira, encontraram outras porções de substâncias entorpecentes embaladas da mesma forma que as encontradas anteriormente, evidenciando o narcotráfico (fls. 179/180 – mídia digital).

A propósito, como se sabe, os guardas municipais integram os quadros funcionais do Município, cujo desempenho básico é a defesa do patrimônio público municipal. Em uma atuação secundária, cabe aos guardas municipais a defesa da população local, compreendida na repressão de atos criminosos danosos aos cidadãos, até porque, caso assim não ajam,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

responderiam na forma do art. 13, §2º, "a", do Código Penal, por omissão imprópria, dado que têm o dever de agir, posto que a lei obriga o dever de cuidado, proteção e vigilância.

Além do que, a preservação da ordem pública é responsabilidade de todos, sendo conferido aos Órgãos de segurança o dever legal. Desta forma, é conferida à Guarda Municipal, sempre civil, a possibilidade de prender quem estiver em flagrante delito, bem como recolher todos os instrumentos utilizados na prática da infração penal, a fim de que melhor subsidie a apuração dos fatos, nisto incluída a revista pessoal.

Vasta é a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nesse sentido:

"[...]

12. **As conclusões adotadas nas instâncias antecedentes não destoam da jurisprudência desta Corte, no que, em casos como o dos autos, 'não se verifica ilegalidade na ação da Guarda Municipal, porquanto a lei autoriza a qualquer do povo realizar prisão em flagrante, o que se adequa à jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal'** (HC nº 205.455/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 23/08/2021, p. 25/08/2021). Confirmam-se, também, os seguintes julgados: HC nº 206.802/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 28/09/2021, p. 30/09/2021; e HC nº 206.030/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 06/09/2021, p. 09/09/2021; e, ainda:

'AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. **PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA CIVIL MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS: FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.'

(HC nº 212.635-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 11/04/2022, p. 18/04/2022).

'EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Penal e Processo Penal. Tráfico de drogas. **Prisão em flagrante realizada por guardas municipais. Ausência de ilegalidade (art. 301 do CPP).** Trancamento de inquérito, ante a alegação de ilicitude dos elementos de prova. Questões não submetidas às instâncias precedentes. Supressão de instância. Medida excepcional. Hipóteses autorizadoras não verificadas. Agravo não provido.'

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(HC nº 202.776-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 11/11/2021, p. 15/03/2022; grifos nossos).

13. Conforme preconiza o art. 301 do Código de Processo Penal, *'qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito'*. Inexiste, portanto, óbice à ação realizada pelos guardas municipais, considerado o flagrante delito, uma vez assentado, pelas instâncias antecedentes, que *'não há indícios de qualquer atividade investigativa por parte dos agentes da guarda municipal no caso dos autos, os quais visualizaram a situação de flagrância pela base de monitoramento de câmeras, e avisaram a guarnição dos colegas que estava em patrulhamento na rua, a qual realizou a prisão em flagrante'* (e-doc. 2, p. 65). Tem-se evidenciada a justa causa para a atuação dos agentes públicos. Não há, ante o quadro fático delineado, que se falar em prova ilícita."

(STF – HC 219.378/RS – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – j. em 23/03/2023 – DJe de 24/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. ROUBO. **INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE PELA GUARDA MUNICIPAL**. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO DECIDIDO NO TEMA 656 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (STF – Rcl 57.762-AgR/SP – **Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 02/03/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER.

[...]

3. As peças que instruem a impetração não evidenciam situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem de ofício.

4. **A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a 'guarda municipal pode, e deve, prender quem se encontre em situação de flagrante delito, nos termos do art. 301 do CPP'** (RE 1.282.774-AgR-ED-AgR, Redator para o acórdão o Min. Luís Roberto Barroso).

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 222.240-AgR/SP – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 06/02/2023);

"Conforme destacou a Procuradoria-Geral da República, 'é legítima a atuação da Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (§8º do art. 144 da Constituição da República), por se tratar de ato permitido a qualquer do povo, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal: 'Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito' (pág. 6 do doc. eletrônico 12). Com essa compreensão, menciono o seguinte precedente proferido

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

em caso análogo:

'Agravamento regimental em habeas corpus. Penal e Processo Penal. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante realizada por guardas municipais. Ausência de ilegalidade (art. 301 do CPP). Trancamento de inquérito, ante a alegação de ilicitude dos elementos de prova. Questões não submetidas às instâncias precedentes. Supressão de instância. Medida excepcional. Hipóteses autorizadoras não verificadas. Agravamento não provido' (HC 202.776 AgR/SP, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma).

No mesmo sentido, cito as seguintes decisões monocráticas proferidas por integrantes de ambas as Turmas do STF: HC 205.281/SP, de relatoria da Ministra Rosa Weber, Primeira Turma; HC 207.163/SP, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma; HC 206.802/SP, de minha relatoria, Segunda Turma; HC 205.455/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma; HC 203.070 AgR/SP, de relatoria do Ministro Nunes Marques, Segunda Turma; e HC 201.556/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, cujo excerto transcrevo:

'[...] Ao contrário do que afirma o impetrante, a guarda municipal não realizava atividade de investigação. Consta dos autos que guardas municipais realizavam patrulhamento de rotina e visualizaram o paciente em estado de flagrância. Visualizar a prática de um crime em flagrante e dar voz ao agente não é o mesmo que realizar atos de investigação, ainda que outra interpretação queira dar o impetrante. Da leitura dos autos, vê-se que a ação da Guarda Municipal foi legítima, porquanto a lei autoriza a qualquer do povo realizar prisão em flagrante, o que se adequa à jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, cito: RE 1259558, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 13.3.2020; RE 1208225, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 7.2.2020; ARE 1235035, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 16.10.2019. (...).'

Além disso, em 1º/3/2021, o Plenário desta Suprema Corte, ao julgar o RE 846.854/SP, assentou que '[as] Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, §8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, §1º, CF), pelo que se submetem às restrições firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 654.432'.

(STF – HC 212.642/SP – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – j. em 17/03/2022 – DJe de 22/03/2022);

"Agravamento regimental em habeas corpus. Penal e Processo Penal. Tráfico de drogas. **Prisão em flagrante realizada por guardas municipais. Ausência de ilegalidade (art. 301 do CPP).** Trancamento de inquérito, ante a alegação de ilicitude dos elementos de prova. Questões não submetidas às instâncias precedentes. Supressão de instância. Medida excepcional. Hipóteses autorizadoras não verificadas. Agravamento não provido."

(STF – HC 202.776-AgR/SP – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 11/11/2021 – DJe de 15/03/2022).

Além do mais, a Lei n. 13.022/14, responsável por trazer o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"Estatuto Geral das Guardas Municipais" e disciplinar o art. 144, §8º, da Constituição Federal, constitui norma geral e é aplicável a todas as leis municipais que versam sobre as suas respectivas guardas (cada Município deve editar a sua própria lei e adequar-se às disposições do Estatuto Geral das Guardas Municipais).

A importância dessa Lei encontra-se no fato de que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal. Dispõe esta norma constitucional que *"os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei"*. A interpretação restritiva encontra-se no fato de que as Guardas Municipais sempre tiveram um papel relacionado com a proteção do patrimônio municipal. A Lei n. 13.022/14 amplia a interpretação, estabelecendo que as Guardas Municipais podem colaborar com os demais Órgãos de segurança pública, no caso as Polícias Civil e Militar.

Isso se depreende das competências que a Lei confere às Guardas Municipais. O art. 4º atribui a competência geral, qual seja, a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município, conforme já previsto na Constituição Federal. Por outro lado, o art. 5º adjudica as competências específicas. E é entre as competências específicas que podemos destacar que as Guardas Municipais não estão restritas à proteção do patrimônio municipal, mas também lhes são atribuídas funções de colaboração na apuração penal e defesa da paz social. Pode-se destacar, por exemplo, que são competências específicas das Guardas Municipais:

"Art. 5º. São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:
I - zelar pelos bens, equipamentos e prédios públicos do Município;
II - prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais;
III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;

IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

V - colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas;

VI - exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal;

VII - proteger o patrimônio ecológico, histórico, cultural, arquitetônico e ambiental do Município, inclusive adotando medidas educativas e preventivas;

VIII - cooperar com os demais órgãos de defesa civil em suas atividades;

IX - interagir com a sociedade civil para discussão de soluções de problemas e projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades;

X - estabelecer parcerias com os órgãos estaduais e da União, ou de Municípios vizinhos, por meio da celebração de convênios ou consórcios, com vistas ao desenvolvimento de ações preventivas integradas;

XI - articular-se com os órgãos municipais de políticas sociais, visando à adoção de ações interdisciplinares de segurança no Município;

XII - integrar-se com os demais órgãos de poder de polícia administrativa, visando a contribuir para a normatização e a fiscalização das posturas e ordenamento urbano municipal;

XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;

XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;

XV - contribuir no estudo de impacto na segurança local, conforme plano diretor municipal, por ocasião da construção de empreendimentos de grande porte;

XVI - desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal;

XVII - auxiliar na segurança de grandes eventos e na proteção de autoridades e dignatários; e

XVIII - atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local.

Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Outrossim, não cabe qualquer alegação de inconstitucionalidade da Lei n. 13.022/14, por ter este diploma conferido poderes às Guardas Municipais de atuarem em prol da segurança pública. Em primeiro lugar, as Guardas Municipais integram o sistema de segurança pública do Estado, razão pela qual se encontram em um dos parágrafos do art. 144, da Constituição Federal. Em segundo lugar, a atuação das Guardas Municipais é sempre ligada às suas atribuições constitucionais (proteção do patrimônio municipal) ou, quando mais ampla, atuará em colaboração com os demais Órgãos de segurança pública (Polícias Civil ou Militar). Inclusive, é o que dispõe o art. 5º, IV e parágrafo único, da Lei. Por fim, as Guardas Municipais, quando no exercício da sua competência, deverão obedecer às competências dos Órgãos Federais e Estaduais, prestando o auxílio necessário para a elucidação dos fatos.

Pelo que se vê, as Guardas Municipais estão investidas na incumbência de garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de delitos, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência ou, no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso.

Neste sentido, são os entendimentos recentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA PÚBLICA. ART. 144, §8º, DA CONSTITUIÇÃO. **RECONHECIMENTO DAS GUARDAS MUNICIPAIS COMO ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA.** LEGÍTIMA OPÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL AO INSTITUIR O SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (LEI Nº 13.675/18). PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública.

2. Essa nova perspectiva de atuação na área de segurança

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

pública, fez com que o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 846.854/SP, reconhecesse que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, §8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, §1º, da CF).

3. O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou ao CONGRESSO NACIONAL, em legítima opção legislativa, no §7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei nº 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, §1º, inciso VII).

4. O quadro normativo constitucional e jurisprudencial dessa SUPREMA CORTE em relação às Guardas Municipais permite concluir que se trata de órgão de segurança pública, integrante do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecida e julgada procedente para, nos termos do artigo 144, §8º da CF, CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO aos artigos 4º da Lei 13.022/14 e artigo 9º da Lei 13.675/18 DECLARANDO INCONSTITUCIONAL todas as interpretações judiciais que excluam as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública.

(STF – ADPF 995/DF – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Tribunal Pleno – j. em 28/08/2023 – DJe de 09/10/2023);

E aqui, no caso concreto, a Guarda Municipal não ultrapassou as suas prerrogativas nem se substituiu à atuação das Polícias Civil e Militar. Demonstrada a flagrância na prática do crime de tráfico de drogas, apenas procedeu como poderia tê-lo feito alguém do povo, tendo sido levada a efeito a prisão em flagrante, em perfeita consonância com o art. 301, do Código de Processo Penal.

De mais a mais, a atuação dos agentes da lei está em conformidade com o recente julgamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no RE n. 608.588/SP, entendendo que as Guardas Civis Municipais podem realizar atividades de policiamento ostensivo e comunitário:

"O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 656 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, a fim de declarar a constitucionalidade do artigo 1º, inciso I, da Lei 13.866/2004 do Município de São Paulo, tanto em sua redação original como na redação dada pela Lei 14.879/2009, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin, que julgavam prejudicado o recurso extraordinário. **Foi fixada a seguinte tese: "É constitucional, no âmbito dos municípios, o exercício de ações de segurança**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

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

(STF – RE 608.588/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Tribunal Pleno – j. em 20/02/2025);

Aliás, em se tratando de policiais, civis ou militares, mesmo guardas civis, há de se lembrar que os seus depoimentos judiciais têm valor igual aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais, sendo totalmente descabido e inconsequente o preconceito acerca dos seus depoimentos, sob o pretexto, absurdo, de que viriam a Juízo com o intuito inicialmente mentiroso, a fim de legitimar suas condutas pretéritas, que teriam ensejado a prisão do réu. Na verdade, inexiste qualquer impedimento ou suspeição nos depoimentos, judiciais que sejam prestados por policiais, sejam civis ou militares, mesmo guardas civis, porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, quando os chamassem à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Não. Inexiste qualquer impedimento ou suspeição, no Código de Processo Penal, que faça desmerecer, em princípio, depoimentos provenientes de policiais, civis ou militares, também guardas civis, de resto, sendo inconstitucional qualquer entendimento que retirasse valor, "a priori", dos depoimentos policiais, pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas de tal qualidade, é dizer, investidas em tais cargos públicos.

Nesse sentido, por sinal, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"[...]"

Nesse diapasão, a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à validade do depoimento de autoridade policial prestado em juízo, porquanto 'a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações' (HC 87662, Relator Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 16.02.2007). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - TESTEMUNHO PRESTADO POR **POLICIAIS** - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO. - A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar - impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão - não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada. VALIDADE DO **DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS**. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. - O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus. (HC 73518, Relator Celso de Mello, Primeira Turma, DJe 18.10.1996) Habeas corpus. 2. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 50 dias-multa. **3. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial. 4. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes. 5. Habeas Corpus indeferido. (HC 77565, Relator Néri da Silveira, Segunda Turma, DJe 02.02.2001)

HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. A competência para julgá-lo é do Superior Tribunal de Justiça, ficando obstaculizada a possibilidade de o jurisdicionado proceder à escolha do órgão julgador. SENTENÇA - PROVA - FLAGRANTE - **DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. Na hipótese de prisão em flagrante, exsurge com inegável valia o depoimento dos agentes policiais.** (HC 73529, Relator Marco Aurélio, Segunda Turma, DJe 06.09.1996) HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. HABEAS CORPUS – REVISÃO CRIMINAL – ÓBICE – INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas corpus, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTOS – NULIDADE – AUSÊNCIA. **É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório.** CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição. (HC 166027, Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 12.02.2021)

No caso concreto, embora o apenado tenha negado seu envolvimento, o magistrado formou seu convencimento quanto à participação do recorrente na tentativa de fuga com fulcro no depoimento do Chefe de Segurança da unidade prisional, Antonio Moraes, que presenciou os fatos (eDOC 7).

Da mesma forma, o Tribunal local entendeu, com base no depoimento do policial, 'que os apenados estavam escavando a parede para tentarem empreender fuga da unidade prisional, não restando dúvidas acerca da participação do agravante na empreitada fugitiva, pois, segundo resultou apurado, ele era o responsável por monitorar e avisar os demais apenados acerca do aproximação dos agentes penitenciários' (eDOC 5, p. 2).

Com efeito, não há ilegalidade na decisão que reconheceu a falta grave com base no depoimento do agente de segurança que presenciou os fatos.

[...]

Destarte, como não se trata de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF ou de flagrante hipótese de constrangimento ilegal, descabe conceder a ordem.

2. Posto isso, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF, nego seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 225.939/RO – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO INTERNO NO *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. PRETENDIDO JUÍZO ABSOLUTÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO RECORRIDA. RETERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

2. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo inadmissível a fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, *ex vi* do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedente: AP 973, Red. p/ acórdão, Min. Nunes Marques, DJe de 28/03/2022.

3. **O testemunho policial, máxime diante da ausência de dúvidas quanto à imparcialidade do agente, em conjunto com as demais provas produzidas sob o contraditório é meio de prova idôneo. Precedentes: HC 209.923-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 15/06/2022; RHC 208.086-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 08/03/2022; HC 214.062-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 07/12/2022.**

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 223.425-AgR/RJ – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023);

"*HABEAS CORPUS* – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. *HABEAS CORPUS* – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Revelando o *habeas corpus* parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. TRÁFICO DE DROGAS – DUPLA PUNIÇÃO – INOCORRÊNCIA. Demonstrada condutas autônomas, em contextos diversos, não cabe cogitar de dupla punição ante único crime. **TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTAÇÃO. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos, colhidos sob o crivo do contraditório, de policiais.** CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição por falta de prova. ISONOMIA – INOBSERVÂNCIA – AUSÊNCIA. Reveladas situações jurídicas diversas, inexistente inobservância ao princípio da isonomia. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O princípio constitucional da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena."

(STF – HC 150.760/PR – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** - Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. **DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.**

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."

(STF – HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007);

"O valor de **depoimento testemunhal de servidores policiais** - especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório - **reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.** O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."

(STF – HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996);

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA: APELAÇÃO: JULGAMENTO. **POLICIAL. TESTEMUNHA: VALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA. PROVA: EXAME: IMPOSSIBILIDADE.**

[...]

II. - O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF.

[...]

V. - HC indeferido."

(STF – HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998).

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. VALIDADE DA PROVA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL AO TRÁFICO. ORDEM DENEGADA. I. CASO EM EXAME

[...]

4. O depoimento dos policiais, corroborado pela apreensão de entorpecentes, constitui meio de prova válido, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, não havendo nulidade a ser reconhecida.

[...]

IV. ORDEM DENEGADA."

(STJ – HC 926.476/SP – **Rel. Min. Daniela Teixeira** – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADES AFASTADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. TESTEMUNHO POLICIAL. PROVA VÁLIDA. PARCIALIDADE DO DEPOIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

5. Outra questão é a alegação de que o depoimento policial não poderia ser considerado imparcial devido à relação com a vítima.

III. Razões de decidir

6. A decisão considerou que a entrada no domicílio foi justificada por fundadas suspeitas, com consentimento da mãe do acusado, não configurando violação de direitos.

7. O depoimento dos policiais foi considerado idôneo e corroborado por outras provas, não havendo prequestionamento a respeito da sua parcialidade.

8. A revisão do acervo probatório é inviável em recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

IV. Dispositivo e tese9. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A entrada em domicílio sem mandado é lícita quando há fundadas razões de flagrante delito e consentimento do morador." **2. O depoimento policial é prova idônea, salvo demonstração de parcialidade.**"

3. Ausente a discussão da controvérsia recursal nas instâncias ordinárias, atrai-se a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal - STF.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, XI; CPP, arts.

155, 214. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no REsp 2.097.120/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/12/2023; STJ, AgRg no AREsp n. 2.009.660/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 27/6/2022; STJ, AgRg no HC 695.249/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 03/11/2021."

(STJ - AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** - Quinta Turma – j. em 22/10/2024 - DJe de 25/10/2024);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DECONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

IV- O depoimento policial merece credibilidade em virtude da fé pública inerente ao exercício da função estatal, só podendo ser relativizado diante da existência de indícios que apontem para a incriminação injustificada de investigados por motivos pessoais.

Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 860.201/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto - Quinta Turma – j. em 17/6/2024 - DJe de 20/6/2024);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE UM DOS ACUSADOS. FUNDADAS RAZÕES. POSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ADEMAIS, **CONDENAÇÃO AMPARADA EM OUTRAS PROVAS**. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACÉRVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento perfilhado no acórdão recorrido está em harmonia com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616/RO, Tema 280/STF, segundo o qual o ingresso dos policiais no domicílio do réu, sem autorização judicial ou consentimento do morador, será lícito quando houver fundadas razões da situação de flagrante delito naquela localidade.

2. No caso, os policiais encontraram com os suspeitos - antes mesmo do ingresso na residência de um dos acusados - uma porção de maconha, obtendo a informação de que "em um apartamento, naquela mesma rua, estavam dois comparsas [entre eles, o ora recorrente] e mais entorpecentes", o que motivou o deslocamento dos agentes até o imóvel no qual havia significativa quantidade de droga, bem como apetrechos relacionados ao comércio ilícito de entorpecentes. Sob tal contexto, não há como acolher a tese defensiva de ilicitude da prova, uma vez que evidente a presença de justa causa para a adoção da medida de busca domiciliar.

[...]

8. **Ademais, esta Corte entende 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.**

[...]

17. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas -

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Quinta Turma – j. em 14/3/2023 - DJe de 17/3/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELOS CRIMES. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR AS CONDENAÇÕES. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. PRECEDENTES. **DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES.** APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. INVIABILIDADE. GRAVIDADE DAS CONDUTAS PERPETRADAS E REITERAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do *mandamus*, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 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.

[...]

- Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma – j. em 22/11/2022 - DJe de 28/11/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUTOR DO FATO ATRIBUIU A SI FALSA IDENTIDADE. SUPERVENIENTE RETIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VEDAÇÃO À ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROVOCADA PELA PARTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os elementos dos autos indicam que, ao ser preso em flagrante, o Paciente teria atribuído a si falsa identidade. Essa conduta, nos termos entendimento consolidado por esta Corte no Enunciado n. 522, da súmula de jurisprudência, é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

[...]

5. A despeito da alegação do Agravante no sentido de descredibilizar a diligência da Autoridade Policial na correta identificação do autor do fato, nenhum elemento nos autos demonstra aptidão para desconstruir a presunção de veracidade dos atos praticados pelos agentes estatais. Aliás, mutatis mutandis, a "jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016." (HC n. 608.558/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º/12/2020, DJe 7/12/2020).

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 765.898/MG – **Rel. Min. Laurita Vaz** - Sexta Turma – j. em 25/10/2022 - DJe de 3/11/2022);

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA CORTE ORIGINÁRIA. INCABÍVEL O CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVICÇÃO DA CORTE LOCAL LASTREADA EM VASTOS ELEMENTOS DE PROVA. **IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.** NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Pedido de reconhecimento de nulidades: violação de domicílio e devassa em telefones celulares. Observa-se que as referidas teses não foram enfrentadas pela eg. Corte de origem. Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre os referidos temas expostos na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre as matérias, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes.

[...]

IV - Registre-se, ainda, que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes. Segundo a Corte a quo, os depoimentos dos policiais foram consistentes e coerentes.

Desta feita, o acolhimento da pretensão defensiva - a absolvição dos pacientes - requer a verticalização da prova, aprofundamento inviável de ser procedido no âmbito do remédio heroico.

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 740.458/SP – **Rel. Min. Jesuino Rissato** (Desembargador Convocado do TJDF) - Quinta Turma – j. em 2/8/2022 - DJe de 16/8/2022);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. **PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES.** CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE REINCENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao pleito de aplicação do princípio da insignificância, prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida.

[...]

3. **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.**

[...]

7. Agravo regimental improvido."

(STJ - AgRg no HC 695.249/SP – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. em 26/10/2021 - DJe de 03/11/2021);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de "crack"), mas também diante da prova testemunhal.

2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

3. **Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneos e suficientes 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**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.877.158/TO – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** - Quinta Turma – j. em 14/09/2021 – Dje de 20/09/2021).

Por isso, força convir, os depoimentos dos guardas civis merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, para supedâneo da prolação de sentença condenatória, depoimentos estes que, em Juízo, sintonizaram-se com os seus depoimentos prestados extrajudicialmente (fls. 11/13). Abrir mão, dar de ombros para esse tipo de prova, sob os mais variados pretextos, todos ao arrepio da Lei, da Doutrina e mesmo da Jurisprudência mais comprometidas com o rigor científico, é lançar à vala absolutória aqueles que não estão a merecer o descaso estatal. Trago, para este fim, por todos, o ensinamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Senhores Ministros, suponho que os votos que me antecederam, começando pelo do ilustre relator e do eminente revisor, foram, em relação aos fatos que se discutem nestes dois itens, exaustivamente examinados do ângulo da prova e do ponto de vista jurídico, assim como os votos que o acompanharam, alguns dos quais – até por questão de gentileza para com os colegas - foram abreviados, mas creio que, pelo volume dos votos escritos, também foram exaustivos. Tal é a razão por que, Senhor Presidente, embora eu tenha voto escrito, que não chega a corresponder ao cartapácio dos eminentes relator e revisor, mas que é suficiente para justificar minha convicção a respeito dos fatos, não o vou ler. Vou apenas, Senhor Presidente, fazer comentários sobre alguns aspectos que me parecem relevantes na condução do julgamento, sobretudo a respeito da fundamentação dos votos proferidos e, também, das razões pelas quais meu voto chega a determinadas conclusões.

Vou partir, Senhor Presidente, porque acho que isso não foi diretamente versado, embora indiretamente o tivesse sido, da conveniência de relembrar tema muito importante nesta causa e que é a questão dos 'indícios' ou da chamada 'prova indiciária'. E, também, porque a palavra 'indício', no direito positivo de que se trata, o processual penal, é polissêmica.

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

O indício como meio de prova está definido no art. 239 do Código de Processo Penal. E a definição que ali consta é, na substância, correta. Indício, em direito processual, é o que a velha doutrina chamava de prova indireta ou crítico-lógica, em contraposição à prova chamada direta ou histórico-representativa.

Enquanto a testemunha, como exemplo dessa segunda espécie de prova, relata diretamente fato importante ou relevante para o julgamento da causa, dando-o a conhecer de maneira imediata pela narração, o indício parte de fato já provado, de cuja existência o juiz remonta, por raciocínio baseado em regra de experiência, à existência de um fato incerto que também é relevante para a causa.

Isso é o que, na definição legal, se traduz da menção a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato que deve ser provado, autoriza, por indução, concluir-se pela existência desse. Tal é o sentido que deve ser emprestado à norma, não obstante seu texto se refira a 'outra circunstância'.

Na verdade, o indício prova, de maneira indireta, o fato objeto da pesquisa probatória. Nisso, está toda a gente de acordo. E a maneira indireta pela qual ele atua no raciocínio e na convicção do juiz consiste, precisamente, na mecânica muito conhecida do processo lógico indutivo, segundo a qual a inteligência passa, por força da observação daquilo que acontece ordinariamente – coisa que os juristas gostam de referir como *id quod plerumque accidit* – da verificação ou prova de um fato, à convicção da existência de outro fato que comumente se lhe segue na ordem lógica. Trata-se, no fundo, de formular, com base na observação da repetição da ocorrência de fatos inter-relacionados e idênticos que compõem a experiência, um juízo ou uma proposição de caráter geral que, ditada pela lógica indutiva, afirme como regra a constância da relação entre esses fatos, ou seja, os fatos se sucedem comumente, quando a mesma situação típica se repita.

E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha havido abalroamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana revela que comportamento de alguma forma culposos se infere *daqueloutro* fato provado. Por quê? Porque, de regra, segundo a observação empírica, é isso que, de um modo ou de outro, acontece. Quem abalroa por trás, ou não mantinha a distância regulamentar e, portanto, há aí comportamento imprudente, ou estava distraído, e o comportamento foi negligente, ou deu-se falha mecânica que, por negligência na revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária –, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

O segundo exemplo, que acho até mais apropriado, está em que, se alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credora, receba o crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador –, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

Então, se o fato do recebimento nessas circunstâncias clandestinas, por si ou interposta pessoa, está provado, a acusação não precisa fazer prova da existência de comportamento ilícito, porque isso é o que se infere da experiência e, como tal, é fato provado por indício.

Por que são importantes essas observações? Porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas.

Eu não vou cansar Vossas Excelências, chamando à colação, a respeito, a doutrina, que é corriqueira entre nós, mas gostaria de acentuar, para deixar mais claro, que Espínola Filho, por exemplo, já acentuava que não existe nenhuma hierarquia entre as provas, entre as diretas e os indícios. Mas vou mais longe. Frederico Marques, o grande Frederico Marques, era muito incisivo. E dizia textualmente:

O valor probante dos indícios e presunções (...) [conceitos que ele equiparava], no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas.

Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual.

O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa do Código de Processo Civil - se não me falha a memória, o art. 334, I –, os fatos chamados públicos e notórios independem de prova. Ninguém precisa fazer prova, em juízo, de que Brasília é a capital do Brasil. Ninguém precisa fazer prova em juízo de que o senhor João Paulo Cunha era presidente da Câmara dos Deputados à época dos fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta."

(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. CEZAR PELUSO** – j. em 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 1.218/1.220);

"Com efeito, a atividade probatória sempre foi tradicionalmente ligada ao conceito de *verdade*, como se constata na *summa divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal, relacionando-os, respectivamente, às noções de verdade formal e de verdade material. Na filosofia do conhecimento, adotava-se a concepção de verdade como correspondência.

Nesse contexto, a função da prova no processo era bem definida. Seu papel seria o de transportar para o processo a verdade absoluta que ocorrera na vida dos litigantes. Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua *função demonstrativa* (cf. TARUFFO, Michele. 'Funzione della prova: la funzione dimostrativa', in *Rivista di Diritto Processuale*, 1997).

O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita 'real' e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possua há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

Contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (inevitavelmente qualificada como 'absoluta', 'material' ou 'real') é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes, com se depreende da doutrina de Antonio do Passo Cabral (II *principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, N° 2, aprilegiugno, 2005, passim).

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua *função persuasiva*, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função *persuasiva* da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

Aliás, o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

Sobre esse elemento de convicção, Giovanni Leone nos brinda com magistral explicação:

Presunção é a indução da existência de um fato desconhecido pela existência de um fato conhecido, supondo-se que deva ser verdadeiro para o caso concreto aquilo que ordinariamente sói ser para a maior parte dos casos nos quais aquele fato acontece.

(...)

A presunção é legal (*praesumptio iuris seu legis*) se a ilação do conhecido ao desconhecido é feita pela lei; por outro lado, a presunção é do homem (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se a ilação é feita pelo juiz, constituindo, portanto, uma operação mental do juiz.

(...)

No Direito Processual Penal não existem, de regra, ficções e presunções legais (...). Existe, ao contrário, a possibilidade de inclusão, no processo penal, como em qualquer outro processo, das presunções *hominis*.

A expressão máxima da presunção *hominis* é dada pela prova indiciária.

(Tradução livre do texto: *Presunzione è "l'induzione della esistenza di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, sul presupposto che debba essere vero per il caso concreto cioè che ordinariamente suole essere vero per la maggior parte dei casi in cui quello rientra". (...) La presunzione è legale (praesumptio iuris seu legis) se la illazione dal noto all'ignoto è fatta dalla legge; ovvero dell'uomo (praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis) se la illazione è fatta dal giudice, costituendo pertanto una operazione mentale del giudice. (...) Nel diritto processuale penale non esistono, di regola, finzioni e presunzioni legali (...). Trovano invece possibilità di inserimento nel processo penale, come in ogni altro processo, le presunzioni hominis. L'espressione massima della presunzione hominis è data dalle prove indiziarie.*)

(LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

No mesmo sentido, Nicola Malatesta, para quem, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógicoconstrutivo; mais precisamente: 'o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade' (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236).

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que *'indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente'* (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes julgados:

'O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a *circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*". Doutrina (LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).'

(HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.

(HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009).

Em idêntico sentido: HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

No Direito Comparado, no qual se abeberam nossos juristas, também se perfilha entendimento semelhante. Assim é que a utilização da prova indiciária para embasar a sentença penal condenatória é admitida, v. g., em Portugal, cujo Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

'IV - A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V - Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII - O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexo preciso, directo, segundo as regras da experiência.'

(Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007).

Consectariamente, o quadro probatório dos autos, composto das provas orais, documentais e periciais são suficientes para lastrear uma decisão justa e atenta às garantias penais e processuais.

Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um *peso* em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, **no conjunto probatório**, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' **não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório**. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'.

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja 'irrazoável', inacreditável ou inverossímil.

Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação. Como é de sabença geral, a prova do álibi incumbe ao réu, nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal ('A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]'). Assim também a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor consignar os seguintes

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

arestos:

EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI: SOBERANIA. CF, ART. 5º, XXXVIII. CPP, ART. 593, III, d. ÁLIBI: ÔNUS DA PROVA. CPP, ART. 156. I. - A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões, quando manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, o réu será submetido a novo julgamento pelo Júri. II. - **Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156).** III. - HC indeferido. (HC 70742, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/08/1994, DJ 30-06-2000)

EMENTA: HABEAS CORPUS - ÁLIBI - CIRCUNSTÂNCIA INVOCADA APÓS A CONDENAÇÃO - CONTRADIÇÃO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DESSA MATÉRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - **O álibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita.** - O habeas corpus não constitui sede processualmente adequada ao reconhecimento do álibi se este se revela incompatível com a prova produzida, sob o crivo do contraditório, no procedimento penal. - É lícita a audiência de instrução quando, ausente o Advogado constituído, que fora regularmente intimado de sua realização, vem o réu a ser assistido por defensor dativo designado pelo Juiz processante. (HC 68964, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 22-04-1994).

A lição é idêntica em sede doutrinária. Tratando do álibi, preleciona Damásio de Jesus que *'[q]uem alega deve prová-lo, sob pena de confissão'* (Código de Processo Penal anotado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer 'dúvida razoável' que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador."

(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. LUIZ FUX** – j. em 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 838/842).

Ademais, as circunstâncias do encontro das substâncias entorpecentes, bem como as suas quantidades, além do que já se expôs, geram a convicção da posse voltada para o comércio e não a finalidade para o uso próprio, o que devidamente corroborado pelo depoimento judicial dos guardas civis, que abordaram o réu guardando e trazendo consigo as

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

malsinadas drogas, nas circunstâncias narradas na denúncia, 01 (uma) porção de "maconha", pesando 18,62g e 70 (setenta) porções de "cocaína", pesando 11,69g, guardas civis que, no duro, flagraram-no com a quantidade acima mencionada de substâncias entorpecentes, consoante a prova oral judicial, o que impede, de uma vez por todas, a possibilidade de se desclassificar a conduta ativa para a tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/06.

Por outro lado, o crime de tráfico de entorpecentes é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ele representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o fato de o réu não ter sido preso em ato de traficância (ou melhor, de venda de droga), por si só, pouco importa, afinal, o crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, é de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se com a prática de um dos dezoito verbos núcleos do tipo, previstos no preceito primário do referido dispositivo legal ("importar", "exportar", "remeter", "preparar", "produzir", "fabricar", "adquirir", "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito", "transportar", "trazer consigo", "guardar", "prescrever", "ministrar", "entregar a consumo" ou "fornecer drogas"), a Lei Especial não exigindo que o agente esteja em atos de mercancia propriamente dita, até porque tipifica como crime a prática das condutas acima mencionadas ainda que "gratuitamente". Nesse sentido são os entendimentos da SUPREMA CORTE e do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. DESNECESSIDADE DE EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO.

[...]

3. O art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, veicula crime de ação múltipla, sendo desnecessária, para violação desse tipo penal, a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

efetiva comercialização, bastando a incidência em qualquer dos verbos nucleares descritos em referido dispositivo legal.

4. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 182.279 AgR/DF – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 23/11/2020 – DJe de 04/12/2020);

"HABEAS CORPUS – REVISÃO CRIMINAL – ÓBICE – INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. TRÁFICO DE DROGAS – CONSUMAÇÃO. O tráfico de drogas consuma-se com a prática de qualquer dos núcleos do tipo. PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. Ante circunstâncias judiciais negativas, cabe a fixação da pena-base acima do mínimo legal. PENA – DOSIMETRIA – SOBREPOSIÇÃO – AUSÊNCIA. O contexto criminoso norteia a fixação da pena, consideradas as fases, não cabendo concluir pela sobreposição. PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – INADEQUAÇÃO. Ante integração a organização criminosa, surge inadequada a observância da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. PENA – CAUSA DE AUMENTO – TRÁFICO INTERNACIONAL. A observância da causa de aumento alusiva ao caráter transnacional do tráfico de entorpecentes não exige efetiva transposição de divisas, sendo suficiente demonstração da destinação ao exterior – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006." (STF – HC 147.182/DF – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Primeira Turma – j. em 26/10/2020 – DJe de 05/11/2020);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TIPO CRIMINAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 OU 33, §3º, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ.

I - Inicialmente, vale dizer que o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e, como tal, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei de Drogas, já é suficiente para a consumação da infração.

[...]

III - Assim, não há que se falar em absolvição ou desclassificação, visto que o delito é tipo criminal de ação múltipla, o qual se consoma pela prática de qualquer um dos núcleos previstos no art. 33, da Lei n. 11.343/2006.

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no AREsp 2.160.831/RJ – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** – Quinta Turma – j. em 7/2/2023 – DJe de 14/2/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. NÃO VERIFICADA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO OU DESCLASSIFICATÓRIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DELITO PRATICADO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

4. Ademais, este Tribunal Superior entende que a subsunção típica prescinde da efetiva prática de atos de mercancia, pois o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla ou de conteúdo variado, de forma que se consuma com a prática de qualquer um dos verbos nucleares descritos no tipo penal.

[...]

6. Agravo improvido."

(STJ – AgRg no AREsp 1.803.460/ES – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 13/9/2022 – DJe de 19/9/2022);

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PROVA ACERCA DA TRAFICÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal).

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização.

4. A partir da moldura fática apresentada pelo Juízo de primeiro grau e pelo Tribunal a quo, ficou demonstrada a prática do crime de tráfico na modalidade ter em depósito, em razão da apreensão de 50 pedras de crack, pesando 10,25g, dinheiro trocado (R\$ 692,50), embalagens, celulares, 1 caderno de anotações referentes à contabilidade do tráfico de drogas e os depoimentos dos policiais e testemunhas, além do fato da polícia ter chegado ao acusado, em razão da informação de que um usuário entrou na casa de sua mãe, subtraiu um aparelho celular para trocar por drogas, tendo indicado que realizou tal transação na residência do acusado.

5. O fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo envolvido.

6. Sendo dispensável a comprovação da destinação comercial da droga e as circunstâncias que ocorreram o delito, fica o acusado condenado pela prática de conduta prevista no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, por manter em depósito 50 pedras de crack, pesando 10, 25g.

6. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no REsp 1.992.544/RS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 16/8/2022 – DJe de 22/8/2022).

Em outras palavras: o fato de o réu não ter sido encontrado

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

em atos de venda, à míngua de outros elementos, não serve – como não pode servir – de prova cabal da sua inocência ou da sua condição de mero usuário de drogas.

Não. Não mesmo!

No duro, serão as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas, nos exatos termos do art. 28, §2º, da Lei de Regência.

Por todos, trago à colação as lições de **GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA** que analisa, um a um, os critérios para saber se a droga encontrada em poder de um determinado agente seria destinada, ou não, para o próprio uso pessoal ou se para a prática do narcotráfico:

"Sabe-se que prevalece no Brasil, o princípio do livre convencimento do juiz, o que significa que não há prova tarifada, e o juiz pode se deixar convencer por toda prova que não seja classificada como ilícita ou ilegítima. Deve ainda o julgador expor de forma racional as razões de seu convencimento, o que permite nomear o princípio como 'persuasão racional'.

A regra não perde força em razão da redação do §2º, que a nosso ver apenas orienta o julgador na difícil missão de reconhecer qual a finalidade que o acusado iria dar à droga que trazia consigo (ou cultivava - §1º). Assim, deve o magistrado atentar aos seguintes critérios:

1) *Natureza e quantidade da droga*: Há drogas cuja utilização requer grande quantidade, e há drogas que em pequenas quantidades são suficientes a proporcionar o torpor buscado pelo usuário. Apenas o cotejo da natureza da droga com a quantidade apreendida é que permitirá uma correta valoração de tal indício no sentido da determinação da especial intenção do agente.

O objeto da norma seria orientar que a grande quantidade é indício de traficância e a pequena quantidade indício de que a posse visa o uso. Acreditamos ser importante que o julgador busque informar-se com peritos, assistentes sociais e policiais sobre quais as quantidades normalmente utilizadas pelos usuários e dependentes. A distorção de informações, mormente tendo como fonte a imprensa não especializada, pode resultar em enganos desastrosos.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Há que se observar, no entanto, que a quantidade da droga é apenas um indício. É um critério relativo. É um indício que, salvo quantidades exorbitantes, não pode orientar, sozinho, a classificação de traficância. Recomenda-se a conjugação dos demais critérios. Há posição minoritária no sentido de que a quantidade, ainda que não exagerada, é suficiente para caracterizar a traficância.

2) *Local*: O local também deve ser compreendido como mero indício, e com grande cautela para que não haja equivocada interpretação. É que a proximidade com a 'boca' de venda de drogas pode significar traficância, pois é o local em que se vende, e pode significar intenção de consumo pessoal, pois é o local em que se compra. Enfim, acreditamos que o local diz muito pouco sobre a intenção do indivíduo, salvo raríssimas exceções, como laboratório de refino, grande depósito com droga visível...

3) *Condições em que se desenvolveu a ação*: São indícios conhecidos: testemunha que afirma ter comprado droga do detido; entrada e saída de várias pessoas; balança ou instrumento para preparo; material para embalagem... Este deve ser, em nossa opinião, o principal critério orientador, pois é mais objetivo e capaz de trazer maior segurança na matéria probatória. É necessário cuidado com a valorização sobre estar ou não a droga embalada para venda: é que assim como a droga é embalada para a venda pelo traficante, é comprada embalada pelo usuário, ou seja, a forma como venda embalada pouco ou nada diz sobre a intenção do acusado.

4) *Circunstâncias sociais e pessoais*: Costuma ser levada em alta conta a situação econômica do agente, pois a grande quantidade de droga em poder de pessoa com pouca capacidade econômica seria indício sério de traficância. Embora a conclusão seja razoável, não deixa de ratificar o caráter discriminatório da persecução penal, pois o raciocínio a *contrario sensu* permite concluir que, para o sujeito com grande capacidade econômica, a classificação da conduta como traficância é mais difícil, e para o pobre, mais fácil. Tal agir é, a nosso ver, apenas uma cômoda eleição de um bode expiatório, que ao desprezar as finalidades democráticas da pena e as garantias individuais do sujeito, incrementa as estatísticas sobre prisões e condenações, tão caras às autoridades políticas com objetivos eleitoreiros e aqueles que a elas servem (ainda que inconscientemente). Tais indícios só podem ser considerados, assim, se pesquisados a fundo, com demonstração suficiente – produção de provas – pela acusação de que as circunstâncias sociais (ex: riqueza injustificada) ou pessoais (vangloriar-se da traficância) permitem concluir pela intenção de tráfico.

5) *Conduta*: Um bom indício é a observação da conduta do acusado, sendo tomado como indício de traficância o fato de atender várias pessoas, entregar objetos e receber quantias injustificadamente.

6) *Antecedentes*: O sujeito que conta com maus antecedentes tem, realmente, maior chance de voltar a delinquir, eis que marginalizado, tem pouca oportunidade de ingressar no mercado de trabalho. Conforme a letra da lei, os antecedentes do sujeito são levados em seu desfavor, preferindo-se assim imputar a conduta de tráfico àqueles que já responderam ou tiveram condenação anterior pelo crime. Repudiamos tal indício de traficância, pois desrespeita a presunção de inocência quando não traz a necessidade de condenações para que se 'revele' o indício, confessa a falência da capacidade ressocializadora da pena e incrementa a estigmatização do condenado, que sempre será o primeiro suspeito ('suspeito de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sempre') quando surpreendido nas proximidades de local destinado à venda."

(**Legislação Penal Especial**, Volume 1, 6ª Edição, Editora Saraiva, 2010).

A bem da verdade, as provas dos autos consubstanciam um conjunto de indícios que convergem no sentido de evidenciar a materialidade e a autoria dos fatos, tal como reconhecido na sentença, ainda com base nos firmes depoimentos judiciais dos agentes da lei, que confirmaram que, em patrulhamentos de rotina, perceberam que toda vez que passavam pelo local o réu buscava esconder-se. No dia dos fatos, visualizaram-no agachado próximo a um veículo, certo que ele foi até uma bananeira, pegou um objeto e entregou para o motorista. Ao se aproximarem ele tentou empreender fuga e foi abordado. Em revista encontraram R\$ 40,00. Próximo ao local em que o veículo estava encontraram pinos de "cocaína" e, junto à bananeira, encontraram outras porções de substâncias entorpecentes embaladas da mesma forma que as encontradas anteriormente, evidenciando o narcotráfico praticado pelo réu.

De mais a mais, as circunstâncias do caso concreto apontam para a presença da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, certo que o réu praticou o crime nas imediações de diversas igrejas e de uma praça pública, conforme o laudo pericial referente ao exame pericial realizado no local dos fatos (fls. 84/88). A propósito, o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do Superior Tribunal de Justiça:

"[...]

Portanto, vê-se que o vil comércio estava sendo exercido como bem salientou a Juíza a quo "há uma distância de 76 (setenta e seis) metros do Posto de Saúde do bairro São José, e posteriormente há uma distância de 207 (duzentos e sete) metros da CEI Oscar Ferreira, no mesmo bairro, o que restou comprovado pela prova oral produzida no feito" (grifou-se) (evento 122).

Observo que a alegação de que as instituições referidas precisariam estar em funcionamento no momento da conduta, para justificar a aplicação da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, não encontra acolhida na jurisprudência desta Suprema Corte, que tem decidido no mesmo sentido do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

acórdão impugnado (HC 197.770 AgR, ministro Nunes Marques):

4. O Superior Tribunal de Justiça, chancelando a dosimetria realizada pela Corte estadual, manteve a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, em razão dos pacientes terem sido flagrados praticando o crime de tráfico de entorpecentes próximo a estabelecimento de ensino.

5. No caso sub examine, conforme destacou a Procuradoria Geral da República, “o entendimento jurisprudencial e doutrinário é no sentido que a causa de aumento deve incidir sempre que o tráfico seja praticado em locais em que há maior facilidade de difusão do vício diante da maior concentração pessoas. No caso, cuidando-se de crime praticado nas imediações de estabelecimentos de ensino, não há como negar que é maior o perigo para a saúde pública e, mais: não exige a lei que esse estabelecimento seja especialmente visado pelo delinquente. Basta a proximidade física e o conhecimento dessa proximidade”. (HC 116.929, ministro Luiz Fux)

Desse modo, não vislumbro a ocorrência de ilegalidade na dosimetria da pena imposta ao paciente.

5. Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 219.636/SC – Rel. Min. NUNES MARQUES – j. em 02/05/2023 – DJe de 08/05/2023);

"[...]

4. O Superior Tribunal de Justiça, chancelando a dosimetria realizada pela Corte estadual, manteve a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, em razão dos pacientes terem sido flagrados praticando o crime de tráfico de entorpecentes próximo a estabelecimento de ensino.

5. No caso sub examine, conforme destacou a Procuradoria Geral da República, o entendimento jurisprudencial e doutrinário é no sentido de que a causa de aumento deve incidir sempre que o tráfico seja praticado em locais em que há maior facilidade de difusão do vício diante da maior concentração pessoas. No caso, cuidando-se de crime praticado nas imediações de estabelecimentos de ensino, não há como negar que é maior o perigo para a saúde pública e, mais: não exige a lei que esse estabelecimento seja especialmente visado pelo delinquente. Basta a proximidade física e o conhecimento dessa proximidade.

"[...]

Diante do exposto, com fundamento no art. 21, §1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, INDEFIRO a ordem de HABEAS CORPUS."

(STF – HC 227.275/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. em 26/04/2023 – DJe de 27/04/2023);

"[...]

Pelo que há no julgado emanado do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia que justifique a concessão da ordem. Pelo contrário, a decisão em questão encontra-se suficientemente fundamentada, estando justificado o convencimento formado.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Com efeito, o pretendido afastamento da referida causa de aumento não reúne condições de prosperar, pois, como é sabido, está cristalizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o “tráfico de drogas nas imediações de estabelecimentos de ensino é suficiente para incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, independente de os agentes visarem ou não os frequentadores daquele local” (HC 116.929, Relator o Ministro Luiz Fux).

[...]

Por fim, foi reconhecida a incidência da causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas considerando-se que:

*“No dia 11 de fevereiro de 2020, por volta de 07h30min, em via pública, na Rua Imaculada Conceição, próximo ao n.º 1.724, Bairro Prado Velho, nesta Capital, **em frente a estabelecimento de ensino** (Pontifícia Universidade Católica do Paraná), o denunciado ANDERSON LOPES, ciente da ilicitude de sua conduta, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, a quantia aproximada de 0,032kg (trinta e dois gramas), fracionados em 183 (cento e oitenta e três) pedras, da substância entorpecente popularmente conhecida como crack” (Doc. 1)*

Logo, para divergir desse entendimento seria necessária a incursão em matéria fático probatória, o que o habeas corpus não comporta.

Ante o exposto, nos termos do art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente habeas corpus, restando prejudicado, em consequência, o pedido de liminar.” (STF – HC 223.954/PR – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – j. 04/02/2023 – DJe de 03/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCAS PESSOAL/VEICULAR E DOMICLIAR. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. SERVIÇO DE INTELIGÊNCIA DA POLÍCIA E INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. LICITUDE DAS PROVAS. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. CARÁTER OBJETIVO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. A majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, quando se refere ao tráfico nas proximidades de hospitais e escolas, é de natureza objetiva, bastando que o agente tenha consciência desta situação geográfica. Não se exige, portanto, que o sujeito ativo do delito almeje especificamente vender a droga aos frequentadores da instituição (ut, AgRg nos EDcl no REsp n. 1.854.478/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 29/3/2021). (AgRg no REsp n. 1.998.746/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022.)

4. Agravo regimental improvido."

(STJ – AgRg no HC 810.785/SC – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. em 27/4/2023 – DJe de 03/05/2023);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. NULIDADE. AÇÃO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

CONTROLADA SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. MERA COLHEITA INICIAL DE PROVAS DO CRIME INVESTIGADO. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. SÚMULA 7 DO STJ. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. DETRAÇÃO PENAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

4. A majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, quando se refere ao tráfico nas proximidades de hospitais e escolas, é de natureza objetiva, bastando a configuração da situação geográfica - como efetivamente ocorreu, no presente caso, ao que se colhe do acórdão.

Não se exige, portanto, que o sujeito ativo do delito almeje, especificamente, vender a droga aos frequentadores da instituição.

[...]

7. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no AREsp 2.194.622/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO E NÃO CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NO RITO ELEITO. MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA OBJETIVA DA CAUSA DE AUMENTO. MULTIRREINCIDÊNCIA DO RÉU. COMPENSAÇÃO PARCIAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

4. Diferentemente do que alegado pela defesa, "a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 é objetiva, bastando para sua incidência que o delito tenha sido cometido nas dependências ou nas imediações dos estabelecimentos discriminados em tal preceito, sendo desnecessária a comprovação do dolo do agente em atingir o público específico dos locais referidos na norma" (AgRg no HC n. 704.645/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 8/8/2022). Tendo o Tribunal de origem assegurado que o réu, ora agravante, desenvolvia o tráfico de drogas nas imediações de três escolas, duas estaduais e uma municipal, não há constrangimento ilegal na incidência da majorante contida no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06. Modificar tal entendimento, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é defeso na via estreita do habeas corpus.

[...]

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 723.261/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 22/12/2022).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Assim, convincente o quadro probatório, nada existe para ser revisto quanto à materialidade e à autoria criminosa narcotraficante. À mesma conclusão chegou a sentença:

"[...]

Passa-se ao mérito:

A pretensão punitiva estatal é PROCEDENTE.

A materialidade veio comprovada:

Auto de prisão em flagrante (fl. 02). Boletim de ocorrência (fls. 03/05). Auto de exibição e apreensão (fl. 08). Auto de constatação preliminar (fls. 09/10). Laudo dos entorpecentes (fls. 78/80 e 81/83). Laudo do local dos fatos (fls. 84/88). Laudo aparelho celular (fls. 108/114). Relatório final (fls. 44/45). Colheita da prova oral.

A autoria, por seu turno, que se revelava durante a instrução do inquérito policial, também restou confirmada após a colheita da prova oral sob o crivo do contraditório.

Na fase policial, a testemunha e guarda municipal ALEXANDER VITORIO declarou que: (...) estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido pelo comércio de drogas, quando avistaram ao final da rua um veículo Vectra, prata, com dois indivíduos dentro, momento em que um indivíduo estava agachado no pé da planta bananeira e após foi até o veículo e o condutor ao avistar a viatura fugiu e o indivíduo a pé dispensou algo no chão e empreendeu fuga correndo para a rua de trás tirando a camiseta. Após, foi abordado e em revista pessoal foram encontradas duas notas de vinte reais em seu bolso. Retornaram no local onde o indivíduo dispensou algo e encontraram 1(um) zips lock com dois pinos dentro sendo um azul e um transparente e dois pinos azuis maiores soltos. Após, foram até a bananeira onde o suspeito estava e encontraram duas bolsas que continham em seus interiores 20 porções embaladas com zips lock contendo cada uma 20 pinos azuis e 20 pinos transparente e na outra sacola continha 30 pinos azuis grandes e um tijolo de maconha. Ao ser indagado, o suspeito disse que a droga não era dele e após disse que não iria mais vender drogas. O depoente esclarece que não tinha mais ninguém no local. Por fim, deram voz de prisão e encaminharam ao hospital e à delegacia de polícia. (...)

Na fase policial, a testemunha e guarda municipal HEBER RODRIGO DA SILVA declarou que: (...) Disse que juntamente com o colega de profissão estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido pelo comércio de drogas, quando avistaram ao final da rua um veículo Vectra, prata, com dois indivíduos dentro, momento em que um indivíduo estava agachado no pé da planta bananeira e após foi até o veículo e o condutor ao avistar a viatura fugiu e o indivíduo a pé dispensou algo no chão e empreendeu fuga correndo para a rua de trás tirando a camiseta. Após, foi abordado e em revista pessoal foi encontrada a quantia de 40 reais em seu bolso. Retornaram no local onde o indivíduo dispensou algo e encontraram 1 (um) zips lock com dois pinos dentro sendo um azul e um transparente e dois pinos azuis maiores soltos. Após, foram até a bananeira onde o suspeito estava e encontraram duas bolsas que continham em seus interiores 20 porções embaladas com zips lock contendo cada uma 20 pinos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

azuis e 20 pinos transparente e na outra sacola continha 30 pinos azuis grandes e um tijolo de Maconha. (...)

Na fase policial, o acusado ALMIR GONÇALVES declarou que: (...) Disse que não tem advogado para o ato. Sua esposa Maria ficou sabendo da prisão. Disse que é usuário de droga do tipo cocaína e que estava para comprar sendo que tinha uma pessoa no local e um veículo prata, os quais saíram do local e foi detido pelos Guardas Municipais. (...)

A produção da prova na fase policial veio corroborada em Juízo.

Em Juízo, a testemunha e guarda municipal ALEXANDER VITORIO declarou que no dia dos fatos estavam em patrulhamento pelo bairro, uma via que liga dois barros populosos de Mogi Mirim. É de costume passarem pelo local, e, durante alguns dias notaram que toda vez que passavam pelo local o Sr. Almir se evadia do local quando via a viatura. No dia dos fatos, entraram na rua, avistaram um carro parado, Almir estava agachado próximo de uma bananeira, pegou algo na bananeira e foi até o carro entregar. Com a aproximação da viatura o carro se evadiu e Almir também correu, tirou a camisa e voltou na direção da viatura. Tinham certeza que era ele. Em revista pessoal foi encontrado o valor de R\$ 40,00 em seu bolso. Voltaram ao local onde viram o acusado dispensar algo na porta do carro e encontraram os pinos de cocaína. Perguntado, respondeu que correu porque era de costume e relutou em dizer o que ia passar pelo vidro do carro. A testemunha voltou até a bananeira e lá encontrou mais dois pacotes, constando pinos de cocaína e um tijolo de maconha. As drogas tinham a mesma forma de embalagem. Foi encontrado 1 zip lock no chão, com dois pinos, um de cada cor, e outros pinos azuis soltos. Na árvore havia dois pacotes, um com zip lock e outro pacote com pinos soltos, e o tijolo de maconha estava em um dos pacotes. Do local onde o acusado foi visto até o local onde foi abordado tinha uma distância de aproximadamente 15 metros. Foram atrás do acusado com a viatura. De onde efetuaram a abordagem conseguiam visualizar o local em que a droga estava. Diante dos fatos conduziram a ocorrência à CPJ.

Em Juízo, a testemunha e guarda municipal HEBER RODRIGO DA SILVA declarou que juntamente com o colega de profissão estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido pelo comércio de drogas. Visualizaram um veículo parado no final da rua e Almir estava agachado ao lado do veículo e de um pé de bananeira. Assim que visualizaram a viatura, Almir e o veículo se evadiram do local. Conseguiram abordar Almir na rua de trás, estava voltando na direção da viatura e sem camisa. No bolso de sua bermuda foi encontrado o valor de R\$ 40,00. No local onde estava agachado foi encontrado no chão 1 zip lock contendo um pino transparente e um pino azul, próximo ao local foram encontrados mais 2 pinos maiores na cor azul. Almir alegou que era usuário e depois que estava traficando. Seu parceiro foi até o pé de bananeira e foram encontradas mais duas sacolas, uma contendo zip lock com dois pinos, um azul e um transparente, e na outra sacola havia uma certa quantia de pinos grandes na cor azul, junto de um tijolo de maconha. A forma de embalagem era idêntica. O ponto é conhecido pelo tráfico de entorpecentes e Almir também era conhecido da equipe. A rápida atuação permitiu concluir que as drogas encontradas eram de propriedade do acusado.

Em Juízo, o acusado ALMIR GONÇALVES declarou contar com 60 anos, casado, possui duas filhas, não soube precisar a renda. Faz

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

uso de entorpecentes, maconha. Não possui condenação anterior. Em relação aos fatos que lhe foram imputados na denúncia, estava no local para comprar drogas; as apreendidas não eram de sua propriedade. Não conhecia os policiais encarregados da diligência, tampouco tinha sido abordado por estes anteriormente.

Da validade dos depoimentos dos guardas municipais:

Cumprir frisar que as testemunhas ALEXANDER VITORIO e HEBER RODRIGO DA SILVA são guardas municipais, não havendo motivo específico para se duvidar de sua credibilidade. Na atuação do ofício como agentes da lei deve-se presumir, ao menos até prova em contrário (que não existe no caso dos autos), que as testemunhas agiram dentro de seus direitos e deveres. Em verdade, os relatos dos policiais responsáveis pelo flagrante tornam certa a participação do acusado no crime a ele imputado.

Não bastasse, o contexto flagrantial permite a certeza visual do crime, em razão da direta constatação da ação, valendo, relembrar, que o flagrante delito conduz à irrefutabilidade das provas sobre a autoria, permitindo a adequada incidência da justiça repressiva sobre o transgressor.

Disto se depreende a necessidade de se conceder credibilidade à prova oral em análise. Nesse sentido:

APELAÇÃO TRÁFICO DE DROGAS - Materialidade e autoria delitivas suficientemente demonstrada Palavra dos policiais militares firmes e coerentes Validade - Depoimentos que se revestem de fé pública, corroborados pelo restante do conjunto probatório Ausência de provas de que teriam intuito de prejudicar o réu Pena devidamente fixada e que não comporta reparo Exasperação da pena-base Viabilidade Inteligência ao art. 42 da Lei nº 11.343/06 réu que ostenta Maus antecedentes aumento da pena pela birreincidência que não configura bis in idem porquanto oriundo de condenação diversa No entanto, deve-se compensar a reincidência com a confissão judicial do apelante, aumentando a pena em apenas 1/6, porquanto a reincidência é específica - Reincidência que impede a aplicação do redutor Regime inicial fechado mantido diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência do réu - Recurso defensivo parcialmente provido. (TJSP; Apelação Criminal 1502111-09.2023.8.26.0540; Relator (a): Edison Brandão; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mauá - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/12/2023; Data de Registro: 19/12/2023)

Repiso, ainda, que os guardas municipais como servidores públicos que são, gozam de credibilidade, sendo seus testemunhos plenamente válidos, até porque inexistem impedimentos de ordem moral para afastá-los, como entendimento adotado por esta Corte: Tráfico de entorpecentes. Agente que guardava 0,51 grama de cocaína em pó e que foi flagrada após ter vendido 15,67 gramas de maconha a adolescente 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

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

contrário. Tráfico de entorpecentes Dolo de traficar Desclassificação para porte de entorpecentes (art. 28 da Lei n. 11.343/06) Descabimento Provado o dolo genérico de traficar, tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não cabe a desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06, se for observado que as demais circunstâncias que cercaram a prisão da acusada dão conta da caracterização do tráfico de entorpecentes. Cálculo da Pena Tráfico de Entorpecentes Exacerbação da pena-base seguindo os critérios norteadores previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/06, em razão da quantidade e a variedade do entorpecente apreendido Admissibilidade Nos casos de tráfico de entorpecentes (art. 33, da Lei n. 11.343/06) é perfeitamente admissível a elevação da pena-base com base na quantidade e na variedade mais nociva do tóxico apreendido, nos termos do art. 42 da Lei de Tóxicos. (TJSP; Apelação Criminal 1500837-93.2023.8.26.0189; Relator (a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Fernandópolis - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/12/2023; Data de Registro: 19/12/2023)

Ocorre que os guardas informaram que estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido pelo comércio de drogas, quando avistaram um veículo Vectra, cor prata, com dois indivíduos, sendo que um estava agachado perto de uma bananeira. Ao avistar a viatura, o condutor do veículo fugiu, e o outro indivíduo dispensou algo no chão e correu. Abordado, na revista, encontraram duas notas de vinte reais. Retornando ao local da dispensa e na bananeira onde o acusado estava foram localizadas as substâncias constantes do auto de exibição e apreensão (fl. 08).

Da validade dos laudos periciais:

Não há se falar em nulidade ou imprestabilidade dos laudos periciais (fls. 78/80 E 81/83), cujos resultados atestaram:

Fls. 78/80: Resultado: "A análise do material descrito fez o uso de Cromatografia em Camada Delgada (CCD) e, foi DETECTADA presença da substância COCAÍNA, constante na lista F1 da Portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores."

Fls. 81/83: Resultado: "A análise do material descrito fez o uso de Cromatografia em Camada Delgada (CCD) e foi DETECTADA presença da substância TETRAHIDROCANNABINOL (THC), constante na lista F2 da Portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores."

De se concluir, pois, a existência de droga sintética nos materiais analisados.

Da condição de usuário:

Anote-se, que a condição de drogadito sustentada pela Defesa não é inconciliável com a traficância, pois não é incomum usuários traficarem para sustentar o próprio vício e ainda obter algum lucro. Nesse sentido:

Tráfico: art. 33, caput Lei 11.343/2006. Apelação: Defesa. Materialidade e autoria: provas bastantes para a condenação. Tráfico: tipicidade que independe da constatação de atos de mercancia. Prova testemunhal policial: eficácia, na falta de elementos concretos que desabonem as ouvidas. Descrédito pelo mister público exercido: inadmissibilidade. Desclassificação: art. 28, caput, Lei 11.343/2006. Impossibilidade: uma vez caracterizado o tráfico, cuja tipicidade não é afastada pela condição de usuário. Pena-base: acréscimo de 1/6, ante os antecedentes. Manutenção. Reincidência: acréscimo de 1/6. Adequação. Atenuante da confissão: atipicidade,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

não havendo admissão da traficância (Súmula/STJ 630). Tráfico privilegiado: art. 33, § 4º, Lei 11.343/2006. Inaplicabilidade, ante os maus antecedentes e reincidência. Regime fechado: adequação, ante a pena arbitrada, antecedentes e reincidência (art. 33, Cód. Penal). Recurso não provido. (TJSP; Apelação Criminal 1500675-39.2022.8.26.0123; Relator (a): Bueno de Camargo; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Capão Bonito - 1ª Vara; Data do Julgamento: 18/12/2023; Data de Registro: 18/12/2023)

Da causa especial de aumento de pena:

O laudo do local dos fatos (fls. 84/88) atestou que a mercancia ilícita foi praticada nas imediações de igrejas e praça pública, o que faz incidir o art. 40, inciso III da Lei nº 11.343/06. Nesse sentido, o C. STJ: AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1906277 - SC (2020/0304648-0) RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK AGRAVANTE : LUANA VANESSA KOCHENBORGER AGRAVANTE : REMI KOCHENBORGER ADVOGADO : WELLINGTON BERNER PEREIRA - SC048763 AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL E PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES (ART. 12 DA LEI N. 10.826/03). CONTRAVENÇÃO PENAL DO JOGO DO BICHO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINARES AFASTADAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO PREJUDICADO. NULIDADE INEXISTENTE. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO, INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. ARGUMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283/STJ. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO POR REMI E LUANA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO CONTIDO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. INVIABILIDADE. CONDIÇÃO DE USUÁRIO, POR SI SÓ, QUE NÃO TEM O CONDÃO DE DESCONSTITUIR A ILICITUDE DO CRIME DE TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO NEGADA. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO DOS RÉUS DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE, PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO CONTÍNUA DE COCAINA DEVIDAMENTE COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO DA CONTRAVENÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA CONTIDA NO ART. 33, §4.º DA LEI N. 11.343/06. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 35 DA LEI DE DROGAS QUE OBSTA. CAUSA DE AUMENTO CONTIDA NO ART. 40, INC. III, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTE CORRETAMENTE APLICADA E MANTIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 8. No que toca à causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, o Tribunal de Justiça assentou que não se teria dúvidas de que "o local era aberto ao público e, inclusive sediava eventos da cidade (...) Não bastasse isso, referido local onde a traficância era exercida ficava 'a aproximadamente 100 metros de distância do educandário que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

comporta crianças e adolescentes de diferentes idades e níveis escolares". E, mais uma vez, não se permite confrontar tais afirmativas por encontrar impedimento na Súmula n. 7/STJ. 9. Agravo regimental desprovido.

Da ausência dos requisitos previstos no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06:

Verifica-se dos autos que o acusado ostenta maus antecedentes (fls. 70/73), circunstância que lhe é desfavorável ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de drogas e posse irregular de munição – Recurso defensivo – Autoria e materialidade delitiva comprovadas – Provas oral e pericial suficientes para confirmar o édito condenatório – Alegação de uso desvinculada do conjunto probatório – Posse irregular de munição – Análise do mérito prejudicada pelo advento da prescrição da pretensão punitiva estatal – Decurso do prazo entre o recebimento da denúncia e a publicação da r. sentença condenatória – Condenação mantida quanto ao crime de tráfico de drogas – Penas adequadamente fixadas e bem fundamentadas – Maus antecedentes que impedem a aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, justificam a imposição do regime inicial fechado e inviabilizam a substituição da reprimenda corpórea por restritiva de direitos – Recurso desprovido, com reconhecimento, ex officio, da extinção da punibilidade pela prescrição quanto ao crime de posse irregular de munição. (TJ-SP - Apelação Criminal: 15237040220198260228 São Paulo, Relator: Roberto Porto, Data de Julgamento: 12/12/2024, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/12/2024)

Pelos fundamentos expostos, não há se falar na absolvição do acusado por insuficiência de provas ou desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Assim, somando-se tal contexto às demais provas reunidas, impõe-se o édito condenatório calcado nas provas coligidas que demonstram seguramente sua atuação na prática do tráfico de drogas.

Passo, então, à dosimetria da pena. [...] (fls. 171/176).

Digo eu.

Antes que se diga sobre a impossibilidade da remissão do texto referente à sentença, visando dar escopo à fundamentação deste Acórdão, não afronta a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal, vale dizer, o mandamento constitucional consistente na obrigatoriedade de fundamentação de sentenças e decisões, o adotar, como razões, fundamentos de outras sentenças, decisões ou peças processuais, por exemplo, Pareceres do Ministério Público, de qualquer grau, de autoridades públicas, mesmo laudos periciais firmados por peritos e até argumentos das partes, desde que se mencione, fielmente, a fonte, à

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos.

Vai daí que se reputa incensurável a sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]

3. A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

[...]

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.** PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF - HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

À pena.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, em razão da quantidade e da variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, 01 (uma) porção de "maconha", pesando 18,62g e 70 (setenta) porções de "cocaína", pesando 11,69g, o que nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06, prepondera sobre a análise do art. 59, "caput", do Código Penal e serve, ao menos, como fundamento principal para o exasperamento da pena-base.

Nesse sentido, já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DROGAS. EXAME DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DE OUTROS TRIBUNAIS. ATO JUDICIAL SUPERVENIENTE. PREJUDICIALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

5. A invocação da natureza e quantidade de droga apreendida (cocaína e maconha) constitui motivação idônea para exasperar a pena-base, sobretudo se considerado que esses vetores são preponderantes em relação às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, consoante prescreve o art. 42 da Lei 11.343/2006.

[...]

8. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 244.066 AgR/PR – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 06/11/2024 – DJe de 12/11/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LEGISLAÇÃO ESPECIAL. PACIENTE CONDENADO PELOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/2006). ASSOCIAÇÃO DEVIDAMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA DO HABEAS CORPUS. PENAS-BASES ADEQUADAS E PROPORCIONAIS AO CASO SOB EXAME. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

III – **O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o “juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.**

IV – **No caso concreto, houve fundamentação adequada para a valoração negativa das circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal, combinado com o art. 42 da Lei de Drogas) apontadas na sentença condenatória, bem como para a escolha do quantum de exasperação operada na primeira fase da dosimetria, que levou em conta justamente o maior grau de censurabilidade das condutas do paciente com base na quantidade de droga apreendida (quase 2 toneladas de maconha). Nesse contexto, não há nenhuma ilegalidade ou teratologia no ato impugnado,** especialmente porque as penas-bases estabelecidas em 1 ano e 3 meses acima do mínimo legal, para o delito de tráfico de drogas, e em 9 meses de reclusão acima do mínimo legal, para o delito de associação para o tráfico, encontram-se proporcionais ao caso.

[...]

VII – Agravo regimental improvido."

(STF – HC 245.132 AgR/SP – **Rel. Min. CRISTIANO ZANIN** – Primeira Turma – j. em 17/09/2024 – DJe de 19/09/2024).

Na mesma linha está o entendimento do Superior Tribunal de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Justiça:

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. **DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS.** REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FECHADO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

5. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado de que a quantidade e a natureza da droga são fatores preponderantes na fixação da pena-base, conforme art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no REsp 2.141.719/AL – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** – Quinta Turma – j. em 27/11/2024 – DJe de 03/12/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. **ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS.** GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FRAÇÃO PROPORCIONAL. PRECEDENTES. ADMISSÃO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO. ENUNCIADO N. 630 DA SÚMULA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e está atrelada às particularidades fáticas do caso concreto, de forma que somente é passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade na fixação da pena.

2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como no caso, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Na hipótese, a pena-base foi exasperada de forma proporcional, em razão da quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas, elementos que claramente denotam a gravidade concreta da conduta, a exigir uma resposta mais enfática do julgador na fixação da pena.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no HC 935.003/SC – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 27/11/2024 – DJe de 03/12/2024).

Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Por fim, na terceira fase da dosimetria foi reconhecida a causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas, no patamar de 1/6 (um sexto).

Por outro lado, de fato não era caso de incidir o §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, artigo que estatui que nos crimes definidos no "caput" e no §1º, do indigitado artigo, a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. E tais requisitos são cumulativos. Isto é, a falta de um deles obsta o reconhecimento do benefício.

Outrossim, embora a sentença tenha mencionado que o réu possui maus antecedentes criminais, da análise da sua certidão de antecedentes constatam-se apenas processos-crime sujas sentenças foram absolutórias ou absolutórias impróprias, que não configuram maus antecedentes ou reincidência (fls. 70/73).

Desde logo, cumpre lembrar, com base no texto legal, que além da primariedade e dos bons antecedentes do réu, reclama-se que ele não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Com efeito, não há negar-se ser extremamente difícil, às vezes impossível mesmo, a prova, no duro, de fato negativo, de o narcotraficante não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, "contrario sensu" exigindo-se, por parte do Ministério Público, que prove que ele faz parte de uma organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas.

Bem por isso, tem-se entendido, corretamente, frise-se, que a conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza da substância entorpecente, a variedade das substâncias entorpecentes, os apetrechos utilizados pelo criminoso e as circunstâncias da apreensão da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

substância entorpecente servem, primacialmente, como amparo probatório para o reconhecimento da dedicação do réu à atividade criminosa. Assim, por exemplo, já entendeu, "ad nauseam", o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUTORA DO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. PEDIDO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. I. CASO EM EXAME

[...]

2. Recurso no qual se busca a incidência da causa de redução da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL chancela o afastamento da causa de diminuição prevista art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 quando presentes fatos indicadores da dedicação do agente a atividades criminosas, como, por exemplo, a) a conduta social do acusado, b) o concurso eventual de pessoas, e c) a quantidade de droga (HC 109.168, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 14/2/2012).

4. Infere-se do exame das instâncias ordinárias, soberanas na apreciação do conteúdo probatório, que os elementos colhidos sob o crivo do contraditório, em especial a quantidade de droga apreendida ("mais de uma tonelada de maconha"), indicaram que a hipótese não retrata quadro de traficância eventual ou de menor gravidade, circunstâncias para quais a minorante em questão deve incidir

[...]

6. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – RHC 247.481 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 19/11/2024 – DJe de 22/11/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA PENAL BENÉFICA E DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA MAIS GRAVE AOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

1. Na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, o Agravante tem o dever de impugnar, de forma específica, todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de não provimento do agravo regimental. Precedentes.

[...]

4. A conclusão das instâncias anteriores não diverge da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que "A conduta social, os maus antecedentes, a reincidência, o concurso de agentes, as circunstâncias da apreensão, a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

quantidade de drogas e a existência de ações penais em curso são exemplos de elementos aptos a indicar a dedicação do agente a atividade criminosa, fundamento idôneo a afastar a minorante do tráfico privilegiado" (HC 209.928 AgR/RS, Rel. Nunes Marques, Segunda Turma, DJe de 19/4/2022).

5. Hipótese em que a minorante do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 fora afastada pelas instâncias anteriores com base em dados concretos a indicar dedicação ao tráfico de drogas.

[...]

7. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 242.527 AgR/MG – **Rel. Min. FLÁVIO DINO** – Primeira Turma – j. em 12/08/2024 – DJe de 16/08/2024);

Nessa linha de entendimento, pode-se afirmar que mesmo o encarregado da disseminação, propriamente dita, das substâncias entorpecentes, aquele narcotraficante reputado, por alguns, como "pequeno", no duro incorpora em si uma das expressões maiores da odiosa prática criminosa narcotraficante, a mais não poder evidenciado que ele se dedica às atividades criminosas. Deveras, como se explicar, sem "parti pris", sem apego a questões ideológicas subjacentes, a macular a sã interpretação, que alguém, na posse de alguns papелotes de substância entorpecente, ainda que fosse "maconha", que trouxesse consigo, guardasse, tivesse em depósito, enfim, que a possuísse na forma de qualquer dos núcleos do tipo penal do art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, não estivesse, vivamente, vinculado senão a uma organização criminosa, ao menos envolvido com atividades criminosas? Quem, com limpa consciência, seria capaz de sustentar que esse disseminador da maldita substância entorpecente, aquele distribuidor e vendedor de esquina, de perto de colégios, de estabelecimentos outros de ensino e de atividades desportivas, não seria o encarregado último, justamente, da disseminação, propriamente dita, da substância entorpecente, o último elo de toda uma precedente cadeia criminosa? Ora, a não ser que esse narcotraficante fosse o produtor da "maconha", fosse o produtor da "cocaína", do "crack", ou seja lá de qual substância entorpecente se queira, de se convir que ele a teria recebido, para fins de venda, de terceiros, elos a ele anteriores, mas igualmente membros de uma estrutura criminosa, de uma organização criminosa, ao menos a revelar o provado envolvimento com as

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

atividades criminosas. Cediço que os narcotraficantes encarregados da entrega de substâncias entorpecentes aos outros narcotraficantes reputados "varejistas", isto é, aqueles encarregados, repito, da disseminação das substâncias entorpecentes, inclusive nas vias públicas, não o fazem, assim não agem sem prévio conhecimento, é dizer, confiança na pessoa daquele para quem será entregue a substância entorpecente a ser vendida no varejo. Curial que nesse tipo de comércio, de fundamental importância a fidedignidade, a confiança, por óbvio prévia, existente entre os narcotraficantes ocupantes dos vários estratos criminosos, todos eles, porém, integrantes de uma mesma estrutura criminosa. É o caso, por exemplo, do narcotraficante denominado "mula", mais voltado, é certo, para a narcotraficância internacional, mas cuja "ratio" não difere, essencialmente, no caso do narcotráfico varejista, da pessoa daquele, como réu, encarregado da venda dos papérolas, das porções, das substâncias entorpecentes aos infelizes usuários. Como já decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"(...) a 'mula', de fato, integra a organização criminosa 'na medida em que seu trabalho é uma condição 'sine qua non' para a narcotraficância internacional'. Pressupondo, assim, que toda organização criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa -- de transporte -- está inserida nesse contexto como essencial. E, em princípio, diferentemente da referência à 'atividade criminosa' em que o legislador exigiu 'dedicação', ou seja habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso do 'integrar organização criminosa'. Aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na 'atividade criminosa'. Além disso, não me parece verdadeiro pressupor que o legislador intencionou com a regra dispensar tratamento menos rigoroso ao 'traficante mula' ou, ainda, aos outros com 'participação de menor importância' e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se essa fosse a intenção, certamente, consubstanciaria uma elementar do tipo. Teríamos, então, um tipo penal derivado."

(STF – HC 101.265/SP – Rel. para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – Voto Min. GILMAR MENDES – j. 10/04/2012 – DJe de 06/08/2012).

Tudo o acima exposto traduz, marcadamente, a necessária presença de elementos concretos, reclamados pela jurisprudência, que indicam a dedicação do réu, do narcotraficante, à atividade criminosa relacionada ao comércio de substâncias entorpecentes. Mais uma vez, o que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

já decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"Direito penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Ingresso em domicílio. Ausência de ilegalidade flagrante, teratologia ou abuso de poder. Dosimetria da pena. Redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. Fatos e provas. Regime inicial mais gravoso. Substituição da pena. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1. As peças que instruem este processo não evidenciam situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a imediata revogação da custódia cautelar. Até porque, segundo assentado pelas instâncias de origem, a genitora do paciente autorizou a entrada dos agentes públicos. Quanto à alegação do paciente de que não há falar em anuência para ingresso no domicílio, não é possível, na via processualmente restrita do habeas corpus, revolver fatos e provas para dissentir das premissas que embasaram as decisões proferidas pelas instâncias antecedentes.

2. **A fixação da pena levou em conta elementos concretos do caso.**

3. **É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que, [s]e as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (HC 123.042, Relª. Minª. Rosa Weber).**

[...]

8. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 213.031 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 13/05/2022).

Ou ainda, em outras palavras, como mais uma vez decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no sentido de que a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, só há de ser reconhecida para aquele criminoso que pratique o narcotráfico como fato isolado, do qual, à evidência ao menos em princípio, não seria o caso de um "varejista", justamente porque, como exposto alhures, revela-se a sua ligação umbilical com narcotraficantes que o precedem na corrente criminosa, dos quais recebeu a substância entorpecente para fins da sua venda efetiva, ou seja, para fins de venda ao seu destinatário final. Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343, DE 2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE.

[...]

2. **Uma vez que os fundamentos utilizados para afastar o redutor não se limitaram à quantidade e variedade do entorpecente, levando-se em conta todo o contexto em que ocorrido o delito,**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

envolvendo 4 corréus e a apreensão de dinheiro, arma de fogo, balança de precisão e demais petrechos, denotam não se tratar de traficante ocasional, surgindo imprópria a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343, de 2006.

[...]

5. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 229.571 AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 26/02/2024 – DJe de 22/04/2024).

No caso concreto, foram encontradas 01 (uma) porção de "maconha", pesando 18,62g e 70 (setenta) porções de "cocaína", pesando 11,69g, o que demonstra, ainda mais, a impossibilidade da redução prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Não bastasse, os agentes da lei ouvidos em Juízo relataram que já haviam visto o réu por outras vezes no local, ele que sempre buscava fugir da viatura policial, a evidenciar, a mais não poder, que ele se dedicava às atividades criminosas.

No mais, é o caso de se alterar o cálculo da pena final do réu. Embora a sentença tenha fixado a pena do réu em 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, no piso, observo que a pena-base com o aumento no patamar de 1/6 (um) sexto, relativo à causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas, resulta em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso, que passa a ser a pena final do réu.

Assim, a pena estabiliza-se, agora, em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso.

Nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, a determinação do regime prisional deverá ser feita levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo Código.

Nesse sentido, mesmo que a pena seja inferior a oito anos, a jurisprudência é sólida ao autorizar o regime mais gravoso para os réus que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ostentem circunstâncias judiciais negativas ou sejam reincidentes, ou mesmo a depender da natureza e quantidade de drogas apreendidas.

No caso, o réu foi flagrado com 01 (uma) porção de "maconha", pesando 18,62g e 70 (setenta) porções de "cocaína", pesando 11,69g, além do que ele se dedica às atividades criminosas, o que impinge maior reprovabilidade à conduta sob luzes. Desse modo, o regime fechado é o que se revela mais adequado para fins de prevenção e repreensão para o crime praticado pelo réu, tanto que teve a sua pena-base fixada acima do mínimo legal. Inteligência do art. 33, §3º, do Código Penal.

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO IMPETRADO: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REITERAÇÃO DE PEDIDO FORMULADO NO STJ. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STF. PRECEDENTES. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENAS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA (QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

[...]

3. Não há ilegalidade no regime inicial mais gravoso fixado com lastro em circunstância judicial desfavorável (quantidade e natureza da droga), conforme inteligência dos arts. 33 e 59 do Código Penal, combinado com o art. 42 da Lei nº 11.343, de 2006. Precedentes.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 246.462 AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 06/11/2024 – DJe de 25/11/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

3. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 42 da Lei de Drogas e artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes.

4. A jurisprudência desta Suprema Corte orienta no sentido da possibilidade de fixar regime mais gravoso de cumprimento da pena forte na quantidade e na natureza da droga apreendida. Precedentes.

5. Inviável o abrandamento do regime prisional fixado pela instância anterior e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerada a quantidade da droga

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

apreendida.

6. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – RHC 240.457 AgR/MT – **Rel. Min. FLÁVIO DINO** – Primeira Turma – j. em 01/07/2024 – DJe de 11/07/2024);

"AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. APONTADA ILICITUDE DE BUSCA PESSOAL. PRETENDIDA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. ALEGAÇÕES NÃO APRECIADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUMENTO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO CONFIGURADO. NECESSÁRIO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. **REGIME FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO.** NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO HABEAS CORPUS.

[...]

4. A natureza, a quantidade de substância entorpecente e as circunstâncias da apreensão são fundamentos idôneos para a imposição de regime mais gravoso.

5. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 230.830 ED-AgR/MS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 26/02/2024 – DJe de 01/03/2024);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06. REDISCUSSÃO DOS CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO JUÍZO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

2. A quantidade e natureza da droga apreendida legitimam a fixação de regime inicial mais gravoso para cumprimento de pena. Precedentes: RHC 152.037-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 16/04/2018; HC 156.674-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 27/11/2018; e RHC 125.077-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 4/3/2015.

[...]

8. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 223.498 AgR/SP – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 07/03/2023);

Por esta razão, o réu deverá cumprir a pena do crime de narcotráfico em regime fechado, assim corretamente fixado.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Não é o caso de se falar na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, certo que o quantitativa da pena imposta impede a concessão do benefício, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. Não bastasse, as circunstâncias não são suficientes para a prevenção e a repreensão do crime praticado, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Incabível o pedido para "recorrer em liberdade" formulado pela defesa do réu.

Confirmam-se os trechos abaixo, da decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva e da sentença, que a manteve, nas quais os Juízos de Origem analisaram a necessidade da custódia cautelar:

"[...] Superada a análise acerca do relaxamento do flagrante, passo a analisar a viabilidade de sua conversão em prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa da prisão. De acordo com a atual sistemática do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só deve ser decretada quando as demais cautelares se mostrarem insuficientes ou inadequadas para o caso concreto. No caso dos autos, o autuado foi preso em flagrante pela prática do delito de TRÁFICO DE DROGAS, sendo que tentou se esconder e fugir da Guarda Municipal, sem sucesso, e, em abordagem, foram localizados setenta pinos de cocaína e uma porção grande de maconha, ainda não fracionada. O flagranteado possui maus antecedentes, aparentemente com condenação anterior pelo mesmo crime de tráfico, segundo consta da documentação coligida pela d. Autoridade Policial. Assim, estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. A materialidade do crime vem demonstrada com o boletim de ocorrência em anexo e demais elementos coligidos no auto de prisão em flagrante. Também estão presentes indícios suficientes de autoria, consistentes nos depoimentos prestados perante a autoridade policial. Ademais, a prisão preventiva se justifica para o resguardo da saúde pública, levando-se em conta, sobretudo, a quantidade elevada e a natureza dos entorpecentes apreendidos, de alta nocividade e com potencial para atingir grande número de usuários. Por todo o exposto, CONVERTE A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. [...]" (fls. 33/34).

"[...] Vedado ao réu o direito de recorrer em liberdade, porquanto presentes os requisitos para a custódia preventiva, agora reforçados com a decisão condenatória. RECOMENDE-SE ONDE ESTIVER PRESO. [...]" (fls. 177).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Deveras, verifico que a **MM^a. Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Mogi Mirim** fundamentou o seu entendimento na presença dos requisitos da prisão preventiva. E isso, vale dizer, a existência dos requisitos da prisão preventiva, é o que basta para a manutenção do "decisum", **não se perdendo de vista que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é torrencial no sentido de se manter a custódia cautelar daquele que respondeu preso durante todo o processo-crime.** Ilógico seria o contrário!

Por todos, confirmam-se os precedentes da SUPREMA CORTE e do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. PERICULOSIDADE E MODUS OPERANDI DOS ACUSADOS. NÃO CABIMENTO. **PRONUNCIADO QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL.** MERA REITERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS VEICULADOS NO RECURSO ORDINÁRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Conforme a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, '[é] idônea a prisão decretada com base em fatos concretos observados pelo juiz na instrução processual, notadamente a periculosidade, não só em razão da gravidade do crime, mas também pelo modus operandi da conduta delituosa' (HC nº 131.221/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 2/3/16).

2. Segundo o STJ, o agravante teria levado os corréus até onde se encontrava a vítima, depois teria ajudado na fuga deles, bem como teria encurralado a vítima, permitindo que ela fosse agredida até a morte.

3. O Supremo Tribunal Federal considera que, no caso de o réu permanecer preso durante toda a instrução criminal, 'não se afigura plausível, ao contrário, revela-se um contrassenso jurídico, sobrevivendo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo' (HC nº 115.462/RR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 23/4/13).

[...]"

(STF – RHC 217.486-AgR/SP – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 03/11/2022 – DJe de 07/12/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.434/2006. REGIME PRISIONAL. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

[...]

3. Prisão preventiva decretada forte na garantia da ordem pública, presentes as circunstâncias concretas reveladas nos autos. Precedentes.

4. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica pela via recursal, não há dúvida de que, nesse estágio do processo, a manutenção da prisão preventiva – sobretudo quando o acusado permaneceu preso durante toda a instrução – impõe um ônus argumentativo menor se comparado ao decreto prisional exarado antes do julgamento da causa.

[...]"

(STF – HC 216.428-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 16/08/2022);

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. Ambas as Turmas desta Corte possuem entendimento no sentido de que 'permanecendo os fundamentos da prisão cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação' (RHC 117802, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 1º/7/2014). 4. Habeas corpus conhecido, porém denegada a ordem."

(STF – HC 132.295/PR – Rel. TEORI ZAVASCKI – Segunda Turma – j. em 02/08/2016 – DJe de 01/08/2017);

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE ROUBO MAJORADO. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

I – A prisão cautelar se mostra suficientemente motivada para a preservação da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, verificada pelo modus operandi mediante o qual foi praticado o delito. Precedentes.

II – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que, permanecendo os fundamentos da custódia cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

trânsito em julgado da condenação. Precedentes.

III - Ordem denegada."

(STF – HC 138.120/MG – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 06/12/2016 – DJe de 16/12/2016);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SENTENÇA. REGIME SEMIABERTO. **COMPATIBILIDADE COM A SEGREGAÇÃO CAUTELAR.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. In casu, a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, em razão do risco de reiteração delitiva, pois os ora agravantes possuem, em conjunto, 161 boletins de ocorrência lavrados contra eles.

3. **A manutenção da segregação cautelar, quando da sentença condenatória, não requer fundamentação exaustiva, sendo suficiente a afirmação de que permanecem intactos os motivos ensejadores da custódia cautelar, desde que aquela anterior decisão esteja, de fato, fundamentada, como ocorreu na espécie sub judice.**

4. **"Não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistem os motivos para a segregação preventiva"** (AgRg no RHC 123.351/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 4/8/2020, DJe 25/8/2020).

5. É pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que a manutenção da prisão preventiva pelo juiz sentenciante é compatível com a fixação do regime semiaberto, desde que ocorra a devida adequação da segregação cautelar com o regime estabelecido pela sentença condenatória.

6. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 783.309/SC – Rel. Min. Ministro Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 16/02/2023);

"PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESES DE DOSIMETRIA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. **SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE NEGOU O RECURSO EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO.** EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. INDÍCIOS DE REITERAÇÃO DELITIVA. **SEGREGAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA.** CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

6. Caso em que as instâncias ordinárias demonstraram a necessidade da medida extrema para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP, considerando as circunstâncias do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

caso concreto, sobretudo a expressiva quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 276,793kg de cocaína -, não se ignorando, ainda, como ressaltou a sentença, a existência de fortes indícios de que "o veículo foi utilizado com habitualidade para a prática delitiva", além de não haver "prova da origem lícita do bem". Tais circunstâncias, além de demonstrarem a gravidade exacerbada da conduta perpetrada, apontam para um provável e razoável envolvimento do réu com a traficância.

7. Ademais, o entendimento abraçado pelas instâncias ordinárias encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, tendo o agravante permanecido preso durante todo o andamento da ação penal, não faria sentido, ausentes alterações nas circunstâncias fáticas, que, com a superveniência da condenação, lhe fosse deferida a liberdade.

8. Condições subjetivas favoráveis ao agravante não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

9. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no HC 789.276/MA – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 13/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, RECEPÇÃO QUALIFICADA, CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO E CRIME AMBIENTAL. RÉU CONDENADO A LONGA PENA EM REGIME FECHADO, PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. EXCESSO DE PRAZO SUSCITADO APÓS A CONDENAÇÃO. TESE DESCABIDA. **NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. LEGALIDADE. CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA** RECONHECIDO NO HC N. 709.366/GO COM BASE NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SITUAÇÃO FÁTICA INALTERADA APÓS O ÉDITO CONDENATÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

3. A sentença penal condenatória, ao negar ao Réu o direito de recorrer em liberdade, salientou a necessidade da manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, já que inalterada a situação fática dos autos que justificou a prisão preventiva, cuja legalidade foi reconhecida pela Sexta Turma no julgamento do HC n. 709.366/GO, da minha relatoria.

4. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, em hipóteses em que o acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva, sendo suficiente para a satisfação do art. 387, §1.º, do Código de Processo Penal o entendimento de que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento.

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no RHC 173.056/GO – **Rel. Min. Laurita Vaz** – Sexta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 19/12/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

SENTENÇA CONDENATÓRIA. AGRAVANTE CONDENADO A 08 ANOS. **RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA INSTRUÇÃO. FUNDAMENTOS. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.** RÉU CONDENADO AO REGIME SEMIABERTO. PRISÃO JÁ COMPATIBILIZADA COM O REGIME IMPOSTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

III - O entendimento abraçado pelas instâncias ordinárias encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, tendo o paciente permanecido preso durante todo o andamento da ação penal, não faria sentido, ausentes alterações nas circunstâncias fáticas, que, com a superveniência da condenação ou da sentença de pronúncia, fosse-lhe deferida a liberdade.

IV - Embora o agravante tenha sido condenado a pena em regime inicial semiaberto, foi concedida a compatibilização da prisão preventiva. Portanto, presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, e sendo assegurado seu recolhimento em regime compatível, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Agravo Regimental Desprovido."

(STJ – AgRg no AgRg no HC 761.058/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 04/11/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. **PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.** PERICULOSIDADE DO AGENTE. GRAVIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO.** CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ressaltou-se na decisão agravada que os fundamentos da prisão preventiva anteriores à sentença condenatória, os quais foram mantidos por ocasião da prolação do édito repressivo, já haviam sido analisados nos autos do HC n. 721.428/SP, ocasião em que este Sodalício entendeu que a segregação cautelar foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a maior periculosidade do agravante, revelada pela natureza, variedade e quantidade de droga localizadas - 242 microtubos plásticos contendo 64,5 g de cocaína e três invólucros plásticos contendo 1.250 g de maconha -, circunstâncias que, somadas à apreensão de certa quantia em dinheiro - R\$1.750,00 (mil setecentos e cinquenta reais) - e de petrechos comumente utilizados no preparo dos entorpecentes, como rolo de plástico filme e duas balanças de precisão, demonstram seu maior envolvimento com o narcotráfico e o risco ao meio social, recomendando a custódia para a garantia da ordem pública.

2. Tendo o agravante permanecido preso durante todo o processo, não deve ser permitido o recurso em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura dele depois da condenação em primeiro grau.

3. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

favoráveis da paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

4. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 742.659/SP – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** – Quinta Turma – j. em 16/08/2022 – DJe de 22/08/2022).

A propósito, não poderia ser outro o entendimento adotado, palmar a necessidade de garantia da ordem pública, haja vista que se imputa ao réu a autoria de crime gravíssimo, narcotráfico, espécie de crime que vem intranquilizando a sociedade, gerando clamor público, estando o Estado de São Paulo infestado, em ordem crescente, de crimes desta natureza, que trazem insegurança social e ceifam inúmeras famílias, fatos que comprovam que em liberdade eles poderão vir a cometerem novos delitos, tudo a recomendar a manutenção da custódia cautelar do réu, não se perdendo de vista que ele possui maus antecedentes criminais, motivos estes que sem sombra de dúvida são mais do que suficientes para a manutenção das custódias cautelares.

Mais não se precisa dizer.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso defensivo, mas altero, de ofício, o cálculo da pena do réu, que passa, agora, para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso.**

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA

Relator