



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

Registro: 2025.0000442260

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501775-64.2020.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante JAQUELINE ROBERTA MORAES DE OLIVEIRA, 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. 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, 7 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. 1501775-64.2020.8.26.0037

Apelante: Jaqueline Roberta Moraes de Oliveira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara

MM. Juiz de Direito: Italo Fernando Pontes de Camargo Ferro

Voto n. 12.958

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. CRIME PRATICADO NAS IMEDIAÇÕES DE IGREJA. (6) CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. CRIME PRATICADO COM O ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. (7) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (8) DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. (9) MANUTENÇÃO DO PRIVILÉGIO DO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS NO PATAMAR EM QUE FIXADO. (10) REGIME ABERTO FIXADO. (11) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, NOS TERMOS DA SÚMULA VINCULANTE N. 59. (12) DIREITO DE "RECORRER EM LIBERDADE". PEDIDO PREJUDICADO. (13) DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

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

2. Validade dos depoimentos de policiais e guardas civis. 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 (HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. 05/09/2006 – DJU

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

de 16/02/2007; HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998 e HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. 26/03/1996 – DJU de 18/10/96) e do STJ (AgRg no AREsp 2.713.001/RO – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 26/11/2024 – DJe de 09/12/2024; HC 896.285/ES – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024; AgRg no HC 815.812/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 16/05/2023 – DJe de 22/05/2023).

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 da ré não ter sido presa 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, nos exatos termos do art. 28, §3º, da Lei de Regência. Doutrina de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

5. Comprovado que a ré praticou o crime de narcotráfico nas proximidades de igreja, 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

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

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). Além disso, as igrejas são instituições sociais, previstas no rol do art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, certo que o intuito da lei é proteger espaços de aglomeração dos crimes da Lei de Drogas. Entendimento do STJ (AgRg no HC 745.574/SC – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 30/10/2024 – DJe de 06/11/2024; AgRg no AgRg no AREsp 1.965.596/MS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021).

6. Compreende-se que o envolvimento de adolescentes na prática de crimes, como no caso em tela na narcotraficância, merece maior censura por parte do Estado, porquanto a proposta de lucro fácil aliada à falta de criticidade, mercê da vulnerabilidade própria de quem está iniciando a vida adulta, é sedutora e convidativa, o que torna o aproveitamento desses "colaboradores do crime" em vantajosa ferramenta para agentes infratores. Doutrina de Renato Marcão e jurisprudência do STJ (AgRg no HC 541.251/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 20/02/2020 – DJe de 5/3/2020).

7. 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).

8. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal.

9. Manutenção 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, 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

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

(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). Manutenção, contudo, ante o conformismo Ministerial.
10. Regime prisional aberto fixado, nos termos da Súmula Vinculante n. 59, do STF.
11. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos da Súmula Vinculante n. 59, do STF.
12. Pedido para "recorrer em liberdade" prejudicado, certo que já foi concedido pela sentença.
13. Desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

Jaqueline Roberta Moraes de Oliveira foi denunciada como incurso no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, e ao final se viu condenada, nos termos do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, à pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, regime aberto e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no piso, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária, na importância de 01 (um) salário-mínimo e na prestação de serviços à comunidade (fls. 238/242).

Apelou a defesa da ré, pleiteando, em síntese: **(a)** a sua absolvição, com fundamento legal no art. 386, VII, do Código de Processo Penal; **(b)** subsidiariamente, o afastamento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas; e **(c)** o direito de "recorrer em liberdade" (fls. 262/268).

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões, requerendo o improvimento do recurso defensivo (fls. 272/276).

A **Procuradoria Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento

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

do recurso defensivo (fls. 285/291).

É o relatório.

Nego provimento ao recurso defensivo.

A ré **Jaqueline Roberta Moraes de Oliveira** foi denunciada 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 12 de maio de 2020, por volta das 03h50min, na Avenida Tereza Pelegrinete Mota, nº 705, nesta cidade e comarca, e, portanto, nas imediações de entidade social, JAQUELINE ROBERTA MORAES DE OLIVEIRA, qualificado a fls. 68, agindo de comum acordo e identidade de propósitos com o adolescente T.F.B, de 15 anos de idade (fls. 18), foi surpreendida por policiais militares, trazendo consigo e mantendo em depósito, para fins de tráfico, 07 (sete) porções de maconha (*Cannabis sativa* L), com peso líquido de 9,65 g. e 16 (dezesesseis) porções de cocaína, com peso líquido de 7,45 g., sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 08/9). Tais substâncias causam dependência física e psíquica e constam da lista de substâncias entorpecentes e psicotrópicas de uso proscrito no Brasil, publicada em anexo à Portaria SVS/MS nº 344/98, conforme laudos de fls. 23/27 (toxicológico).

É dos autos que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, quando avistaram o adolescente e a denunciada no exato momento em que ela entregava algo a uma pessoa que estava em uma motocicleta ali parada. Ao avistarem a viatura o condutor da motocicleta se evadiu sem que fosse possível identificá-lo, enquanto o adolescente e a denunciada passaram a caminhar normalmente tentando dissimular a mercancia que praticavam e evitar a ação policial.

Porém, foram abordados e, em revista pessoal, foi encontrado com o adolescente a importância de R\$ 20,00 (vinte reais) em dinheiro. Já com a denunciada havia a quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais), que se encontrava escondida em seu sutiã e que foi entregue aos policiais, bem como 01 (uma) porção de cocaína e 01 (uma) porção de maconha, que ela trazia consigo para entrega a consumo de terceiros.

Além disso, próximo ao local onde eles atendiam o motociclista, foram localizadas no chão outras 02 (duas) porções de cocaína. Mais adiante, em uma torre de energia elétrica também próxima ao local dos fatos os policiais localizaram mais 06 (seis) porções de maconha e mais 13 (treze) porções de cocaína, embaladas de maneira idêntica àquelas que foram apreendidas em poder da denunciada, sendo que toda essa droga estava sendo mantida ali por ambos para entrega a consumo de terceiros.

Assim, evidenciado que a denunciada estava agindo em conjunto

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

com o adolescente infrator, dedicando-se à prática das atividades criminosas, em especial, ao tráfico de droga, pelas seguintes circunstâncias: a) quantidade e natureza da droga (16 porções de cocaína e 07 porções de maconha); b) forma de acondicionamento da droga apreendida (separadas em porções individualmente embaladas pronta para distribuição a terceiros); c) presença em local conhecido como ponto de venda de drogas; d) atitude suspeita ao perceber a aproximação dos policiais militares; e) ação de venda presenciada pelos policiais militares; f) envolvimento anterior do adolescente com o tráfico e g) ausência de atividade lícita comprovada.

Frise-se, ainda, que o local escolhido pelo adolescente e denunciada para exercerem a traficância facilita a difusão em massa do entorpecente, eis que traziam consigo e mantinha em depósito a droga para fins de tráfico nas proximidades do Igreja Evangélica Assembleia de Deus, portanto, nas imediações de entidade social, segundo informações de fls. 63 e laudo pericial que será oportunamente juntado aos autos.

ISTO POSTO, denuncio a Vossa Excelência JAQUELINE ROBERTA MORAES DE OLIVEIRA como incurso nas penas do artigo 33, caput, c.c. artigo 40, incisos III e VI, ambos da Lei 11.343/06, e requeiro que, recebida, A. e R. esta, instaure-se-lhe a competente ação penal, para que, após citação, se veja processar e julgar, obedecendo-se ao rito ordinário constante nos artigos 394/405 do CPP, designando-se audiência de instrução, debates e julgamento, para a oitiva das pessoas abaixo arroladas e interrogatório do denunciado, prosseguindo-se até final condenação, com a perda/confisco dos bens e valores apreendidos (11.343/06, art. 63 e ss), o que fica desde já requerido, tudo nos termos e sob as penas da lei. [...]" (fls. 81/83).

Pois bem.

A materialidade criminosa narcotraficante está consubstanciada no auto de exibição e apreensão, que prova que a ré trazia consigo e mantinha em depósito substâncias entorpecentes (fls. 08/09), substâncias entorpecentes essas que, nos termos do laudo pericial, relativo ao exame pericial de natureza químico-toxicológica, eram as mesmas referidas na denúncia, isto é, "maconha" e "cocaína" (fls. 23/27).

A autoria criminosa, por sua vez, é certa e deve ser imputada à ré **Jaqueline Roberta** que, embora regularmente citada (fls. 123), deu de ombros ao Poder Judiciário e deixou de comparecer ao seu interrogatório, ocasião em que poderia dar a sua versão dos fatos, sendo decretada a sua revelia (fls. 218). Entretanto, o conjunto probatório permite a sua condenação.

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

Destarte, o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua indicação, na forma como reconhecido pela sentença, mormente porque os depoimentos judiciais dos policiais militares **Luiz Gustavo** e **Welton Fernandes**, testemunhas arroladas pela acusação, mostraram-se alinhados e coerentes com as demais provas existentes nos autos. Os agentes da lei confirmaram, em Juízo, que estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido como ponto de comércio de substâncias entorpecentes, quando visualizaram a ré e um adolescente entregando algo para um motociclista. Ao se aproximarem, o motociclista empreendeu fuga e a ré e o adolescente **T. F. B.** tentaram disfarçar, sendo em seguida abordados. Com a ré, foram encontradas algumas porções de droga e dinheiro e, cerca de cinco metros próximo ao local, em uma torre de energia, outras porções com a mesma embalagem, evidenciando o narcotráfico (fls. 232/237 – mídia digital).

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,

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

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:

"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

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

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, inexistência 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);

"**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

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

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 PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PESSOAL. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. A decisão de origem baseou-se em provas suficientes, incluindo depoimentos coerentes dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante.

[...]

6. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. Os depoimentos coerentes de policiais são meios idôneos de prova. 2. A desclassificação mediante reconhecimento do transporte para consumo pessoal esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte."

(STJ – AgRg no AREsp 2.713.001/RO – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 26/11/2024 – DJe de 09/12/2024);

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO. NÃO CABIMENTO. ORDEM DENEGADA.

[...]

5. A jurisprudência reconhece a validade da palavra dos policiais como prova, desde que em consonância com outros elementos dos autos.

IV. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA."

(STJ – HC 896.285/ES – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR ALEGADA ILICITUDE DAS PROVAS. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE IDÔNEAS. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO É MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESTABILIDADE DA PROVA. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. TRAFICÂNCIA HABITUAL. HISTÓRICO DE PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL GRAVE E RECENTE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

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

4. 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; tampouco a demonstração de que houvesse alguma perseguição dos policiais com relação ao paciente, pelo fato de ele já ser conhecido da polícia pela prática de atos infracionais.

Precedentes.

[...]

7. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 815.812/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 16/05/2023 – DJe de 22/05/2023).

Por isso, força convir, os depoimentos dos policiais militares, testemunhas arroladas pela acusação, 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. 14/15). 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 lembrar tema muito importante nesta causa e que

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

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 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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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 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

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

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 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 constatava 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 (indevidamente 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 (*Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale, Anno LX, N° 2, aprilegiugno, 2005, passim*).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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*, 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 ciò 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.*)

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

(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 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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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 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

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

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 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.

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

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 pelos depoimentos judiciais dos policiais militares, que abordaram a ré trazendo consigo e mantendo em depósito as malsinadas drogas, nas circunstâncias narradas na denúncia, 07 (sete) porções de "maconha", pesando 9,65g e 16 (dezesseis) porções de "cocaína", pesando 7,45g, policiais militares que, no duro, flagraram-na com a quantidade acima mencionada de substância entorpecente, consoante a prova oral judicial, o que afasta, 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 a ré não ter sido presa 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

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

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 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

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

múltipla, o qual se consuma 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. 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

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

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 a ré não ter sido encontrada 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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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.

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 eleitorais 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

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

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 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 estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido como ponto de comércio de substâncias entorpecentes, quando visualizaram a ré e um adolescente entregando algo para um motociclista. Ao se aproximarem, o motociclista empreendeu fuga e a ré e o adolescente **T. F. B.** tentaram disfarçar, sendo em seguida abordados. Com a ré, foram encontradas algumas porções de droga e dinheiro e, cerca de cinco metros próximo ao local, em uma torre de energia, outras porções com a mesma embalagem, evidenciando o narcotráfico, comprovando não se tratar de uma mera usuária, afastada a hipótese absolutória levantada pela defesa.

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 laudo pericial, referente ao exame pericial realizado no local dos fatos, constatou que o crime foi cometido nas imediações de uma igreja (fls. 208/210). A propósito, o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do Superior Tribunal de Justiça:

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

"[...]

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).

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

4. O Superior Tribunal de Justiça, cancelando 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, cancelando 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

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

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.

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.

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

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 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

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

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).

Nem se alegue que as igrejas não estão contempladas no rol do art. 40, III, da Lei de Drogas, como pretende a defesa. A uma, porque são instituições sociais, abrangidas pelos locais descritos no texto legal. E a duas, porque o intuito do legislador foi proteger locais, com grande aglomeração de pessoas, da prática dos crimes da Lei de Drogas. Esse é também o entendimento do STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO PERPETRADO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA OBJETIVA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A razão de ser da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 é a de punir com maior rigor aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais a que se refere o dispositivo, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluído quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006).

[...]

5. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 745.574/SC – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 30/10/2024 – DJe de 06/11/2024);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. CRIME REALIZADO PRÓXIMO A IGREJA. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. O objetivo da lei, ao prever a causa de aumento de pena do inc. III do art. 40, é proteger espaços que promovam a

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

aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa (AgRg no AREsp 1.028.605/SP, DE MINHA RELATORIA, Quinta Turma, DJe 10/8/2018).

Assim, tendo o delito sido cometido nas imediações de igrejas, impõe-se a manutenção da incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no AgRg no AREsp 1.965.596/MS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021);

Além disso, comprovou-se, pela prova oral judicial, que a ré praticou o crime de narcotráfico envolvendo adolescente, pois conforme consignado, os policiais militares detiveram-na na companhia do menor. Tudo isso a evidenciar, de um jeito ou de outro, que a prática do crime de narcotráfico alcançou o adolescente em questão, inserindo-o no mundo das drogas, ele auxiliando-a na prática narcotraficante. Assim, mais do que provada a autoria criminosa narcotraficante, reconhecendo-se a majorante em razão do comprovado envolvimento de adolescente.

Por sinal, trago à balha as oportunas considerações de **RENATO MARCÃO**, sobre a conduta de "envolver adolescente" no crime de narcotráfico, "in verbis":

"Envolver criança ou adolescente tem o sentido de atuar conjuntamente, utilizar ou contar com a participação. É hipótese em que o agente atua em concurso eventual com a criança ou adolescente, aliás, prática recorrente no ambiente do tráfico, notadamente em razão da menor capacidade de discernimento e resistência moral daqueles, a proporcionar maiores facilidades na cooptação, e da condição de inimputabilidade a que os mesmos personagens-alvo estão submetidos."

(Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, nova Lei de Drogas, 4ª edição, Editora Saraiva - 2007).

É dizer: compreende-se que o envolvimento de adolescentes na prática de crimes, como no caso em tela na narcotraficância, merece maior censura por parte do Estado, porquanto a proposta de lucro fácil aliada à falta de criticidade, mercê da vulnerabilidade própria de quem está iniciando a vida

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

adulta, é sedutora e convidativa, o que torna o aproveitamento desses "colaboradores do crime" em vantajosa ferramenta para agentes infratores, como a apelante destes autos.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATENUANTE CONFISSÃO. TEMA NÃO APRECIADO PELA ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME. REGIME DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. MAJORANTE. **ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS RECONHECIDA NA ORIGEM.** REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

5. No crime de tráfico, a participação de menores, seja de forma efetiva ou, até mesmo, indireta, imprime maior gravidade e periculosidade social à conduta, na medida em que o menor passa a ser um instrumento do delito [...].

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 541.251/SP – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** – Quinta Turma – j. em 20/02/2020 – DJe de 5/3/2020).

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

"[...]

É, no essencial, o relatório. Fundamento e decido.

A ação penal transcorreu sem máculas processuais e o feito encontra-se em termos para o julgamento.

A materialidade delitiva encontra-se consubstanciada por meio do boletim de ocorrência de fls. 05/07, do auto de exibição e apreensão de fls. 08/09 e do laudo químico-toxicológico definitivo de fls. 23/27.

A autoria também é indubitosa.

A acusada não foi interrogada em razão de sua revelia (fls. 218/219). Contudo, a prova testemunhal segue em linha com a denúncia. Vejamos.

Luiz Gustavo de Oliveria, policial militar, devidamente compromissado e sob o crivo do contraditório, disse no seu depoimento judicial que no dia dos fatos estava em patrulhamento de rotina em local bem conhecido da polícia como ponto de venda de drogas quando avistaram um casal, sendo que a moça estava

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

fazendo contato com um motociclista, mas quando perceberam a polícia militar, o motociclista fugiu do local e o casal saiu andando de forma a disfarçar. Abordados, foi encontrada duas porções de cocaína com a acusada e mais R\$ 80,00 dentro de sua roupa íntima (sutiã), no chão também foram encontradas mais duas porções de cocaína. Numa torre de energia foram encontradas 13 porções de maconha e 05 porções de cocaína com a mesma embalagem da droga que a acusada trazia consigo, o depoente esclareceu que a torre está localizada bem próxima da esquina onde a acusada estava, cerca de cinco metros. Disse que nesse momento o adolescente tentou assumir a propriedade da droga e a acusada disse que a droga encontrada com ela seria apenas para o seu próprio uso (gravação audiovisual de fls. 220).

Welton Fernandes Pedro, policial militar, devidamente compromissado e sob o crivo do contraditório, disse no seu depoimento judicial que no dia dos fatos estava em patrulhamento de rotina em local bem conhecido pelos policiais como ponto de vendas de drogas e presenciaram a acusada entregando uma porção de droga para um motociclista, mas quando notaram a polícia militar o motociclista fugiu do local. Após revista, encontraram parte das drogas em poder da acusada e outra parte das drogas foram encontradas no chão (gravação audiovisual de fls. 237).

Pois bem, diante das provas coligidas nos autos, notadamente a prisão em flagrante, as drogas em poder da acusada, os depoimentos dos policiais militares, entendendo regularmente demonstrado o crime de tráfico, conferindo o devido suporte para a condenação, uma vez que inexistem dúvidas quanto à prática delitiva.

De rigor, portanto, a condenação, nos moldes formulados na denúncia. Atento ao sistema trifásico, passo a dosar-lhe as penas, à luz do previsto no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06, combinado com artigo 59, do Código Penal. [...] (fls. 239/241).

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

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

Vai daí que se reputa incensurável a sentença, ao menos quanto à condenação, 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.
[...]

3. A motivação per relationem é técnica de fundamentação de

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

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 PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.**

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

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 no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

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

Por fim, na terceira fase da dosimetria, embora reconhecidas duas causas de aumento, referentes ao art. 40, III e VI, da Lei n. 11.343/06, a Origem operou aumento de apenas 1/6 (um sexto) na pena da ré, elevando-a para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.

A sentença também reconheceu, em seguida, o privilégio do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3 (dois terços), a pena sendo

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

fixada em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no piso.

Outrossim, 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.

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 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

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

[...]

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 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

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

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 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.

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

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 narcotráfica 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 narcotráfica 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 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

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

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, 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).

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

No caso concreto, foram encontradas 07 (sete) porções de "maconha", pesando 9,65g e 16 (dezesseis) porções de "cocaína", pesando 7,45g, 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 confirmaram que a ré estava em local conhecido pelo comércio de substâncias entorpecentes, a evidenciar, a mais não poder, que ela se dedicava às atividades criminosas e possuía ligações com organizações criminosas.

Mas, inexistindo recurso Ministerial, a pena fica mantida.

Foi fixado o regime aberto para o cumprimento da pena, o que se encontra em sintonia com a redação da Súmula Vinculante n. 59, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, §2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal."

Do mesmo modo, a Origem substituiu a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos da Súmula Vinculante n. 59, observados os requisitos do art. 44, do Código Penal, consistentes na prestação pecuniária, na importância de 01 (um) salário-mínimo e na prestação de serviços à comunidade.

Por fim, o pedido defensivo para que a ré possa "recorrer em liberdade" está prejudicado. Isto porque a sentença não determinou o cumprimento de nenhuma medida cautelar e não houve pedido Ministerial nesse sentido. Pelo contrário, a Origem concedeu o recurso em liberdade à ré (fls. 242).



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

Com essas considerações, nego provimento ao recurso
defensivo.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator