



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

Registro: 2025.0000447559

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502581-86.2022.8.26.0536, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante DANILO PEREIRA LIMA, 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, reconhecendo, de ofício, a circunstância atenuante da menoridade relativa para ambos os crimes, mas sem impacto nas penas. 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, 8 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. 1502581-86.2022.8.26.0536

Apelante: Danilo Pereira Lima

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 2ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande

MM. Juiz de Direito: Sergio Castresi de Souza Castro

Voto n. 12.713

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO. (1) MATERIALIDADES E AUTORIAS COMPROVADAS. (2) DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. (3) INDÍCIOS. (4) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. (5) CRIME DA LEI DE ARMAS CONFIGURADO. (6) CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO X MAJORANTE DO ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS. (7) CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. (8) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (9) DOSIMETRIA DAS PENAS. PENAS-BASE FIXADAS NO MÍNIMO. (10) SÚMULA N. 231, DO STJ. (11) IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. (12) REGIME FECHADO. (13) DESCABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. (14) DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO, COM O RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA, SEM IMPACTO NAS PENAS.

1. As materialidades e as autorias dos crimes de tráfico de drogas e de porte ilegal de arma de fogo de uso proibido restaram devidamente comprovadas. Substâncias entorpecentes, armamento e munições encontradas em poder do réu.

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

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

Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/07; HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996 e HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. em 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998) e do STJ (HC 926.476/SP – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024; AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 22/10/2024 – DJe de 25/10/2024; AgRg no HC 860.201/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 17/6/2024 – DJe de 20/6/2024; AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023; AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 02/08/2022 – DJe de 16/8/2022 e AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021).

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

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

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

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. Lei de armas. Crimes de armas e bem jurídico tutelado. Os crimes previstos na Lei de Armas (Lei n. 10.826/03) relacionam inúmeras condutas criminosas e reprováveis para fins penais, a saber: o art. 12, da Lei n. 10.826/03, relaciona a conduta de possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa; o art. 14, "caput", da Lei n. 10.826/03, relaciona as condutas de portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido; o art. 16, "caput", da Lei n. 10.826/03, relaciona as condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito; o art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, relaciona as condutas de portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. Têm natureza, segundo a Doutrina e a Jurisprudência, de "crime de mera conduta e de perigo abstrato", a lei não exigindo qualquer outro requisito para a sua configuração. Possibilidade, inclusive, de tipificação do crime, ainda que a arma de fogo esteja desmuniada ou desmontada, o bem jurídico tutelado sendo a segurança pública e a paz social. Precedentes do STF (HC 206.977-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma – j. em 18/12/2021 – DJe de 08/02/2022; HC 201.203-AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma – j. em 08/06/2021 – DJe de 14/06/2021).

6. A causa de aumento do art. 40, IV, da Lei n. 11.343/06, aplica-se quando a arma de fogo é utilizada para garantir a prática do crime de narcotráfico. Havendo desígnios autônomos, os crimes são distintos e há concurso material de crimes. Entendimento do STJ (REsp 1.994.424/RS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Terceira Seção – j. em 27/11/2024 – DJe de 15/04/2025; REsp 2.048.655/RS – Rel. Min. Daniela Teixeira, Rel. para acórdão Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 11/03/2025, DJe de 20/03/2025; AgRg no HC 942.052/PE – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 05/03/2025 – DJe de 11/03/2025).

7. Crimes de perigo abstrato e a sua (in)constitucionalidade. Salta aos olhos, sobretudo na atualidade, a dificuldade acadêmico-doutrinária em concluir pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, o debate envolvendo incertezas e tomando matizes tanto no que se refere ao próprio conceito de "bem jurídico", ainda impreciso no campo político-criminal (embora muito estudado), quanto no que concerne ao conceito doutrinário relativo aos crimes de perigo abstrato, que também não é unânime. O fato é que, no meu sentir, foram por

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

razões de política criminal que o legislador passou a prever, no Código Penal e em Leis Especiais, condutas cujo aperfeiçoamento se dá com a mera ocorrência do comportamento típico, independentemente da efetiva produção de risco ou dano dele decorrente ("crimes de perigo abstrato"), tal como ocorre com a Lei n. 10.826/03. Assim, nessa espécie de crime, o legislador penal não tomou como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico, mas, ao revés, baseou a sua análise em dados empíricos, vale dizer, o legislador selecionou grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Em outras palavras, o crime de que estamos a tratar é um claro exemplo de dogmática penal direcionada a atender a uma política criminal de maior controle sobre um subsistema social (segurança pública), cada vez mais problemático em uma sociedade que ostenta índices alarmantes de violência. Aliás, o crime previsto no art. 12, da Lei de Armas, é de extrema gravidade, sendo gerador de inúmeros outros crimes, tais como: roubos, homicídios, latrocínios, etc., praticados por aqueles que têm posse ou porte de armas, munições e acessórios, quer legais ou ilegais, a reforçar este primeiro ponto. Até porque, se levássemos ao extremo de querer descriminalizar todas as condutas tidas como de "perigo abstrato", cairíamos no contrassenso de descriminalizar (pela declaração de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato), também, o crime de tráfico de drogas. No duro, a tipificação de condutas que geram perigo abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos supraindividuais ou de caráter coletivo, os quais são extremamente importantes e que devem, sem dúvida nenhuma, ter tratamento diferenciado pelo legislador ordinário, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde, dentre outros. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Assim, a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal, situação que somente se observaria em caso de transborde dos limites da proporcionalidade. Constitucionalidade. Inteligência da doutrina de Bernardo J. Feijó Sánchez e Pierpaolo Cruz Bottini. Precedente do STF (HC 104.410/RS – Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 06/03/12 – DJe de 27/03/12).

8. 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

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

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).

9. Dosimetria. Penas-base do recorrente fixadas no mínimo legal.

10. Reconhecimento, de ofício, da circunstância atenuante do art. 65, I, do Código Penal. Contudo, sem repercussão nas penas. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula n. 231, do STJ). Precedentes do STF (HC 214.391-AgR/SP – Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA – Primeira Turma – j. em 16/05/2022 – DJe de 17/05/2022; RE 1.269.051-AgR/MS – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rel. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 20/10/2020 – DJe de 18/11/2020; HC 101.857/AC – Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Segunda Turma – j. em 10/08/2010 – DJe de 10/09/2010; HC 94.243/SP – Rel. Min. EROS GRAU – Segunda Turma – j. em 31/03/2009 – DJe de 14/08/2009; RE 597.270-QO-RG/RS – Rel. Min. CEZAR PELUSO – Tribunal Pleno – j. em 26/03/2009 – DJe de 05/06/2009; HC 94.552/RS – Rel. Min. AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 14/10/2008 – DJe de 27/03/2009; HC 94.337/RS – Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA – Primeira Turma – j. em 03/06/2008 – DJe de 31/10/2008; HC 94.446/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Primeira Turma – j. em 14/10/2008 – DJe de 31/10/2008 e HC 92.926/RS – Rel. Min. ELLEN GRACIE – Segunda Turma – j. em 27/05/2008 – DJe de 13/06/2008).

11. Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Tem-se entendido, corretamente, frise-se, que a conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza da substância entorpecente, a variedade das substâncias entorpecentes, os petrechos utilizados pelo criminoso e as circunstâncias da apreensão da substância entorpecente servem, primordialmente, como amparo probatório para o reconhecimento da dedicação do réu à atividade criminosa, impedindo o reconhecimento do privilégio do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Precedentes do STF (RHC 247.481 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 19/11/2024 – DJe de 22/11/2024; HC 242.527 AgR/MG – Rel. Min. FLÁVIO DINO – Primeira Turma – j. em 12/08/2024 – DJe de 16/08/2024; HC 101.265/SP – Rel. para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – Voto Min. GILMAR MENDES – j. 10/04/2012 – DJe de 06/08/2012; HC 213.031 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 13/05/2022; HC 229.571 AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 26/02/2024 – DJe de 22/04/2024).

12. Nada obstante o réu tenha suportado as suas penas-base fixadas no mínimo legal, o que, para alguns, ensejaria a imposição do regime prisional semiaberto, não se pode olvidar inexistir, necessariamente, correlação entre o art. 59, "caput", do Código Penal e o art. 33, §3º, do mesmo Código, malgrado, de regra, verifique-se tal correlação, o que vem encontrando eco na jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores. E, quanto a isso, é evidente que o réu possui personalidade comprometida, uma vez que praticou crimes gravíssimos, o que, de toda a sorte, impinge maior reprovabilidade à sua conduta, devendo-se ainda levar em consideração a natureza e

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

quantidade de drogas apreendidas e a apreensão, no mesmo contexto, de armamento e munições, a revelar o desvalor de suas condutas. Desse modo, o regime fechado é o que se revela mais adequado para fins de prevenção e repressão do crime praticado. Precedentes do STF (HC 223.498 AgR/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 07/03/2023; HC 213.031 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 13/05/2022; RHC 208.937 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 03/02/2022; HC 182.352 AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 21/12/2020 – DJe de 10/02/2021).

13. Descabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I e III, do Código Penal.

14. Desprovimento do recurso defensivo, com o reconhecimento, de ofício, da circunstância atenuante da menoridade relativa para ambos os crimes, sem impacto nas penas.

VOTO

Danilo Pereira Lima foi denunciado como incurso no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06 e no art. 16, §1º, IV, da Lei n. 10.826/03, e ao final se viu condenado, nos termos em que denunciado, à pena de 08 (oito) anos de reclusão, regime fechado e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no piso, certo que, desses, 05 (cinco) anos de reclusão, regime fechado e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, são referentes à prática do crime de narcotráfico e 03 (três) anos de reclusão, regime fechado e 10 (dez) dias-multa, no piso, são referentes à prática do crime da Lei de Armas (fls. 229/238).

Apelou a defesa do réu, pleiteando, em síntese: **(a)** a sua absolvição de ambos os crimes, com fundamento legal no art. 386, VII, do Código de Processo Penal; **(b)** subsidiariamente, o reconhecimento do privilégio legal para o crime de narcotráfico; e **(c)** a fixação de regime prisional mais benéfico e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 279/288).

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões, requerendo o

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

improvemento do recurso defensivo (fls. 293/297).

A **Procuradoria Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 307/354).

É o relatório.

Nego provimento ao recurso defensivo.

O réu **Danilo Pereira Lima** foi denunciado como incurso no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06 e no art. 16, §1º, IV, da Lei n. 10.826/03, nos termos seguintes:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial iniciado por auto de prisão em flagrante que, no dia 26 de julho de 2022, por volta das 14 horas e 45 minutos, na Rua Cantor Waldick Soriano nº 218, Tupiry, nesta cidade e Comarca de Praia Grande, **DANILO PEREIRA LIMA**, qualificado a fls. 09/10, trazia consigo, tinha em depósito e guardava, para o consumo de terceiros, drogas consistentes em mais de 228 (duzentos e vinte e oito) porções de cocaína e 200 (duzentas) porções de crack, consoante o auto de exibição e apreensão de fls. 15/16 e o auto de constatação preliminar de fls. 17, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de local e tempo do parágrafo anterior, **DANILO PEREIRA LIMA**, qualificado a fls. 09/10, portou e possuía arma de fogo com numeração suprimida, qual seja, 01 (um) revólver calibre 38 SPL, marca Taurus, municiado com 05 (cinco) cartuchos íntegros, consoante o auto de exibição e apreensão de fls. 15/16.

Segundo o apurado, o indiciado dedicava-se ao narcotráfico no endereço acima referido e, para tanto, trazia consigo, tinha em depósito e guardava inúmeras porções de cocaína e crack, destinadas ao espúrio comércio.

Além disso, apurou-se que **DANILO**, conquanto não tivesse autorização para tanto, obteve um revólver calibre 38 com a numeração suprimida e municiado e passou a portá-lo na via pública desta cidade.

Segundo o apurado, o denunciado dedicava-se ao narcotráfico no endereço acima apontado, razão por que trazia consigo, tinha em depósito e guardava, diversas porções de cocaína, crack e maconha. Policiais militares em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido por ser ponto de tráfico de drogas, avistaram dois indivíduos em um terreno baldio que, ao avistarem a viatura, agacharam-se e esconderam objetos dentro de uma sacola plástica, tentando evadir do local logo em seguida.

Em razão destes fatos, um policial permaneceu no local onde fora

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

dispensada a citada sacola, enquanto o restante da equipe partiu no encalço dos indivíduos, logrando deter o denunciado na Rua Valdick Soriano, enquanto tentava invadir o imóvel de numeral 218.

Em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado.

Contudo, ao inspecionarem a sacola que estava com o indiciado, constataram haver duzentos e vinte e oito porções de cocaína, duzentas porções de crack, a quantia de cento e seis reais e um radiocomunicador.

Ainda, nas proximidades onde fora dispensada a referida sacola, os agentes da lei localizaram, em um entulho, um revólver calibre 38 SPL, municiado com cinco cartuchos íntegros e com numeração raspada.

Indagado, o denunciado negou que estivesse na prática do tráfico de drogas, alegando que o verdadeiro traficante seria seu irmão, de nome "Felipe", bem como que estaria o ajudando.

Seguiram-se a prisão em flagrante, a apreensão das drogas, da arma e munições e do dinheiro, assim como a remessa do caso ao distrito policial.

O propósito de comercialização e de entrega para o consumo de terceiros pessoas dos tóxicos apreendidos verifica-se pelas circunstâncias da prisão do indiciado e do encontro das drogas, assim como pela quantidade, variedade e forma de acondicionamento dos entorpecentes localizados.

Ante o exposto, DENUNCIO a Vossa Excelência DANILO PEREIRA LIMA como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e no artigo 16, parágrafo 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, na forma do artigo 69, do Código Penal, e requeiro que, depois de autuada esta, se lhe instaure o devido processo penal, nos termos dos artigos 55 e seguintes da Lei nº 11.343/2006, notificando-se o denunciado para oferecimento de defesa prévia e, após o recebimento da denúncia, citando-se e notificando-se ele para interrogatório, pena de revelia, ouvindo-se oportunamente as pessoas a seguir arroladas, prosseguindo-se nos ulteriores termos processuais, até final condenação. [...] (fls. 85/87).

Pois bem.

A materialidade criminosa narcotraficante está consubstanciada no auto de exibição e apreensão, que prova que o réu trazia consigo, tinha em depósito e guardava substâncias entorpecentes (fls. 15/16), substâncias entorpecentes essas que, nos termos do laudo de constatação e do laudo pericial, relativo ao exame pericial de natureza químico-toxicológica, eram as mesmas referidas na denúncia, isto é, "cocaína" e "crack" (fls. 17 e 112/114), enquanto a materialidade do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ficou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 15/16) e pelo laudo pericial, relativo ao exame pericial realizado na arma e nas

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

munições apreendidas, constatando que elas estavam aptas para a realização de disparos e que a numeração da arma de fogo estava suprimida por "lixamento intenso" (fls. 205/218).

As autorias criminosas, por sua vez, são certas e devem ser imputadas ao réu **Danilo Pereira** que, interrogado judicialmente, negou a prática dos crimes (fls. 188/189 – mídia digital). Entretanto, ver-se-á, a sua negativa de autorias criminosas ficou isolada nos autos

Deveras, o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua indicação, na forma como reconhecido pela sentença, mormente porque os depoimentos dos policiais militares **Leonardo Cavarsam** e **Luiz Fernando**, testemunhas arroladas em comum, todos colhidos perante o contraditório, mostraram-se alinhados e coerentes entre si, bem como com as demais provas existentes nos autos. Os agentes da lei afirmaram, em Juízo, que flagraram o réu, em local conhecido como ponto de venda de substâncias entorpecentes, juntamente com outra pessoa, que conseguiu fugir, colocando objetos em uma sacola e empreendendo fuga. Posteriormente, conseguiram deter o réu tentando entrar em uma residência e, no local em que ele estava, encontraram as drogas mencionadas na denúncia e a arma de fogo, evidenciando os crimes pelos quais ele foi denunciado e condenado. Já os depoimentos judiciais das testemunhas **Anderson Silva**, **Givaneide Batista** e **José Orlando**, arroladas pela defesa, não encontraram respaldo no conjunto probatório, buscando tão somente tentar isentar o réu da sua responsabilidade, alegando que não o viram com as drogas nem com a arma de fogo e que ele poderia ter sido confundido com o seu irmão (fls. 188/189 – 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

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

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, inexistente 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. Inexistente qualquer impedimento ou suspeição, no Código de Processo Penal, que faça desmerecer, em princípio, depoimentos provenientes de policiais, civis ou militares, também guardas civis, de resto, sendo inconstitucional qualquer entendimento que retirasse valor, "a priori", dos depoimentos policiais, pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas de tal qualidade, é dizer, investidas em tais cargos públicos.

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

"[...]

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

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - TESTEMUNHO PRESTADO POR **POLICIAIS** - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO. - A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do

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

auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar - impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão - não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada. **VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.** Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. - O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus. (HC 73518, Relator Celso de Mello, Primeira Turma, DJe 18.10.1996) Habeas corpus. 2. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 50 dias-multa. **3. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial. 4. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes.** 5. Habeas Corpus indeferido. (HC 77565, Relator Néri da Silveira, Segunda Turma, DJe 02.02.2001)

HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. A competência para julgá-lo é do Superior Tribunal de Justiça, ficando obstaculizada a possibilidade de o jurisdicionado proceder à escolha do órgão julgador. SENTENÇA - PROVA - FLAGRANTE - **DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. Na hipótese de prisão em flagrante, exsurge com inegável valia o depoimento dos agentes policiais.** (HC 73529, Relator Marco Aurélio, Segunda Turma, DJe 06.09.1996) HABEAS CORPUS - ATO INDIVIDUAL - ADEQUAÇÃO. O habeas

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

corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. HABEAS CORPUS – REVISÃO CRIMINAL – ÓBICE – INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas corpus, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTOS – NULIDADE – AUSÊNCIA. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório. CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição. (HC 166027, Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 12.02.2021)

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

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

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

[...]

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

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

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

"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

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

de Processo Penal. Precedente: AP 973, Red. p/ acórdão, Min. Nunes Marques, DJe de 28/03/2022.

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

[...]

10. Agravo interno desprovido."

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

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

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

"**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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

V. - HC indeferido."

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

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

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. VALIDADE DA PROVA. ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL AO TRÁFICO. ORDEM DENEGADA. I. CASO EM EXAME

[...]

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

[...]

IV. ORDEM DENEGADA."

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

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADES AFASTADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE

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

JUSTIÇA - STJ. TESTEMUNHO POLICIAL. PROVA VÁLIDA. PARCIALIDADE DO DEPOIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

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

III. Razões de decidir

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

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

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

IV. Dispositivo e tese9. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A entrada em domicílio sem mandado é lícita quando há fundadas razões de flagrante delito e consentimento do morador." **2. O depoimento policial é prova idônea, salvo demonstração de parcialidade.**" 3. Ausente a discussão da

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

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

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

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

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

[...]

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

Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

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

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE UM DOS ACUSADOS. FUNDADAS RAZÕES. POSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO

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

AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ADEMAIS, **CONDENAÇÃO AMPARADA EM OUTRAS PROVAS**. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

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

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

[...]

8. Ademais, esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

[...]

17. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 14/3/2023 - DJe de 17/3/2023);

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

- O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-

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

se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do *mandamus*, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

[...]

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

[...]

- Agravo regimental não provido."

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

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

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

[...]

5. A despeito da alegação do Agravante no sentido de descredibilizar a diligência da Autoridade Policial na correta identificação do autor do fato, nenhum elemento nos autos demonstra aptidão para desconstruir a presunção de veracidade dos atos praticados pelos agentes estatais. Aliás, mutatis mutandis, a "jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016." (HC n. 608.558/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º/12/2020, DJe 7/12/2020).

6. Agravo regimental desprovido."

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

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E

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

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA CORTE ORIGINÁRIA. INCABÍVEL O CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVICÇÃO DA CORTE LOCAL LASTREADA EM VASTOS ELEMENTOS DE PROVA. **IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.** NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

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

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

[...]

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

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

Agravo regimental desprovido."

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

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

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

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

sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida.

[...]

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

[...]

7. Agravo regimental improvido."

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

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

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

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

3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneos e suficientes para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido."

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

Por isso, força convir, os depoimentos dos policiais militares 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. 05/08). 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

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

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 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

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

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

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

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

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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador -, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

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

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

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

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

Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual.

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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

que ocorrera na vida dos litigantes. Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua *função demonstrativa* (cf. TARUFFO, Michele. 'Funzione della prova: la funzione dimostrativa', in *Rivista di Diritto Processuale*, 1997).

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

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

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

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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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.*)

(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

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

juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como “a *circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”. Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).’

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

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

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

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

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

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

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

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

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a 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.

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

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

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

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

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

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

penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita. - O habeas corpus não constitui sede processualmente adequada ao reconhecimento do alibi 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 alibi, preleciona Damásio de Jesus que *'[q]uem alega deve prová-lo, sob pena de confissão'* (Código de Processo Penal anotado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer 'dúvida razoável' que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador." (STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. LUIZ FUX** – j. em 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 838/842).

a) Crime de narcotráfico:

As circunstâncias do encontro das substâncias entorpecentes, bem como as suas quantidades, além do que já se expôs, geram a convicção da posse voltada para o comércio e não a finalidade para o uso próprio, o que devidamente corroborado pelo depoimento judicial dos policiais militares, que abordaram o réu trazendo consigo, tendo em depósito e guardando as malsinadas drogas, nas circunstâncias narradas na denúncia, 228 (duzentas e vinte e oito) porções de "cocaína", pesando 235g e 200 (duzentas) porções de "crack", pesando 45g, policiais militares que, no duro, flagraram-no com a quantidade acima mencionada de substâncias entorpecentes, consoante a prova oral judicial, o que impede, de uma vez por todas, a possibilidade de se desclassificar a conduta ativa para a tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/06.

Por outro lado, o crime de tráfico de entorpecentes é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ele representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de

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

comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

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

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

[...]

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

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

INADEQUAÇÃO. Ante integração a organização criminosa, surge inadequada a observância da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. PENA – CAUSA DE AUMENTO – TRÁFICO INTERNACIONAL. A observância da causa de aumento alusiva ao caráter transnacional do tráfico de entorpecentes não exige efetiva transposição de divisas, sendo suficiente demonstração da destinação ao exterior – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006." (STF – HC 147.182/DF – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Primeira Turma – j. em 26/10/2020 – DJe de 05/11/2020);

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

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

[...]

III - **Assim, não há que se falar em absolvição ou desclassificação, visto que o delito é tipo criminal de ação múltipla, o qual se 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.

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

[...]

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

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

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

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

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

6. Agravo regimental não provido."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

com a valorização sobre estar ou não a droga embalada para venda: é que assim como a droga é embalada para a venda pelo traficante, é comprada embalada pelo usuário, ou seja, a forma como venda embalada pouco ou nada diz sobre a intenção do acusado.

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

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

6) *Antecedentes*: O sujeito que conta com maus antecedentes tem, realmente, maior chance de voltar a delinquir, eis que marginalizado, tem pouca oportunidade de ingressar no mercado de trabalho. Conforme a letra da lei, os antecedentes do sujeito são levados em seu desfavor, preferindo-se assim imputar a conduta de tráfico àqueles que já responderam ou tiveram condenação anterior pelo crime. Repudiamos tal indício de traficância, pois desrespeita a presunção de inocência quando não traz a necessidade de condenações para que se 'revele' o indício, confessa a falência da capacidade ressocializadora da pena e incrementa a estigmatização do condenado, que sempre será o primeiro suspeito ('suspeito de 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 flagram o réu, em local conhecido como ponto de venda de substâncias entorpecentes, juntamente com outra pessoa, que conseguiu fugir, colocando objetos em uma sacola e empreendendo fuga. Posteriormente, conseguiram deter o réu tentando entrar em uma residência e, no local em que ele estava,

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

encontraram as drogas mencionadas na denúncia e a arma de fogo, evidenciando a prática do crime de narcotráfico.

b) Crime da Lei de Armas:

Em relação ao crime previsto no art. 16, §1º, IV, da Lei n. 10.826/03, plenamente comprovado nos autos que o réu possuía e portava uma arma de "fogo", tipo revólver, marca "Taurus", calibre ".38 Special", com numeração suprimida, acompanhada de 05 (cinco) cartuchos íntegros, calibre ".38 SPL-NTA", da marca "CBC", fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, arma de fogo que, nos termos do laudo pericial, relativo ao exame pericial nela realizado, encontrava-se com plena eficácia para a realização de disparos e estava com o seu número de série suprimido por "lixamento intenso" (fls. 205/218).

Isto porque, os policiais militares, ouvidos em Juízo, mencionaram que, ao chegarem no local dos fatos, encontraram o réu **Danilo Pereira** e outro indivíduo não identificado, certo que ambos, ao avistarem a presença dos agentes da lei, tentaram dispensar alguns objetos e empreenderam fuga. Durante a abordagem, em revista no local, encontraram as substâncias entorpecentes já mencionadas anteriormente, a arma de fogo e as munições apreendidas.

Quanto aos crimes previstos na Lei de Armas (Lei n. 10.826/03), estes relacionam inúmeras condutas criminosas e reprováveis para fins penais, a saber: o art. 12, da Lei n. 10.826/03, relaciona a conduta de possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa; o art. 14, "caput", da Lei n. 10.826/03, relaciona as condutas de

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

portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido; o art. 16, "caput", da Lei n. 10.826/03, relaciona as condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito; o art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, relaciona as condutas de portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. Têm natureza, segundo a Doutrina e a Jurisprudência, de "crime de mera conduta e de perigo abstrato", a lei não exigindo qualquer outro requisito para a sua configuração.

Nesse sentido a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e a do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MODIFICAÇÃO SUPERVENIENTE DO QUADRO PROCESSUAL.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que a superveniente modificação do quadro processual, resultante de inovação do estado de fato ou de direito ocorrida posteriormente à impetração do habeas corpus, faz instaurar situação configuradora de prejudicialidade, justificando-se, em consequência, a extinção anômala do processo (HC 83.799-AgR, Rel. Min. Celso de Mello). Hipótese em que sobreveio o trânsito em julgado do acórdão condenatório.

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

3. O entendimento do STF é no sentido de que a posse de arma de fogo de uso restrito, de seus acessórios ou de munições constitui crime de mera conduta e de perigo abstrato cujo objeto jurídico tutelado compreende a segurança coletiva e a incolumidade pública. Precedentes.

4. Não se reconhece a incidência excepcional do princípio da insignificância ao crime de posse ou porte ilegal de munição, quando acompanhado de outros delitos, tais como o tráfico de drogas. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

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

(STF - HC 206.977-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO -
Primeira Turma – j. em 18/12/2021 – DJe de 08/02/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI 10.826/2003). EXTINÇÃO ANÔMALA DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE.

1. Esta CORTE já decidiu, reiteradas vezes, que a extinção anômala da ação penal, em Habeas Corpus, é medida excepcional, somente admissível quando prontamente identificável: (a) atipicidade da conduta; (b) ausência de indício mínimo de autoria ou existência do crime; ou (c) causa de extinção da punibilidade, o que não ocorre na presente hipótese.

2. O delito de posse de arma de fogo, de seus acessórios ou de munições 'contempla crime de mera conduta, sendo suficiente a ação de possuir ilegalmente o armamento ou a munição. Objetiva-se, assim, antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população, prevenindo a prática de crimes' (HC 127.652, DJe de 17/6/2015).

3. Delineado nos autos quadro revelador de perigo de lesão (potencial, em termos de risco) à coletividade e, por consequência, ao bem jurídico tutelado, o fato se reveste de contornos penalmente relevantes, o que afasta a alegada atipicidade material da conduta.

4. Agravo Regimental a que nega provimento."

(STF - HC 201.203-AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma – j. em 08/06/2021 – DJe de 14/06/2021).

Assim, restou comprovado nos autos que o réu possuía e portava uma arma de fogo com numeração suprimida, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, o que, por si só, configura uma das modalidades elencadas no Estatuto do Desarmamento. Ademais, a Lei Especial não exige a necessidade de nenhum outro comportamento ou requisito para a tipificação do crime previsto no art. 16, §1º, IV, da Lei n. 10.826/03, que é de mera conduta e de perigo abstrato, o bem jurídico tutelado sendo a segurança pública e a paz social. Não bastasse, o laudo pericial, relativo ao exame pericial realizado no armamento e nas munições atestou que estavam aptos para ser disparados (fls. 205/218).

De mais a mais, não há falar-se em inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

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

Inicialmente, não desconheço a discussão que circunda os chamados "crimes de perigo abstrato", em realidade de profunda densidade jurídica e que se encontra longe de uma solução consensual aceitável pela Doutrina, sendo, portanto, bastante polêmica, afinal tal debate envolve incertezas tanto no que se refere ao próprio conceito de "bem jurídico", ainda impreciso no campo político-criminal (embora muito estudado), quanto no que concerne ao conceito doutrinário relativo aos crimes de perigo abstrato, que também não é unânime.

A par da dificuldade acadêmico-doutrinária que se reflete, diariamente, nas decisões judiciais, ora se valendo de estudos doutrinários no sentido da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato (sob o viés do crescimento legislativo em formular tipos penais dessa natureza), ora se valendo de estudos doutrinários no sentido da sua constitucionalidade (sob o viés de que a sua existência vem para proteger o cidadão), a análise neste Voto cingir-se-á em examinar, tecnicamente, com base na Doutrina e no entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, os aspectos que me levam, hoje e sempre, a entender pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, especialmente aqueles previstos na Lei n. 10.826/03.

O fato é que, no meu sentir, foram por razões de política criminal que o legislador passou a prever, no Código Penal e em Leis Especiais, condutas cujo aperfeiçoamento se dá com a mera ocorrência do comportamento típico, independentemente da efetiva produção de risco ou dano dele decorrente (crimes de perigo abstrato). Por sinal, segundo relembra **BERNARDO J. FEIJÓ SÁNCHEZ**, à luz da doutrina alienígena, essa opção legislativa decorreu da percepção de que os crimes de perigo abstrato são:

"[...] aquellos en los que el legislador decide centralizar los riesgos y declarar como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas, sin exigir el tipo ninguna constatación de su peligrosidad o de su idoneidad para lesionar en el caso concreto. La conducta es descrita como peligrosa ex re o per se porque es general o estadísticamente adecuada para producir

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

lesiones."

(**Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito**, Revista da AJURIS, ano XXVI, n. 78, 2000).

Ou, nas lições de **PIERPAOLO CRUZ BOTTINI**:

"Os tipos penais de perigo abstrato num sistema penal funcionalista moderado devem ser avaliados sob uma perspectiva teleológica, que direciona toda a política criminal e define o conteúdo dos institutos dogmáticos do sistema penal."

(**Crimes de perigo abstrato**, 3ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013).

Então.

Segundo penso, o crime de que se está a tratar é um claro exemplo de dogmática penal direcionada a atender a uma política criminal de maior controle sobre um subsistema social (segurança pública), cada vez mais problemático em uma sociedade que ostenta índices alarmantes de violência. Aliás, o crime previsto no art. 16, §1º, IV, da Lei de Armas, é de extrema gravidade, sendo gerador de inúmeros outros crimes, tais como: roubos, homicídios, latrocínios, etc., praticados por aqueles que têm posse ou porte de armas, munições e acessórios, quer legais ou ilegais, tudo a reforçar este primeiro ponto. Até porque, se levássemos ao extremo de querer descriminalizar todas as condutas tidas de "perigo abstrato", cairíamos no contrassenso de descriminalizar (pela declaração da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato), também, o crime de tráfico de drogas!

No duro, a tipificação de condutas que geram perigo abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos supraindividuais ou de caráter coletivo, os quais são extremamente importantes e que devem, sem dúvida nenhuma, ter tratamento diferenciado pelo legislador ordinário, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde, dentre outros. Portanto, pode o legislador, dentro de suas

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

amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.

Afinal, "in casu", o potencial lesivo dos armamentos, a violência latente nas armas de "fogo" e as estatísticas de violação à vida com tais instrumentos tornam a questão da regulação tema prioritário a se tratar pelo Estado. Por ter a já referida finalidade exclusiva de gerar violência, a questão não pode ser vista de modo dissonante da realidade, tampouco com vistas a se reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo.

Por derradeiro, com o escopo de condensar muito do que se expôs sinteticamente acima, trago à colação o brilhante Voto, uma verdadeira aula, do **Min. GILMAR MENDES**, que, no julgamento do HC 104.410/RS, trouxe inúmeras considerações sobre o crime de perigo abstrato, a sua constitucionalidade, inexistência de violação ao princípio da lesividade, análise à luz do princípio da proporcionalidade (especialmente em se tratando de crimes previstos na Lei de Armas) e noções sobre o controle de (in)constitucionalidade da Lei Penal, a saber:

"[...]

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria

As opiniões dividem-se em duas correntes básicas.

Alguns entendem que o crime de porte de arma de fogo constitui delito de perigo abstrato e, portanto, a incidência da norma penal independe de a arma estar ou não municiada.

Outros são contundentes ao defender, com base no princípio da lesividade, que o fato de a arma estar desmuniada não constitui suporte para o tipo do crime de porte ilegal de arma de fogo, visto que, nesse caso, não haveria a ofensividade necessária ao preenchimento do tipo em seu aspecto material.

O tema foi objeto de apreciação pela Primeira Turma desta Corte, tendo como base o art. 10 da Lei 9.437/1997.

No julgamento do RHC 81.057/SP, Rel. Orig. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence (DJ 29.4.2005), a jurisprudência da Primeira Turma firmou-se no sentido de que **'configura fato atípico o porte de arma desmuniada e sem que o agente tenha a pronta disponibilidade da munição'**.

O Ministro Sepúlveda Pertence concluiu, em seu voto condutor, que:

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

(1) 'se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo';

(2) 'ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica'.

A ementa do acórdão bem resume as conclusões a que chegaram os Ministros no julgamento em referência:

'Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato:

1. Para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de mera conduta – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação – não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.

2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte.

3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo.

4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça – pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos – da faca à pedra e ao caco de vidro –, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena.

5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade:

(1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo;

(2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica'.

Como se vê, nesse julgamento foram amplamente debatidas as teorias modernas a respeito do princípio da lesividade, a exigir, para

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

a configuração do fato típico, a efetiva ou a potencial lesão ao bem jurídico penal tutelado, assim como, no caso específico do porte ilegal de arma, a distinção entre ofensividade e poder de intimidação. Deixou-se consignado, tal como delineado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que esses princípios – lesividade e ofensividade –, como princípios gerais de interpretação da lei penal, *'hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte'*. De outro norte, alinhando-se à tese de que ***'o crime de porte de arma de fogo constitui delito de perigo abstrato, consumando-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo à sociedade, pois o dano é presumido pelo tipo penal'***, tem-se os seguintes precedentes: HC 104.206, rel. Min. Cármen Lúcia; e RHC 91.553, rel. Min. Ayres Britto.

3. Princípio da Ofensividade como Vetor Interpretativo e de Aplicação da Lei Penal

Não tenho dúvida de que o princípio da ofensividade vincula toda a atividade de interpretação da lei penal. E, com mais razão, deve orientar a própria aplicação da lei penal.

Ipsa facto, deverá o juiz, diante das circunstâncias específicas do caso concreto que lhe foi posto para julgamento, aferir o grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, para só então ferir a tipicidade (material) da conduta supostamente criminosa. A simples adequação formal fato/norma não é suficiente para qualificar como delituosa a conduta do agente.

Não tenho a intenção de repisar todos os argumentos que já foram objeto dos votos dos eminentes Ministros desta Corte. **Não obstante, creio que o Tribunal pode evoluir nessa fundamentação, para consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal.**

Consolidar essa linha de argumentação será o intento primordial das análises seguintes.

4. Controle de constitucionalidade de leis penais

4.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: as margens de ação conferidas constitucionalmente ao legislador em matéria penal e sua limitação pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas.

Mencionem-se, a propósito, as seguintes disposições constantes do art. 5º:

'XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os

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

executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;'.
Também o art. 7º, inciso X, contempla norma clara a propósito:

'Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa'.

Em sentido idêntico dispõe o art. 227, §4º, da Constituição:

'Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.'

Também o art. 225, §3º, dispõe de forma semelhante:

'Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações.

(...)

§3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados'.

Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos.

Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.

Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida,

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos.

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.

Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador.

Como bem anota Luciano Feldens, os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Registre-se que os mandatos de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam orientações assemelhadas (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, 'c', e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I).

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo 'catálogo' de mandatos de criminalização expressos de que se tem

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da norma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricionariedade legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será *adequado* caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser observada na segunda decisão sobre o aborto (BverfGE 88, 203 1993). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

'O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

(...)

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...)'.

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (*Untermassverbot*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

Esses argumentos serão analisados no tópico seguinte.

4.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade

O Direito Penal é certamente o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos.

Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual, e que, portanto, o Direito Penal e o Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotados de menor potencial ofensivo.

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.

Esse entendimento pode ser traduzido segundo o postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual, como ensina Alexy, 'pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*'.

A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: *quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional*.

Essas são as premissas para a construção de um modelo exigente

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade.

Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã.

Na famosa decisão (*Urteil*) *Mitbestimmungsgesetz*, do Primeiro Senado, de 1º de março de 1979, prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – BVerfGE 50, 290 –, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico.

O Tribunal deixa ressaltado, não obstante, que *'a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da "Grundgesetz" (BVerfGE 50, 290).*

Assim, conclui o Tribunal que *'a tarefa (do controle de constitucionalidade) consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social' – ou político-criminal, se quisermos contextualizar essa afirmação – 'que devem permanecer reservadas ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador' (BVerfGE 50, 290).*

Esse controle de evidência foi delineado também na decisão BVerfGE 77,170 (*Lagerung Chemischer Waffen*), na qual o Tribunal deixou assentado o seguinte entendimento:

'Para o cumprimento dos deveres de tutela (Schutzpflichten) derivados do Art. 2, II, 1 GG, cabe ao Legislativo, assim como ao Executivo, uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação (poder discricionário), que também deixa espaço para, por exemplo, dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes.

Essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo'.

Assim, o Tribunal fixou o entendimento de que a admissão de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) pressupõe a demonstração, *'de maneira concludente, que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção'.*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

Assim, um controle de evidência em matéria penal será exercido pelo Tribunal com observância da ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico penal. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade deve basear-se na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política criminal.

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (BVerfGE 50, 290).

Também na decisão *Mühlenstrukturgebiet* (BVerfGE 39, 210), o Tribunal Constitucional alemão fixou esse entendimento, nos seguintes termos:

'O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação (discricionariedade) na avaliação dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade da ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da ciência econômica ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as medidas legislativas [BVerfGE 25, 1 (17); 38, 61 (87)]. Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações (dados da realidade social) possível ao legislador quando da elaboração da lei [BVerfGE 25, 1 (12 s.)]. Contanto que ele tenha usado os meios de estudo que lhe estavam à disposição, os (eventuais) erros (que vierem a ser revelar no futuro, n. org) sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados'.

Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o

legislador valeu-se de sua margem de ação de 'maneira sustentável'. Nesse sentido, uma das decisões mais importantes da Corte alemã pode ser encontrada no famoso caso *Cannabis* (BVerfGE 90, 145), em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *canabis* sativa. Ao analisar o caso sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, que incide com maior rigor no exame de um dispositivo penal, a Corte enfatizou que cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para o alcance do fim almejado, o que pressupõe também a discricionariedade para a realização de prognósticos quanto às consequências da medida adotada. Os argumentos utilizados estão bem representados no seguinte trecho da decisão:

'Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade

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

oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. BVerfGE 75, 108 (154 s.); 80, 137 (153)].

Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203 (258)].

Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a Grundgesetz caracteriza como 'inviolável', é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior [BVerfGE 22, 180 (219); 58, 208 (224 et seq.); 59, 275 (278); 60, 123 (132)], elas, em geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173, 176)].

Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, como na avaliação e prognóstico a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem (discricionária) de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal – dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo – poderá revisar somente em extensão limitada (cf. BVerfGE 77, 170 (215); 88, 203 (262)).

Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92)]. A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGE 48, 396 (402); 83, 1 (19)). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG [cf. BVerfGE 45, 187 (228)], e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados [cf. BVerfGE 54, 100 (108)].

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

É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da Grundgesetz [cf. BVerfGE 80, 244 (255)]'.

No caso, o *Bundesverfassungsgericht*, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para se alcançar a redução do consumo de *canabis*

poderia: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da *canabis* e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele

estágio do conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal que, *'se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de cannabis sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei'*.

Dessa forma, não se pode deixar de considerar que, no âmbito desse denominado controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.868/99.

Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – os quais serviram de pressuposto da atividade legislativa – que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

margem de ação de maneira sustentável e justificada.

No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

Essa fase do controle foi efetivamente definida na citada decisão *Mitbestimmungsgesetz* (BVerfGE 50, 290), mas já havia ficado explicitada na célebre decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377, 1958), em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão. Na ocasião, o Tribunal assim fixou seu entendimento:

'As limitações ao poder regulamentar, que são derivadas da observância do direito fundamental, são mandamentos constitucionais materiais que são endereçados, em primeira linha, ao próprio legislador. Sua observância deve ser, entretanto, fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal. Se uma restrição da livre escolha profissional estiver no 'último degrau' (dos pressupostos objetivos de sua admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevalecente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo. Ele deve, além disso, também examinar se justamente a intervenção perpetrada é inevitavelmente ordenada para a proteção do referido bem; em outras palavras, se o legislador não poderia ter efetivado a proteção com regulamentações de um 'degrau' anterior.

Contra um exame no último sentido supra declinado objetou-se que ele ultrapassaria a competência de um tribunal, pois um tribunal não poderia avaliar se uma medida legislativa certa seria ordenada, vez que ele não poderia saber se haveria outros meios igualmente eficazes e se eles poderiam ser realizados pelo legislador. Isso só poderia ser feito quando se conhecem não somente todas as relações sociais a serem ordenadas, como também as possibilidades da legislação. Essa concepção, que pretende, principalmente a partir de considerações pragmáticas, limitar a competência do Tribunal Constitucional Federal é, por vezes, teoricamente fundamentada com a informação de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, interferiria na esfera do legislador, e com isso se chocaria contra o princípio da divisão de poderes.

O Tribunal Constitucional não pode concordar com essa posição.

Ao Tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se à esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

e acabar com a sua função atribuída pela Grundgesetz.

A exigência frequentemente feita nesse contexto segundo o qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente decidir, não resolveria o problema ora em pauta. Tal exigência tem em vista o caso (normal) de um direito fundamental que não se constitui de uma área de proteção gradual (como, p. ex., na decisão BVerfGE 2, 266). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse 'inexoravelmente obrigatória'. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os 'meios igualmente adequados', que corresponderem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais frequentes escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida'.

Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador.

Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal – que *prima facie* constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

5. Análise do caso

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

5.1. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade

Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico.

Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico.

Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer. O legislador, dessa forma, formula uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger. O perigo, nesse sentido, não é concreto, mas apenas abstrato. Não é necessário, portanto, que, no caso concreto, a lesão ou o perigo de lesão venham a se efetivar. O delito estará consumado com a mera conduta descrita no tipo. Com isso, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação mantida entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da lesividade ou ofensividade, ou mesmo da culpabilidade e da presunção de inocência, os quais, não há dúvida, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade.

A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato, por isso, deve ser objeto de rígida fiscalização a respeito da sua constitucionalidade; especificamente, sobre sua adequação ao princípio da proporcionalidade.

A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz, para proteção de bens jurídico-penais supra-individuais ou de caráter coletivo, como o meio ambiente, por exemplo. A antecipação da proteção penal em relação à efetiva lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. Cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade dessa atividade legislativa em matéria penal, de acordo com os parâmetros a seguir delineados.

Em primeiro lugar, no âmbito de análise segundo a máxima da *adequação*, é possível constatar que não serão idôneos para a proteção de determinado bem jurídico os atos legislativos criadores de tipos de perigo abstrato que incriminem meras infrações administrativas, as quais não têm aptidão para produzir, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico em questão. Isso quer dizer que os crimes de perigo abstrato devem restringir-se aos comportamentos que, segundo os diagnósticos e

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

prognósticos realizados pelo legislador com base em dados e análises científicas disponíveis no momento legislativo – e daí a importância da verificação de fatos e prognoses legislativos em sede de controle judicial de constitucionalidade – geralmente configuram perigo para o bem jurídico protegido, estando descartados aqueles que apenas de forma excepcional podem ensejar tal perigo. Conforme as lições de Aguado Correa:

'Como conclusión, podemos afirmar que serán idóneos los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos cuando, según la forma y la intensidad de los ataques, sea necesaria su protección frente a peligros abstractos; cuando se trate de prohibir comportamientos que no afectan de modo alguno al bien jurídico correspondiente serán inidóneos. Por otra parte, únicamente será idónea la prohibición penal de

acciones peligrosas en abstracto cuando las distintas formas de actuación que se prohíben normalmente supongan un peligro para el bien jurídico protegido y no cuando tan solamente en casos excepcionales puede suponer un peligro para el mismo'.

Nesse sentido, segundo a máxima da *necessidade*, quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas para os direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade. Meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve operar apenas como *ultima ratio*.

Assim, como explica Aguado Correa:

'Para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de ofensividad es necesario: por una parte, que a través de los mismos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, es decir, constitucionalmente legítimos y dotados de una especial relevancia social, puesto que implican una ampliación muy importante de la tutela penal; por otra parte, que a través de los delitos de peligro abstracto se tipifiquen aquellas conductas que aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico que se trata de proteger, y no aquellas conductas que sólo en algunos casos aparecen como peligrosas; en último lugar, que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido'.

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, deverá ser verificado se a restrição a direitos fundamentais como resultado da incriminação de comportamentos perigosos em abstrato pode manter uma relação de proporcionalidade com a proteção do bem jurídico em questão alcançada pela medida normativa de caráter penal. Em outros termos, quanto maior for a intervenção penal em direitos fundamentais dos afetados, maior deverá ser a efetiva proteção do bem jurídico por ela almejada. Nas palavras de Aguado Correa:

'el tercer nivel del principio de proporcionalidad en sentido amplio pretende ser un control de signo opuesto de aquellas medidas que han sido consideradas idóneas y necesarias, en el sentido de si los medios utilizados, que son los que causan esa restricción de derechos fundamentales en los afectados,

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

se encuentran en una relación de proporción con la protección del bien jurídico que a través de los mismos se pretende alcanzar. Este examen puede llevar a la conclusión de que un medio en principio idóneo y necesario para la protección del bien jurídico, no debe ser utilizado porque el menoscabo de derechos fundamentales del afectado que conlleva supera el aumento de protección del bien jurídico, de manera que la utilización de dicho medio de protección puede ser reputado desproporcionado. Ello implica que bajo determinadas circunstancias se deja de proteger legítimamente el bien jurídico porque, de lo contrario, se produciría un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales'.

Com efeito, à luz das premissas anteriormente expostas, mister se faz a análise contextual da norma em questão.

5.2. DOS CONTROLES DE EVIDÊNCIA, SUSTENTABILIDADE OU JUSTIFICABILIDADE E MATERIAL DE INTENSIDADE (PROPORCIONALIDADE)

Afigura-me que as razões expostas superam os antes proclamados juízos de controle de evidência e sustentabilidade ou justificabilidade. Afinal, a proposição da política pública em questão encontra ressonância em estudos diversos e ecoa dentro do anseio popular. Em tese, há legitimidade no uso da discricionariedade do legislador. Afinal, são de todos conhecidos e alarmantes os índices de violência no país. A criminalidade atua de modo a subverter os princípios do Estado Democrático de Direito, obrigando os cidadãos, principalmente nos grandes centros, a viverem intramuros, intranquilos e inseguros. Remanescem a verificação do controle de adequação e a necessidade da medida, aferindo-se se o propósito almejado realmente pode ser obtido com a medida proposta, e se ao legislador não caberia selecionar outro meio de igual ou superior eficácia, que não restrinja ou restrinja menos o direito fundamental. Esse juízo valorativo aproxima-se, e muito, ao próprio caráter fragmentário/subsidiário do Direito Penal.

Diante desse contexto, cabe renovar a questão inicial: é legítima a criminalização do porte de arma desmuniada?

A resposta negativa se impõe, pois a dinâmica dos fatos verificados no cotidiano tem demonstrado que a simples apreensão e a aplicação de sanção pecuniária não são o bastante para coibir o uso e o porte da arma de fogo e, por conseguinte, reduzir os índices de violência.

Consigne-se que a majoração das penas, mediante qualificação de determinadas condutas tipificadas, quando consumadas com o emprego de arma de fogo (art. 157, §2º, I, CP; art. 158, §1º, CP), também, não se mostrou suficiente para coibir suas práticas.

Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. **Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta.** É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.), *concessa venia*, tem inerente à sua natureza a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto.

É inquestionável que o resultado morte ou lesão – ou mesmo a ameaça – pode ser obtido pelos mais diversos objetos e formas que a mente humana é capaz de se utilizar, mas, no caso da arma de fogo, pela sua própria natureza, o legislador resolveu distingui-la e

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

erigi-la como tipo autônomo. O legislador, na verdade, antecipou-se aos possíveis e prováveis – isso me parece que deve ficar claro, pois é o ordinário – resultados lesivos. No caso, essa antecipação encontra sustentação no próprio objeto incriminado, pois ninguém se utiliza de arma com outra finalidade senão aquela para a qual foi concebida.

E mesmo aqueles que dela se apossam para se defender, comprovam as estatísticas, têm cumprindo finalidade diversa, ora sendo objeto de acidentes domésticos, ora servindo para alimentar o comércio clandestino.

Inabalável, igualmente, a lesividade à paz social. E o argumento de que ela é ínsita a todo e qualquer delito, não desautoriza seu relevo como bem a tutelar, ao revés, confirma-o e ratifica sua distinção como fato apto a merecer a proteção do Direito Penal. Diversa seria a situação se o objeto, de per si, não causasse qualquer abalo à paz social, como, por exemplo, o caco de vidro, a faca (aceitos socialmente, mormente pela utilidade ordinária diversa).

Da mesma sorte e sem deslusto aos que divergem na linha de raciocínio, penso que seu poder de intimidação sobre as pessoas representa potencial lesão à paz social e à segurança pública.

Ad argumentandum, ainda, segundo Miguel Reale Junior: 'o direito valora e protege os bens segundo as pautas valorativas positivamente configuradas em seus comandos, os quais se dirigem à vontade dos destinatários da norma. Como o direito, com o fim de proteger bens, exerce função reguladora das vontades individuais, apenas quando há uma possibilidade de relacionamento entre a norma e a vontade a ser regulada, é que pode ocorrer uma contrariedade ao direito'. Portanto, não há que se falar em responsabilidade penal objetiva, pois ao cidadão remanesce espaço de autodeterminação. A ele é factível, possível e desejável que se abstenha de usar ou portar arma.

Podemos, sim, poetizar sobre a arma de fogo, mas é inexorável que sua natureza é letal e, com efeito, no plano teórico, respalda uma preocupação legítima do legislador de coibir seu uso, seu porte e sua posse.

Não descuro da realidade, inclusive daquela formada por situações possíveis de ocorrer nos mais diversos rincões deste país e que, em tese, ainda que subsumidas à tipicidade formal, são desprovidas de qualquer significação social.

A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

Devemos cindir a questão em dois momentos: da elaboração da norma incriminadora e da aplicação do direito ao caso concreto. Aliás, como sói ocorrer em todas as situações abarcadas pelo direito. Assim, a questão, ao meu sentir, não reside na tipificação da conduta, mas na aplicação do direito aos diversos fatos que se verificam no cotidiano. Na avaliação concreta realizada pelo juiz, ao pretensamente realizar um juízo de subsunção do fato à norma.

A corroborar, ao menos em linha de princípio, colho a doutrina de Lênio Luiz Streck:

'Para exemplificar, chamo a atenção para o caso de uma regra jurídica como a do art. 509 do Código Penal da Espanha, punindo todo aquele que *tuviera en su poder ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o*

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

conservación. Ninguém discutirá que estará sujeito à penalidade aquele que for detido no pátio de uma casa, em circunstâncias que apontem para o fato de que estava colocando em risco bens jurídicos patrimoniais de terceiros (aqui não se está questionando a liberdade de conformação do legislador, isto é, não se coloca em xeque a escolha dos fins e meios para a punição da conduta e também não se questiona, no plano geral, as políticas de combate aos crimes contra o patrimônio). Também não se discutirá a hipótese do enquadramento no tipo penal daquele que for detido já em plena utilização dos referidos instrumentos, uma vez que os pré-juízos legítimos, que conformam o modo-de-ser-no-mundo dos juristas, apontam para o sentido – que é trazido pela tradição na qual estamos desde sempre inseridos – do que seja 'instrumento próprio para o cometimento de furto', 'o significado de proteção à propriedade privada', 'crime', 'norma jurídica', 'teleologia da regra' 'função do direito penal', etc. Está-se diante, assim, da resposta correta para cada uma das hipóteses. Não haverá, portanto, qualquer dificuldade para procurar a resposta, porque, antes disso, já foi encontrada pelo intérprete. Antes de procurar, ele já a achou.

Mas essa fusão de horizontes pode se mostrar malsucedida, na hipótese de ocorrer a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos (esta demanda só ocorre para quem tem condições de identificar os falsos pré-juízos como tais). Sendo mais claro, aqui me refiro às ocorrências do mundo prático que superem a situação ou situações consideradas *standard*, o que implica perguntar: estaria correto dizer que qualquer indivíduo que seja detido transportando instrumentos aptos para cometer furtos e não dê conta dessa posse estaria 'subsumido' no aludido tipo penal? Antes de tudo, é possível afirmar que, no âmbito das respostas proferidas a partir de raciocínios causais-explicativos, a simples posse dos instrumentos e o 'não dar conta' da aquisição ou 'transporte' dos mesmos, já seria suficiente para o enquadramento. É o que se chamaria de 'caso simples'.

Entretanto – e aqui aparece o problema da distinção entre casos simples e casos complexos –, uma pré-compreensão forjada no paradigma de um direito penal garantista demandará uma resposta que vá além do que 'onticamente objetivamos'. Mas isso somente ocorre quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca, o que não acontecerá nos casos em que sequer nos perguntamos acerca das razões pelas quais a resposta é aquela. Trata-se da hipótese de horizontes distintos, que provocará o 'choque hermenêutico', que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal). Como já referido, esse 'choque hermenêutico' faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho (como demonstrarei mais adiante, é quando um *hard case* se transforma em um *easy case*, o que comprova a inadequação hermenêutica de tal distinção).

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

Pois é nesse exato sentido que deve ser examinado o exemplo anterior, acrescido, agora, desse elemento provocador do estranhamento, isto é, no caso de alguém ser detido na posse de *ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*, em plena via pública, em decorrência de uma blitz feita pela polícia. Parece que, aqui, emerge claramente a 'insuficiência da regra', isto é, no caso em tela, está-se diante de uma fusão de horizontes que não encontra guarida na mera objetivação. Está-se, assim, diante de uma demanda significativa que só pode ser atendida a partir da compreensão da dupla estrutura da linguagem.

Estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica (legítima) do direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional.

O caso concreto demanda uma série de análises, que ultrapassam o raciocínio causal explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demanda da pelo estranhamento que provoca essa nova situação. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional do dispositivo legal com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia. Deve-se sempre perguntar se, à luz da Constituição, a regra jurídica é aplicável à hipótese (ao caso)'.
Com efeito, no presente caso, voto pelo indeferimento da ordem."

(STF – HC 104.410/RS – **Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 06/03/12 – DJe de 27/03/12).

E, no caso, ficou evidente que o crime de porte ilegal de arma de fogo e munições de uso proibido é autônomo em relação ao crime de narcotráfico. Com efeito, nada indica que a referida arma de fogo seria utilizada como meio ou para facilitar a prática do crime de narcotráfico, certo que foram apreendidas em local próximo às substâncias entorpecentes encontradas, mas não juntamente com elas, configurando-se desígnios autônomos. Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE OU POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 40, INCISO IV, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA MAJORANTE. NEXO FINALÍSTICO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONCURSO MATERIAL. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

[...]

3. Tese: "**A majorante do art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006**

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

aplica-se quando há nexó finalístico entre o uso da arma e o tráfico de drogas, sendo a arma usada para garantir o sucesso da atividade criminosa, hipótese em que o crime de porte ou posse ilegal de arma é absorvido pelo tráfico. Do contrário, o delito previsto no Estatuto do Desarmamento é considerado crime autônomo, em concurso material com o tráfico de drogas".

4. Esta Corte, por meio das turmas que compõem a Terceira Seção, firmou o entendimento de que, quando o uso da arma está diretamente ligado ao sucesso dos crimes previstos nos artigos 33 a 37 da Lei de Drogas, ocorre a absorção do crime de porte ou posse de arma de fogo. Assim, sempre que houver um nexó finalístico entre a conduta relacionada ao tráfico e a posse ou porte de arma de fogo, não se aplicará o concurso material.

5. Esse entendimento parte da premissa de que a posse ou porte de arma de fogo, nesses casos, é apenas um meio instrumental para viabilizar ou facilitar a prática do crime de tráfico de drogas. A arma de fogo, nesse contexto, não é considerada um delito autônomo, mas uma ferramenta essencial para a execução do crime principal, ou seja, o tráfico. Dessa forma, a conduta referente à arma de fogo é absorvida pela prática do outro delito, evitando, assim, a duplicidade de punição. Essa interpretação busca garantir uma aplicação mais coerente das penas, de modo a evitar a sobrecarga penal injustificada quando os crimes estão intrinsecamente conectados.

[...]

7. Recurso especial desprovido."

(STJ – REsp 1.994.424/RS – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Terceira Seção – j. em 27/11/2024 – DJe de 15/04/2025);

"DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INGRESSO DOMICILIAR SEM MANDADO. FUNDADAS RAZÕES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SÚMULA 7 DO STJ. ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO PELA CAUSA DE AUMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

I. Caso em exame

.

[...]

7. O crime de porte ilegal de arma de fogo não foi absorvido pelo tráfico de drogas, pois não ficou comprovado o uso da arma para assegurar o sucesso da mercancia ilícita, configurando crime autônomo.

[...]"

(STJ – REsp 2.048.655/RS – **Rel. Min. Daniela Teixeira, Rel. para acórdão Min. Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 11/03/2025, DJe de 20/03/2025);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RECEPÇÃO. PLEITO DE ABSORÇÃO DO CRIME DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO PELA MAJORANTE DO

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

INCISO IV DO ART. 40 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS RECONHECIDOS NA ORIGEM. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE A SER SANADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADO PELA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS INCABÍVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Reconhecido os desígnios autônomos no cometimento dos crimes de porte ilegal de arma de fogo e de tráfico de drogas, mostra-se cabível o reconhecimento do concurso material, sendo inviável a absorção do crime previsto no Estatuto do Desarmamento e a aplicação da majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no AREsp n. 2.413.924/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 30/10/2023).

[...]

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 942.052/PE – **Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro** – Sexta Turma – j. em 05/03/2025 – DJe de 11/03/2025).

Assim, inexistindo qualquer transborde dos limites da proporcionalidade pelo legislador ordinário, pois o crime de posse ou porte ilegal de arma e inúmeros outros crimes de perigo abstrato, como o tráfico de drogas, são extremamente graves e merecem o tratamento severo pelo legislador, afasta-se a eventual tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Assim, convincente o quadro probatório, nada existe para ser revisto quanto às materialidades e às autorias criminosas. À mesma conclusão chegou a sentença:

"[...]

É o relatório. Fundamento e decido.

A pretensão punitiva é procedente.

Materialidade inequívoca como se vê do auto de prisão em flagrante (fls. 04), boletim de ocorrência (fls. 27/30), auto de exibição e apreensão (fls. 15/16), auto de constatação preliminar (fl. 17), fotografias (fls. 19/28), exame químico toxicológico (fls. 112/114), com resultado positivo para cocaína e crack, laudo de arma de fogo de fls. 205/218, atestando sua potencialidade lesiva e supressão/adulteração da sua numeração, além da prova oral produzida.

A autoria é certa.

Os policiais militares oficiais Luiz Fernando Calixto Shenki e Leonardo Cavarsam Costa, responsáveis pela prisão dos réus e apreensão dos entorpecentes, arma de fogo e munições, ao serem

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

ouvidos pelo Delegado de Polícia, apresentaram depoimentos firmes e substanciais, confirmando os fatos exatamente como narrados na denúncia, corroborando a acusação (fls. 05/06 e 07/08).

Em juízo, reiteraram o quanto narrado na fase policial.

O Policial Militar Luiz Fernando Calixto Shenki relatou "que no dia dos fatos estava em patrulhamento de rotina pelo bairro conhecido como Ilha das Caieiras, visando coibir o tráfico de drogas. Atesta que adentraram no bairro pela Avenida São Francisco de Assis, via principal, e quando ingressaram na Rua Cássia Eller, a direita, conseguiu visualizar, ainda embarcado na viatura, dois indivíduos em um terreno entre a via supracitada e com a Rua Waldick Soriano, ponto conhecido como de traficância. Ao avistarem a aproximação da viatura, o acusado agachou, tirou um objeto da cintura e o alocou embaixo de alguns entulhos, deslocou-se até uma sacola, junto ao segundo indivíduo e guardou algo no seu interior. Diante da fundada suspeita, desembarcaram da viatura, momento em que os suspeitos se evadiram. Enquanto alguns agentes da lei saíram no encalço dos indivíduos, atesta que foi até o terreno, localizando a sacola com os entorpecentes. Confirma que o acusado foi capturado quando estava tentando entrar em uma residência na Rua Waldick Soriano. Inquirido informalmente, o réu DANILO confessou que estaria na traficância desde a manhã do dia dos fatos. Posteriormente a captura do acusado, retornou ao terreno e dirigiu-se até o primeiro local em que viu o réu escondendo algo, onde localizou o armamento apreendido" (cf. fls. 05/06 e arquivos digitais).

No mesmo sentido foi o depoimento prestado pelo Policial Militar Leonardo Cavarsam Costa, o qual "esclareceu que no dia dos fatos estavam em patrulhamento pelo bairro visando coibir a prática da traficância, quando ao se aproximarem dois indivíduos se evadiram, deixando uma sacola com objetos em um terreno. Diante da fuga, saiu no encalço dos suspeitos, alcançando apenas o acusado, que tentava adentrar em uma residência. Atesta que os outros policiais localizaram uma sacola com entorpecentes e o armamento apreendidos. Atesta não ter dúvidas de que o réu era a mesma pessoa que foi vista no terreno e empreendeu fuga" (cf. fls. 07/08 e arquivos digitais)

De proêmio, ao contrário do alegado pela defesa, tais declarações, colhidas na fase judicial, e com a garantia do contraditório, estando em conformidade com as demais provas dos autos e inexistindo quaisquer indícios que demonstrem intenção dos depoentes em incriminar inocentes, merecem credibilidade como elemento apto à formação da convicção do magistrado.

Nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais Superiores: STF, RTJ 68/54; STJ, HC 149.540/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 12/04/2011, DJe 04/05/2011.

Para afastar-se a sua presumida idoneidade seria preciso constatar divergências sérias em seus relatos ou demonstrar alguma desavença séria com o réu que os tornassem suspeitos ou capazes de prejudicar inocentes. Cabendo à Defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova (HC nº 165.561/AM, rel. Min. Nélfi Cordeiro, j. em 2.2.2016).

Mas disso não se cuidou aqui.

Já a testemunha de defesa Anderson Silva Arnold, cunhado do acusado, esclareceu que no dia dos fatos estavam em sua residência repousando quando os Policiais Militares capturaram o réu, que já estava no interior do imóvel, conduzindo-os até o lado de fora.

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

Atestou que realizaram buscas no imóvel e revista pessoal, e que posteriormente chegaram com a sacola dos entorpecentes em mãos. Sustenta que o acusado pode ter sido confundido com seu irmão de nome Felipe, o qual faz parte da traficância.

Entretanto, negou que Felipe estivesse na residência no dia dos fatos (cf. arquivos digitais).

Givaneide Batista dos Santos, também testemunha de defesa, vizinha de porta do acusado, esclareceu que reside em uma casa que fica no mesmo terreno do acusado, e relatou que no dia dos fatos estava na porta da sua residência e viu o momento em que os Policiais chegaram para revistá-lo, não vendo nada com o réu. Posteriormente os agentes da lei trouxeram uma sacola com os entorpecentes e a arma de fogo (cf. Arquivos digitais).

Por fim, a testemunha arrolada pela defesa, José Orlando de Jesus Andrade, esclareceu que conhece o acusado desde pequeno e afirma que ele não é envolvido com o tráfico de drogas. Atesta que no dia dos fatos estava em sua residência e escutou um movimento, saindo para a rua, quando viu os agentes da lei revistando o acusado em frente à sua casa. Tem convicção de que o réu foi confundido com seu irmão, que faz parte da traficância (cf. arquivos digitais).

Não socorre o acusado os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, uma vez que nenhuma delas afirma de modo convincente que o irmão do acusado, de nome Felipe, estava no local, ou mesmo nas redondezas, no momento da prisão em flagrante do irmão, o réu DANILO.

Todos também não presenciaram o início da abordagem policial perto do terreno baldio.

Fato é que tais versões foram oferecidas com o nítido propósito de afastar a responsabilidade de DANILO pelos fatos narrados na exordial, sem falar que completamente estranha a conduta das testemunhas arroladas, uma vez que, caso realmente tivessem presenciado tamanha injustiça contra o acusado, não compareceram na Delegacia de Polícia para narrar o que viram.

O acusado, a ser ouvido em solo policial, disse "que se encontrava no interior da sua residência durante a tarde dos acontecimentos, oportunidade em que estava acompanhado da sua namorada, JÚLIA OLIVEIRA SANTANA, e do seu cunhado, ANDERSON. Que a sua namorada o havia entregado a importância de R\$ 2,00 (dois reais) para que saísse e comprasse um refrigerante. Que, quando estava prestes a deixar a sua residência para atender ao pedido da sua namorada, uma guarnição da Polícia Militar apareceu no local e o abordou, juntamente com o seu cunhado, ainda no quintal do imóvel. Que prontamente atendeu aos comandos de parar de frente para a parede e de colocar as mãos sobre a cabeça. Que foi revistado pelos policiais militares, que não lograram encontrar nada de ilícito em posse do interrogado ou de seu cunhado. Que os agentes públicos ainda permaneceram no interior do imóvel durante algum tempo, realizando buscas. Que, posteriormente, um dos policiais apareceu de posse de uma sacola plástica contendo diversas porções de entorpecentes em seu interior e de um revólver com a numeração suprimida.

Que não sabe informar onde os aludidos objetos foram localizados, mas que, até onde tem conhecimento, as buscas se limitaram ao interior do imóvel. Esclarece que o imóvel em questão é composto por quatro residências distintas, sendo uma delas a casa do interrogado. Que, na sequência, foi conduzido a esta Central de

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

Polícia Judiciária pelos policiais militares. Que as demais pessoas que se encontravam na companhia do interrogado foram liberadas pelos milicianos. (fls. 07 e 10).

Em juízo, o réu DANILO, em suma, negou a prática dos delitos, afirmando que estava em sua residência com sua esposa e cunhado, prestes a sair quando foi abordado pelos policiais militares, não tendo relação com os entorpecentes e o armamento apreendidos. Afirma que seu irmão Felipe é envolvido com a traficância, mas não estava no local no momento e que não tem muito contato com este, não sabendo declinar seu atual endereço.

A negativa de autoria não convence, tratando-se de versão fantasiosa.

O réu e as testemunhas por ele arroladas não conseguiram, minimamente, demonstrar a presença do irmão Felipe no local e no momento da prisão em flagrante do réu DANILO.

A versão do falso álibi não convence este juízo.

Fato é que os agentes públicos apresentaram relatos uníssomos corroborando a acusação, ressaltando que era o réu DANILO (e não o irmão ou qualquer outra pessoa) quem realizava o tráfico de drogas no momento da visualização inicial, não havendo nenhum indício de que atuaram para prejudicar o acusado.

Ressalto que a quantidade de entorpecente apreendido, bem como o modo como estavam acondicionados, próprios para a venda, em local conhecido como ponto de traficância, corroborado pela ausência de petrechos destinados ao consumo, denota, sem dúvidas, o intuito mercantil.

E, diante da extensiva tipificação penal, não se exige qualquer ato de comércio para a incidência no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, bastando que a conduta do agente conste dentre os núcleos verbais nele referidos, no presente caso, aquele de "trazer consigo, transportar e guardar" as substâncias entorpecentes, para o fim de entrega a consumo de terceiros."

Assim, ainda que não surpreendido em plena traditio, o crime de tráfico de drogas já estaria consumado da mesma forma, porquanto, se trata de delito de ação múltipla (tipo misto alternativo).

Assim, a prova do crime de tráfico de drogas é farta e coesa.

No tocante ao crime tipificado na Lei nº 10.826/03, melhor sorte não socorre o réu, sendo também caso de condenação.

O delito em questão é de perigo abstrato e a apreensão da arma e munições com o acusado, certamente, atinge o bem jurídico protegido pela Lei nº 10.826/03, ou seja, a incolumidade pública, conforme previsão legal, de modo que a consumação delitiva se dá com a mera ação do autor de portar, conscientemente, arma de fogo e/ou munição (isoladas ou não), sem autorização do Poder Público.

Vale dizer, não se exige resultado naturalístico para sua consumação, uma vez que é considerado delito de perigo abstrato, presumindo-se absoluto risco à coletividade (HC nº 358.989/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 17.11.2016; AgReg no REsp nº 1.470.710/GO, rel. Min. Felix Fischer, j. em 16.4.2015).

Este o entendimento da Corte Suprema (RHC nº 128.281/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 4.8.2015; Ag no RE nº 900.105/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 29.9.2015; HC nº 117.559/MS, rel. Min^a. Rosa Weber, j. em 10.9.2013).

Não cabível, portanto, a absolvição na espécie, pela insuficiência probatória.

Passo, então, a dosar a pena. [...] (fls. 231/235).

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

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.

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

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

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

2. Agravo interno desprovido."

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

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo**

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

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 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

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

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. 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.

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

As penas-base foram fixadas no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, para o crime de narcotráfico e 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no piso, para o crime da Lei de Armas.

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

Contudo, reconheço, de ofício, para ambos os crimes, a circunstância atenuante da menoridade relativa do réu (pois nascido em 03 de maio de 2004, conforme o auto de qualificação a fls. 26). Entretanto, sem repercussão nas suas penas.

Isto porque é impossível que o reconhecimento de qualquer circunstância atenuante leve a pena abaixo do mínimo legal, como explicitado na Súmula n. 231, do Superior Tribunal de Justiça:

"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal."

Ainda, não vingaria a eventual tese defensiva acerca de inconstitucionalidade da Súmula n. 231, do Superior Tribunal de Justiça. A pretensão deduzida no sentido de se autorizar a incidência de circunstâncias atenuantes, para fixação da pena abaixo do mínimo legal, não encontra amparo na jurisprudência predominante do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Uma característica fundamental das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, é a de que sua aplicação deve estar sempre dentro dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a pena a ficar abaixo do mínimo legal e a de agravantes também não pode levar a pena a ficar acima do máximo previsto no tipo penal básico ou majorado.

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

Neste sentido, é a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. FURTO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ROUBO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. **ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA: IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.** AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO." (STF – HC 214.391-AgR/SP – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Primeira Turma – j. em 16/05/2022 – DJe de 17/05/2022);

"Agravos regimentais no recurso extraordinário. [...]"

5. **Alegação de direito à redução da pena-base aquém do mínimo legal ante a atenuante da confissão espontânea. Inadmissibilidade.**

6. Jurisprudência reafirmada desta Corte e repercussão geral reconhecida. **Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Precedente: RE 597.270-QO-RG/RS, Rel. Min. Cezar Peluso.**

7. Agravo improvido."

(STF – RE 1.269.051-AgR/MS – **Rel. Min. CELSO DE MELLO** – **Rel. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 20/10/2020 – DJe de 18/11/2020);

"Pena fixada no mínimo legal. Impossibilidade de redução, abaixo desse patamar, com fundamento na circunstância atenuante da menoridade. Precedentes".

(STF – HC 94.243/MG – **Rel. Min. EROS GRAU** – Segunda Turma – j. em 31/03/2009 – DJe de 14/08/2009);

"É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. Precedentes."

(STF – HC 94.446/RS – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – Primeira Turma – j. em 14/10/2008 – DJe de 31/10/2008).

Vários outros Acórdãos, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, poderiam ser citados nesta fundamentação, aqui se mencionando apenas mais alguns deles:

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

STF – HC 101.857/AC – **Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA** – Segunda Turma – j. em 10/08/2010 – DJe de 10/09/2010;
STF – RE 597.270-QO-RG/RS – **Rel. Min. CEZAR PELUSO** – Tribunal Pleno – j. em 26/03/2009 – DJe de 05/06/2009;
STF – HC 94.552/RS – **Rel. Min. AYRES BRITTO** – Primeira Turma – j. em 14/10/2008 – DJe de 27/03/2009;
STF – HC 94.337/RS – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Primeira Turma – j. em 03/06/2008 – DJe de 31/10/2008;
STF – HC 92.926/RS – **Rel. Min. ELLEN GRACIE** – Segunda Turma – j. em 27/05/2008 – DJe de 13/06/2008.

Ademais, este raciocínio, se fosse aplicado, teria de alcançar também as circunstâncias agravantes, que poderiam levar à fixação da pena acima do máximo previsto no tipo penal básico ou majorado, o que a meu sentir seria um absurdo.

Por fim, na terceira fase da dosimetria não há causas de aumento ou de diminuição da pena.

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

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

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

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 [...]

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

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

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 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,

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

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. 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 papérols, 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."

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

(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 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

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

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).

No caso concreto, foram encontradas 228 (duzentas e vinte e oito) porções de "cocaína", pesando 235g e 200 (duzentas) porções de "crack", pesando 45g, no mesmo contexto em que foram apreendidas 01 (uma) arma de "fogo", tipo revólver, marca "Taurus", calibre ".38 Special", com numeração suprimida, acompanhada de 05 (cinco) cartuchos íntegros, calibre ".38 SPL-NTA", da marca "CBC", o que demonstra, ainda mais, a impossibilidade da redução prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, a evidenciar, a mais não poder, que ele se dedicava às atividades criminosas.

Nada obstante o réu tenha suportado as suas penas-base fixadas no mínimo legal, o que, para alguns, ensejaria a imposição do regime prisional semiaberto, não se pode olvidar inexistir, necessariamente, correlação entre o art. 59, "caput", do Código Penal e o art. 33, §3º, do mesmo Código, malgrado, de regra, verifique-se tal correlação, o que vem encontrando eco na jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores. E, quanto a isso, é evidente que o réu possui conduta social inadequada, uma vez que praticou crimes gravíssimos, o que, de toda a sorte, impinge maior reprovabilidade à sua conduta sob luzes, devendo-se ainda levar em consideração a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, 228

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

(duzentas e vinte e oito) porções de "cocaína", pesando 235g e 200 (duzentas) porções de "crack", pesando 45g e, no mesmo contexto, a apreensão de 01 (uma) arma de "fogo", tipo revólver, marca "Taurus", calibre ".38 Special", com numeração suprimida, acompanhada de 05 (cinco) cartuchos íntegros, calibre ".38 SPL-NTA", da marca "CBC", não se perdendo de vista que ele se dedicava às atividades criminosas. Desse modo, o regime fechado é o que se revela mais adequado para fins de prevenção e repressão para os crimes praticados.

Nesse sentido:

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

[...]

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

[...]

8. Agravo regimental desprovido."

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

"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.

[...]

6. Segundo entendimento desta Corte, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719/STF). No caso, o regime fechado foi fixado com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da

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

prova judicialmente colhida.

[...]

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);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. **PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA NÃO ESTÁ ATRELADA, DE MODO ABSOLUTO, AO QUANTUM DA SANÇÃO CORPORAL APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO.** CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR A CONCLUSÃO IMPLEMENTADA PELAS INSTÂNCIAS ANTEREDENTES. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS INCOMPATÍVEL COM ESTA VIA PROCESSUAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – RHC 208.937 AgR/SP – Rel. Min. **ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 03/02/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PATAMAR DE REDUÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA. DESCLASSIFICAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL.
[...]

6. O regime prisional de cumprimento da pena não está condicionado ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 42 da Lei de Drogas e artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal.

7. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 182.352 AgR/SP – Rel. Min. **ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 21/12/2020 – DJe de 10/02/2021).

Por esta razão, o réu deverá cumprir as penas dos crimes de narcotráfico e de porte ilegal de arma de fogo de uso proibido em regime fechado, assim corretamente fixado.

Não é cabível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. A uma, porque o quantitativo da pena impede o reconhecimento do benefício, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. E a duas, porque as circunstâncias do crime, especialmente a quantidade e a natureza das drogas encontradas, juntamente com uma arma de fogo, bem

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

como a dedicação do réu às atividades criminosas, demonstram que a substituição não é recomendada para a prevenção e repressão dos crimes, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Pena final do réu (art. 69, "caput", do Código Penal): 08 (oito) anos de reclusão, regime fechado e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no piso, certo que, desses, 05 (cinco) anos de reclusão, regime fechado e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, são referentes à prática do crime de narcotráfico e 03 (três) anos de reclusão, regime fechado e 10 (dez) dias-multa, no piso, são referentes à prática do crime da Lei de Armas.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso defensivo, reconhecendo, de ofício, a circunstância atenuante da menoridade relativa para ambos os crimes, mas sem impacto nas penas.**

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator