



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

Registro: 2025.0000447561

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502105-23.2022.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante DANILO BIAJONE DA SILVA, 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: **Afastaram a preliminar arguida e negaram provimento ao recurso defensivo. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 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. 1502105-23.2022.8.26.0318

Apelante: Danilo Biajone da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: Vara Criminal da Comarca de Leme

MM. Juiz de Direito: Gustavo de Castro Campos

Voto n. 12.811

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (1) PRELIMINAR. BUSCA PESSOAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. (2) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (3) DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. (4) INDÍCIOS. (5) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. (6) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (7) DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. (8) IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. (9) REGIME FECHADO. (10) AFASTAMENTO DA PRELIMINAR E DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Busca pessoal. Existência de "fundadas suspeitas". Não se verifica ilegalidade na atuação de agentes da lei, que podem abordar qualquer indivíduo que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo (art. 244, do Código de Processo Penal), tampouco há indícios de que a abordagem policial ocorreu por perseguição pessoal, meras informações de fonte não identificada (denúncia anônima desacompanhada de outros elementos) ou preconceito de raça ou classe social, motivos que poderiam levar à nulidade da busca pessoal, o que não se verificou no caso. Precedentes do STF (HC 227.192/RS – Rel. Min. GILMAR MENDES – Decisão Monocrática – j. em 10/05/2023 – DJe de 15/05/2023; HC 226.561/SC – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – j. em 13/04/2023 – DJe de 18/04/2023; HC 217.212/SC – Rel. Min. GILMAR MENDES – j. em 08/07/2022 – DJe de 13/07/2022; HC 212.642/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – j. em 17/03/2022 – DJe de 22/03/2022 e HC 212.682-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 11/04/2022 – DJe de 18/04/2022) e do STJ (AgRg no HC 769.891/GO – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 06/03/2023 – DJe de 10/03/2023; AgRg nos EDcl no HC 799.851/MS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 06/03/2023 e AgRg no HC 734.704/AL – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 17/02/2023). No caso, os policiais civis flagraram o réu vendendo drogas para usuários, o que gerou as fundadas suspeitas. Aliás, situação de flagrante a exigir a intervenção policial.

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

3. Validade dos depoimentos de policiais. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor

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

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

4. 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).

5. 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

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

núcleos do tipo, previstos no preceito primário do referido dispositivo legal ("importar", "exportar", "remeter", "preparar", "produzir", "fabricar", "adquirir", "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito", "transportar", "trazer consigo", "guardar", "prescrever", "ministrar", "entregar a consumo" ou "fornecer drogas"), a Lei Especial não exigindo que o agente esteja em atos de mercancia, até porque tipifica como crime a prática das condutas acima mencionadas ainda que "gratuitamente". Precedentes do STF (HC 182.279 AgR/DF – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 23/11/2020 – DJe de 04/12/2020; HC 147.182/DF – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 26/10/2020 – DJe de 05/11/2020) e do STJ (AgRg no AREsp 2.160.831/RJ – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 7/2/2023 – DJe de 14/2/2023; AgRg no AREsp 1.803.460/ES – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 13/9/2022 – DJe de 19/9/2022; AgRg no REsp 1.992.544/RS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 16/8/2022 – DJe de 22/8/2022). No duro, serão as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas, nos exatos termos do art. 28, §3º, da Lei de Regência. Doutrina de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

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

7. Dosimetria. Pena-base do recorrente fixada no mínimo legal.

8. Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Tem-se entendido, corretamente, frise-se, que a conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza da substância entorpecente, a variedade das substâncias entorpecentes, os petrechos utilizados pelo criminoso e as circunstâncias da apreensão da substância entorpecente servem, primacialmente, como amparo probatório para o reconhecimento da dedicação do réu à atividade criminosa, impedindo o reconhecimento do privilégio do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Precedentes do STF (RHC 247.481 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES –

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

Primeira Turma – j. em 19/11/2024 – DJe de 22/11/2024; HC 242.527 AgR/MG – Rel. Min. FLÁVIO DINO – Primeira Turma – j. em 12/08/2024 – DJe de 16/08/2024; HC 101.265/SP – Rel. para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – Voto Min. GILMAR MENDES – j. 10/04/2012 – DJe de 06/08/2012; HC 213.031 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 13/05/2022; HC 229.571 AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 26/02/2024 – DJe de 22/04/2024).

9. Nada obstante o réu tenha suportado a sua pena-base fixada 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 quantidade de drogas apreendidas, 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).

10. Afastamento da preliminar e desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

Danilo Biajone da Silva foi denunciado como incurso no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, e ao final se viu condenado, nos termos em que denunciado, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, regime fechado e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso (fls. 151/161).

Apelou a defesa do réu, pleiteando, em síntese: **(a)** o reconhecimento da ilegalidade da busca pessoal realizada pelos policiais militares; e **(b)** subsidiariamente, o reconhecimento do privilégio legal, com a consequente fixação de regime prisional mais benéfico e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 179/224).

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

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões, requerendo o improvimento do recurso defensivo (fls. 227/230).

A **Procuradoria Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 239/245).

É o relatório.

Afasto a preliminar arguida e nego provimento ao recurso defensivo.

Não há ilegalidade na busca pessoal realizada pelos policiais civis.

De acordo com o conjunto probatório, os agentes da lei **Letícia Leonor** e **Rodrigo Padoan**, policiais civis, estavam em deslocamento pelo local dos fatos quando avistaram o réu, em pé, vendendo drogas para três usuários que estavam em bicicletas. Ao avistarem a viatura, os usuários, que estavam em bicicletas, empreenderam fuga, certo que os agentes da lei conseguiram abordar o réu. Com ele encontraram 12 (doze) porções de "maconha", pesando 28g e 13 (treze) porções de "cocaína", pesando 12g. Ao questionarem, informalmente, o réu, ele relatou que estava no local para vender as drogas apreendidas (cf. depoimentos extrajudiciais a fls. 02/05 e judiciais a fls. 150 – mídia digital).

Deste modo, não se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, que podem, sim, abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo (art. 244, do Código de Processo Penal), não havendo qualquer indício de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal, meras informações de fonte não identificada (denúncia anônima

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

desacompanhada de outros elementos) ou preconceito de raça ou classe social, motivos que poderiam levar à nulidade da busca pessoal, o que não se verificou no caso. No caso, outrossim, situação típica flagrancial!

A esse respeito já entendeu a SUPREMA CORTE:

"[...] Do excerto citado **extrai-se que os policiais avistaram o paciente, que, 'apresentando um volume na cintura, ao perceber a presença da guarnição, empreendeu fuga para o interior de uma residência', o que caracteriza fundada razão para a busca pessoal, diante da possibilidade de que o paciente estivesse portando arma de fogo proibida e, portanto, cometendo um delito.**

Ao fugir da busca pessoal aparentemente portando uma arma de fogo na cintura e adentrar em uma residência, o paciente deu causa à legítima entrada dos policiais, diante da situação flagrante que se apresentou.

A fundada suspeita se confirmou, pois o paciente portava 'um revólver calibre .38 e de uma pistola calibre .380', além dos demais produtos de crime encontrados no interior da residência.

Nesse mesmo sentido concluiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes trechos do aresto impugnado:

[...]

Ressalto que, de fato, o acórdão impugnado ultrapassou o depoimento policial, que não disse ter avistado arma, mas sim um volume na cintura do paciente. Não obstante, tal fato não invalida a conclusão de que havia fundada suspeita do cometimento de crime e situação de flagrância, o que se confirmou posteriormente.

[...]

Ante o exposto, nego provimento ao habeas corpus (art. 192, RISTF)."

(STF – HC 227.192/RS – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Decisão Monocrática – j. em 10/05/2023 – DJe de 15/05/2023).

"Nos termos do §2º do art. 240 c/c o caput do art. 244 do Código de Processo Penal, é cabível a busca pessoal, independente de mandado judicial, quando houver fundada suspeita de que alguém esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

Pelo que consta dos documentos juntados nestes autos, **não se tem comprovada ilegalidade ou teratologia na busca pessoal realizada no paciente com fundamento nas peculiaridades do quadro descrito e demonstrado quando da aproximação da viatura policial.**

A justificativa apresentada tem sido admitida por este Supremo Tribunal em casos análogos, para fundamentar a busca pessoal.

Assim, por exemplo:

'AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BUSCA

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

PESSOAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

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

2. Se as circunstâncias concretas da prática do ilícito indicam, pelo modus operandi, a periculosidade do agente ou o risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria, à luz do art. 312 do CPP. Precedentes.

3. Nos termos dos arts. 240, §2º e 244 do CPP, cabe a busca pessoal, independente de autorização judicial, quando houver fundada suspeita de ocultação pelo investigado de elementos de convicção. Precedentes.

4. Para concluir em sentido diverso das instâncias anteriores quanto às circunstâncias do flagrante, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes. 5. Agravo regimental conhecido e não provido' (HC n. 212.682- AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 18.4.2022)."

(STF – HC 226.561/SC – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – j. em 13/04/2023 – DJe de 18/04/2023);

"O impetrante coteja as razões elencadas pelos policiais para a realização de busca pessoal, para aventar conclusão de que a motivação apresentada não ensejaria fundada suspeita contra o paciente.

O art. 244 do Código de Processo Penal estabelece que a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Nesse sentido, **vê-se que os policiais realizaram a revista pessoal não somente pela impressão subjetiva da polícia acerca da atitude suspeita do indivíduo, mas em razão da suspeita da posse de objetos destinados a fins delituosos – isto é, a bucha com 25 pedras de crack - e de o paciente se encontrar em local de intenso espaço de tráfico de drogas.**

[...]

Logo, **reputo inexistente ilegalidade manifesta ou constrangimento ilegal passível de correção pela via estreita do mandamus."**

(STF – HC 217.212/SC – Rel. Min. GILMAR MENDES – j. em 08/07/2022 – DJe de 13/07/2022);

"Daí o Superior Tribunal de Justiça ter concluído, a partir do que foi exposto pelas instâncias ordinárias, que 'a jurisprudência pacífica desta Corte tem admitido a realização de busca pessoal e a prisão em flagrante por guardas municipais, tendo em vista a autorização constante nos artigos 240, §2º, 244 e 301 do Código de Processo

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

Penal" (pág. 6 do doc. eletrônico 7).

Como se vê, os guardas municipais resolveram fazer a abordagem física do acusado somente depois de avistá-lo e perceber que ele 'começou a andar mais rápido [...]. Ao parar a viatura para desembarcar, ele começou a correr e entrou em meio à vegetação em uma área desabitada'.

Nesse contexto, é de considerar-se legítima a atuação dos agentes públicos que executaram a prisão em flagrante do acusado, especialmente porque agiram somente depois de verificarem que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. Tanto que o flagrante resultou na apreensão das drogas."

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

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **BUSCA PESSOAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE.** REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

[...]

3. Nos termos dos arts. 240, §2º e 244 do CPP, cabe a busca pessoal, independente de autorização judicial, quando houver fundada suspeita de ocultação pelo investigado de elementos de **convicção**. Precedentes.

4. Para concluir em sentido diverso das instâncias anteriores quanto às circunstâncias do flagrante, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes.

5. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 212.682-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 11/04/2022 – DJe de 18/04/2022).

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **ABORDAGEM POLICIAL. LEGALIDADE. PROVAS ILÍCITAS. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS. POSSIBILIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou preconceito de raça ou classe social, motivos que,

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

obviamente, conduziram à nulidade da busca pessoal, o que não se verificou no caso.

[...]

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 769.891/GO – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 06/03/2023 – DJe de 10/03/2023);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. **BUSCA PESSOAL/VEICULAR. FLAGRANTE EM VIA PÚBLICA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A teor do art. 244 do CPP, a busca pessoal independerá de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. **A busca pessoal/veicular é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto.**

2. No caso, a busca pessoal/veicular não foi realizada apenas com base em denúncia anônima, uma vez que os policiais visualizaram a atitude suspeita do apelante, que saiu do veículo Gol, em direção a uma camionete, quando mostrou ao motorista da camionete algo parecido com um tablete, momento em que foi realizada a abordagem, sendo apreendida a droga.

3. Por fim, afastada qualquer flagrante ilegalidade, importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático-probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal (HC 693.758/MT, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021).

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg nos EDcl no HC 799.851/MS – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 06/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO. **NULIDADE. BUSCA PESSOAL. INEXISTÊNCIA. FUNDADAS SUSPEITAS PARA A ABORDAGEM.** AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. "Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência." (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro

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

ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022.)

2. No caso em tela, a abordagem foi realizada em razão da presença de fundadas suspeitas, porquanto um dos pacientes se evadiu do local ao avistar a viatura policial e, após buscas no perímetro, ambos os pacientes foram localizados escondidos entre os arbustos, circunstâncias que configuraram justa causa para a realização das buscas pessoais - que resultaram na apreensão de 25g (vinte e cinco gramas) de crack, 97g (noventa e sete gramas) de maconha, um revólver calibre 32, com 3 munições e um revólver calibre 38, com 3 munições -, estando hígidas, portanto, as provas produzidas.

3. Agravo regimental provido para reconhecer a legalidade das buscas pessoais realizadas."

(STJ – AgRg no HC 734.704/AL – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 17/02/2023).

No caso, os policiais civis, ao presenciarem a prática do comércio espúrio, o que gerou as fundadas suspeitas, realizaram a abordagem do réu e a sua prisão em flagrante, não havendo nenhuma ilegalidade na ação dos agentes da lei, que procederam em conformidade com a lei.

Portanto, não há nenhuma ilegalidade a ser reconhecida.

Passo à análise do mérito.

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

"Consta dos inclusos autos de procedimento investigatório que, no dia 03 de outubro de 2022, por volta de 10h30min, na Rua Mateus Oliveira Lagares, Emphyreo, nesta cidade e comarca de Leme/SP, **DANILO BIAJONE DA SILVA**, qualificado a fl. 09, trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, 12 porções de "maconha", pesando 28 gramas; e 13 porções de "cocaína", pesando 12 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Auto de Exibição e Apreensão de fls. 21/22 e Auto de Constatação Preliminar de fls. 27/28).

Segundo apurado, policiais civis compareceram ao local dos fatos, avistaram o denunciado rodeado por outras três pessoas, fazendo movimento típico de tráfico de drogas e resolveram abordá-los.

Ao perceberem a presença dos policiais, os três indivíduos que estavam próximos de Danilo empreenderam fuga e apenas o

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

denunciado acabou sendo abordado.

Em revista pessoal, os agentes da lei localizaram em poder de Danilo uma porção de “maconha”.

Próximo do denunciado, os policiais encontraram mais 10 porções de “maconha” e 13 porções de “cocaína”.

Após ser questionado quanto à sua identificação civil, Danilo indicou aos policiais um imóvel ao lado, aparentemente abandonado, onde estava guardado o seu registro civil. Em buscas pelo referido imóvel, os agentes da lei localizaram mais uma porção de “maconha”, dentro de um frasco de perfume.

Indagado informalmente, o denunciado confessou a propriedade das drogas, afirmando que estava praticando tráfico na região.

Na sequência, as drogas e a quantia em espécie foram apreendidas e o denunciado conduzido à Delegacia de Polícia.

Os entorpecentes estavam devidamente embalados e prontos para serem comercializados (cf. Fotografias de fls. 24/26).

Destarte, a natureza e forma de acondicionamento das drogas, as circunstâncias da apreensão e a quantia em espécie evidenciam a prática de tráfico.

Ante o exposto, denuncio a Vossa Excelência **DANILO BIAJONE DA SILVA** como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, requerendo seja o denunciado notificado para oferecer defesa escrita em 10 (dez) dias, seguindo-se os demais atos processuais do rito especial previsto no art. 55 e seguintes da Lei nº 11.343/06, ouvindo-se, durante a instrução processual, as testemunhas abaixo arroladas, até a final condenação. [...]” (fls. 57/58).

Pois bem.

A materialidade criminosa narcotraficante está consubstanciada no auto de exibição e apreensão, que prova que o réu trazia consigo e guardava substâncias entorpecentes (fls. 21/22), 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, “maconha” e “cocaína” (fls. 27/28 e 114/116).

A autoria criminosa, por sua vez, é certa e deve ser imputada ao réu **Danilo Biajone** que, interrogado judicialmente, negou a prática do crime, dizendo ser apenas usuário de drogas (fls. 150 – mídia digital). Entretanto, ver-se-á, a sua negativa de autoria remanesceu isolada nos autos.

Deveras, o conjunto probatório é coeso e harmônico na sua

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

indicação, na forma como reconhecido pela sentença, mormente porque os depoimentos dos policiais civis **Letícia Leonor** e **Rodrigo Padoan**, testemunhas arroladas em comum, 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 vendendo drogas para três usuários que estavam em bicicletas, que conseguiram fugir. Na sequência, conseguiram abordá-lo e, com ele, encontraram as drogas mencionadas na denúncia, evidenciando o narcotráfico. Não bastasse, os policiais civis falaram que o réu admitiu, informalmente, que estava praticando o crime de narcotráfico (fls. 150 – mídia digital).

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

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

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 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,

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

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 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.

[...]

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

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 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

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

absolvição por falta de prova. ISONOMIA – INOBSERVÂNCIA – AUSÊNCIA. Reveladas situações jurídicas diversas, inexistência inobservância ao princípio da isonomia. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O princípio constitucional da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena."

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

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

É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque **a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações.**"

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

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

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

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

[...]

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

[...]

V. - HC indeferido."

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

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do

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

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 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, atraindo-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. Rogério 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."

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

(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 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**

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

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-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

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

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 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

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

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 TJDFT) - 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, 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

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

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 civis merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, para supedâneo da prolação de sentença condenatória, depoimentos estes que, em Juízo, sintonizaram-se com os seus depoimentos prestados extrajudicialmente (fls. 02/05). Abrir mão, dar de ombros para esse tipo de prova, sob os mais variados pretextos, todos ao arrepio da Lei, da Doutrina e mesmo da Jurisprudência mais comprometidas com o rigor científico, é lançar à vala absolutória aqueles que não estão a merecer o descaso estatal. Trago, para este fim, por todos, o ensinamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

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

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

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

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

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

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

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

E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha havido abalroamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana revela que comportamento de alguma forma culposos se infere *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

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

negligência na revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária –, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

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

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

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

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

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

Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual.

O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa 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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta."

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

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

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

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

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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função *persuasiva* da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

(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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

através de um processo lógicoconstrutivo; mais precisamente: 'o *indício* é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade' (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236).

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

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

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

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

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

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

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

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

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

No Direito Comparado, no qual se abeberam nossos juristas, também 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,

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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 nexó preciso, directo, segundo as regras da experiência.'

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ademais, as circunstâncias do encontro das substâncias

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

entorpecentes, bem como as suas quantidades, além do que já se expôs, geram a convicção da posse voltada para o comércio e não a finalidade para o uso próprio, o que devidamente corroborado pelos depoimentos judiciais dos policiais civis, que abordaram o réu trazendo consigo e guardando as malsinadas drogas, nas circunstâncias narradas na denúncia, 12 (doze) porções de "maconha", pesando 28g e 13 (treze) porções de "cocaína", pesando 12g, policiais civis que, no duro, flagraram-no com a quantidade acima mencionada de substâncias entorpecentes, consoante a prova oral judicial, o que impede, de uma vez por todas, a possibilidade de se desclassificar a conduta ativa para a tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/06.

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

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o fato de o réu não ter sido preso em ato de traficância (embora, no caso, os policiais civis flagraram o réu vendendo as substâncias entorpecentes), por si só, pouco importaria, 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

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

ORAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. DESNECESSIDADE DE EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO.

[...]

3. O art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, veicula crime de ação múltipla, sendo desnecessária, para violação desse tipo penal, a efetiva comercialização, bastando a incidência em qualquer dos verbos nucleares descritos em referido dispositivo legal.

4. Agravo regimental conhecido e não provido."

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

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

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

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

[...]

III - Assim, não há que se falar em absolvição ou desclassificação, visto que o delito é tipo criminal de ação 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);

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

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. NÃO VERIFICADA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO OU DESCLASSIFICATÓRIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DELITO PRATICADO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RECURSO IMPROVIDO. [...]

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

[...]

6. Agravo improvido."

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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 (embora, no caso em tela, o réu tenha sido efetivamente flagrado vendendo drogas), à míngua de outros elementos, não serviria – como não pode servir – de prova cabal da sua inocência ou da sua condição de mero usuário de drogas.

Não. Não mesmo!

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

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

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

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

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

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

determinação da especial intenção do agente.

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

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

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

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

4) *Circunstâncias sociais e pessoais*: Costuma ser levada em alta conta a situação econômica do agente, pois a grande quantidade de droga em poder de pessoa com pouca capacidade econômica seria indício sério de traficância. Embora a conclusão seja razoável, não deixa de ratificar o caráter discriminatório da persecução penal, pois o raciocínio a *contrario sensu* permite concluir que, para o sujeito com grande capacidade econômica, a classificação da conduta como traficância é mais difícil, e para o pobre, mais fácil. Tal agir é, a nosso ver, apenas uma cômoda eleição de um bode expiatório, que ao desprezar as finalidades democráticas da pena e as garantias individuais do sujeito, incrementa as estatísticas sobre prisões e condenações, tão caras às autoridades políticas com objetivos 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.

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

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 flagraram o réu vendendo drogas para três usuários que estavam em bicicletas, que conseguiram fugir. Na sequência, conseguiram abordá-lo e, com ele, encontraram as drogas mencionadas na denúncia, evidenciando o narcotráfico. Não bastasse, os policiais civis falaram que o réu admitiu, informalmente, que estava praticando o crime de narcotráfico.

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

"[...]

É o relatório.

FUNDAMENTO E DECIDO.

O réu foi abordado após ser visto em local conhecido por tráfico de drogas e em atividade típica de traficância. No mais, conforme relato dos agentes públicos, os demais indivíduos que estavam na companhia do denunciado deixaram o local em sua bicicleta. Assim, havia fundada suspeita que justificava a revista pessoal. Não houve qualquer irregularidade por parte dos agentes públicos.

Destarte, AFASTO a preliminar suscitada.

No mérito, a pretensão punitiva estatal é procedente. A materialidade está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 16/19), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 21/22), pelo auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 27/28), pelo laudo pericial (fls. 114/116), pelo relatório final (fls. 34/36) e pelos depoimentos colhidos durante a instrução.

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

A autoria é certa e recai sobre a pessoa do acusado. A Policial Civil Letícia Leonor Ribeiro Mentos, ouvida como testemunha na fase inquisitorial declarou: "QUE ESTAVAM EM DESLOCAMENTO PARA REALIZAR DILIGÊNCIAS DE INVESTIGAÇÃO NO BAIRRO FRANCISCO COELHO, QUANDO AO PASSAR PELO BAIRRO JARDIM EMPYREO VISUALIZARAM UM INDIVÍDUO APARENTEMENTE PRATICANDO TRÁFICO DE DROGAS PRÓXIMO À RUA MATEUS OLIVEIRA LAGARES. NOTICIAM QUE O REFERIDO SUSPEITO, NA OCASIÃO, ESTAVA EM PÉ E RODEADO POR OUTRAS 03 (TRÊS) PESSOAS EMBARCADAS EM BICICLETAS, SENDO QUE FOI POSSÍVEL VISUALIZAR UMA DESTAS REALIZANDO A COMPRA DE UM EPPENDORF DO CONDUZIDO. DIANTE DISSO TENTARAM PROCEDER A ABORDAGEM DE TODOS QUE ALI SE ENCONTRAVAM, PORÉM OS INDIVÍDUOS EM BICICLETAS, APARENTEMENTE USUÁRIOS DE DROGAS, CONSEGUIRAM SE EVADIR. NÃO OBSTANTE, OS POLICIAIS LOGRARAM ÊXITO EM ABORDAR O CONDUZIDO DANILO BIAJONE DA SILVA, QUE FOI VISTO COMERCIALIZANDO A DROGA PARA UM DOS USUÁRIOS QUE CONSEGUIRAM FUGIR. APÓS BUSCAS PESSOAIS, FOI POSSÍVEL ENCONTRAR NO BOLSO DO CONDUZIDO 01 (UMA) PORÇÃO DE MACONHA. DO LADO ESQUERDO DO LOCAL ONDE O CONDUZIDO SE ENCONTRAVA FORAM LOCALIZADAS 10 (DEZ) PORÇÕES DE SUBSTÂNCIA ANÁLOGA A MACONHA FRACIONADA PARA A VENDA E; DO LADO DIREITO DO LOCAL ONDE O CONDUZIDO SE ENCONTRAVA FORAM LOCALIZADOS 13 (TREZE) EPPENDORFS DE SUBSTÂNCIA ANÁLOGA A COCAÍNA. OS POLICIAIS DESTACAM QUE EMBORA AS OUTRAS PORÇÕES NÃO TENHAM SIDO ENCONTRADAS EM POSSE DIRETA DO INDIVÍDUO, ESTAVAM TODAS HÁ MENOS DE 01 (UM) METRO DESTES, SENDO PRÁTICA BASTANTE COMUM QUE OS TRAFICANTES TENTEM ESCONDER OS ENTORPECENTES NAS PROXIMIDADES DO PONTO DE VENDA A FIM DE SE PASSAREM POR USUÁRIOS. APÓS A LOCALIZAÇÃO DAS DROGAS OS POLICIAIS CIVIS QUESTIONARAM O CONDUZIDO QUANTO A SUA IDENTIFICAÇÃO CIVIL, SENDO QUE ESTE INDICOU UM IMÓVEL AO LADO, APARENTEMENTE ABANDONADO, ONDE ESTAVA GUARDADO SEU REGISTRO CIVIL (RG). OS POLICIAIS, ACOMPANHADOS DO INDIVÍDUO INGRESSARAM NO IMÓVEL ABANDONADO E NO LOCAL PUDERAM LOCALIZAR 01 (UMA) OUTRA PORÇÃO DE SUBSTÂNCIA ANÁLOGA A MACONHA, POUCO MAIOR QUE AS ANTERIORES, DENTRO DE UM FRASCO DE PERFUME. ACRESCENTAM QUE, O INDIVÍDUO QUANDO QUESTIONADO SOBRE A PROPRIEDADE DAS DROGAS, RECONHECEU SER DONO DE TUDO O QUE FOI APREENDIDO E CONFESSOU A PRÁTICA DO TRÁFICO NA REGIÃO DOS FATOS. POR FIM, O CONDUZIDO FOI APRESENTADO NO DISTRITO POLICIAL."

Sob o crivo do contraditório, disse que estavam em diligências pelo local, que já é conhecido como ponto de tráfico de drogas e viram ele fazendo venda de entorpecente para uma pessoa. Resolveram abordar. As outras pessoas que ali estavam (três ou quatro) fugiram de bicicleta. Com o réu foi encontrada uma porção de maconha. Próximo ao denunciado, encontraram outras porções de maconha e cocaína. O denunciado disse que sua identidade estava em uma casa nas proximidades. No local, encontraram mais uma porção de

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

droga. O denunciado confirmou que estava vendendo drogas. Afirmou que, em 2023, Danilo foi novamente preso praticando o nefasto comércio.

Rodrigo Padoan Albanes, ouvido sob o crivo do contraditório, trouxe depoimento semelhante ao da sua colega de profissão.

Disse que, com o réu, havia três pessoas de bicicleta que correram. O denunciado foi abordado e com ele localizada uma porção de maconha.

Próximo a ele, encontraram mais uma quantidade de maconha e cocaína. O denunciado confirmou que estava praticando o tráfico de drogas. O réu disse que seu documento estava em uma residência, onde encontraram mais uma porção de maconha.

O réu, ouvido em solo policial, afirmou: "QUE ESTA RESIDINDO NA CASA DE SUA NAMORADA, QUE MORA PRÓXIMO AO LOCAL DOS FATOS, E NA DATA DE HOJE, LOGO APÓS ACORDAR, FOI ATÉ A RUA PARA CONSUMIR DROGAS COM DOIS AMIGOS "ALEX" E "RAUAN", RAZÃO PELA QUAL POSSUÍA EM SEU BOLSO UMA PORÇÃO DE MACONHA. QUE LOGO APÓS CHEGAR AO LOCAL FOI ABORDADO PELOS POLICIAIS CIVIS, SENDO QUE NÃO PERCEBEU QUE OUTROS INDIVÍDUOS SE EVADIRAM DO LOCAL. PERGUNTADO SOBRE AS DEMAIS DROGAS LOCALIZADAS PRÓXIMAS A ELE NO LOCAL, AFIRMOU QUE NÃO SÃO DE SUA PROPRIEDADE. PERGUNTADO SE ESTAVA PRATICANDO O TRÁFICO DE DROGAS NO LOCAL, AFIRMOU QUE NÃO. PERGUNTADO SOBRE A PORÇÃO DE MACONHA LOCALIZADA NA RESIDÊNCIA PRÓXIMA AO LOCAL DOS FATOS, AFIRMOU QUE É DE SUA PROPRIEDADE E SERIA UTILIZADA PARA CONSUMO PRÓPRIO".

Interrogado sob o crivo do contraditório, negou o tráfico.

Foi chamado por um amigo para fazer uso de maconha. Quando foi ao local onde seu amigo estava, os policiais apareceram. Possuía uma porção em seu bolso. As demais drogas encontradas não eram suas. A porção encontrada na casa era sua e se destinava ao uso. Não confessou aos policiais que estava vendendo droga.

A negativa do réu está em dissonância com as demais provas carreadas ao feito.

Em cidades do interior do Estado de São Paulo, não nos deparamos com a figura do traficante figurão, com posses, capangas, armamento pesado, tal qual comumente vemos nos grandes centros. Mas sim com a figura do traficante ocasional, ou pequeno traficante, pessoa que vende ilicitamente pequenas porções de maconha, por vezes trabalha e utiliza do tráfico como meio de sobrevivência.

Sem embargo, em uma pequena cidade como a de Leme, não há notícias de que pessoas de bem, trabalhadores, responsáveis com sua família, sejam taxadas como traficante pelas ruas, pelo contrário, há um profundo respeito e uma atuação responsável da Polícia Militar na repressão.

A quantidade de entorpecente encontrado e modo como estavam acondicionados não indicam ser o réu um mero usuário. É certo que por vezes a figura de usuário se confunde coma de traficante, de modo a justificar que o usuário, para fins de sustentar seu vício, sucumba ao tráfico como forma de sustento.

Em verdade, o tipo penal do crime de tráfico de drogas é composto de múltiplos núcleos, e, dentre todos, encontram-se o de "trazer consigo" e "guardar", figuras que efetivamente restaram indicadas nos autos.

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

Deveras, a experiência em processos criminais nos mostra que os traficantes geralmente trazem consigo pequenas porções de droga, visando evidenciar suposto crime do art. 28 da lei n.º 11.343/2006. Isso porque não raras vezes, tomamos conhecimento que pessoas tidas como usuárias, são "empregadas" por traficantes da região para o comércio dos produtos, e, recebem como contraprestação dinheiro ou até mesmo o entorpecente para consumo pessoal. Assim, como no presente caso, apresenta-se a figura do usuário-traficante.

Neste sentido destaco:

“PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. Pretendida absolvição por insuficiência probatória, alegando, inclusive, violação de domicílio. Subsidiariamente, desclassificação para "uso próprio", aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas e substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos. Parcial cabimento. 1) Violação de domicílio. Inocorrência A ação de ingresso no imóvel da acusada ocorreu mediante a observância dos requisitos constitucionais, não havendo que se falar em nulidade. Após denúncia indicando a ocorrência de tráfico na residência, os policiais se dirigiram ao local e logo notaram forte odor de maconha. Legítimo o ingresso na residência, ação que, de qualquer modo, resultou em efetiva apreensão de entorpecentes, constatando-se ocorrência, no local, de crime de natureza permanente. 2) Absolvição e Desclassificação para o delito do art. 28 da Lei de Drogas. Impossibilidade. Acusação cabalmente comprovada, sem dúvidas sobre materialidade e autoria. Acusada que guardava e tinha em depósito 02 porções de cocaína, pesando 250g, 338 porções de maconha, com peso de 4,197kg e 120 pedras de crack, com peso de 62g. Circunstâncias do caso concreto que evidenciaram a mercancia ilícita. a alegação de ser a ré usuária ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecentes. Depoimentos dos agentes públicos coesos e legítimos, em nada desmerecidos na prova produzida. Condenação mantida. 3) Dosimetria das penas. A) Redução da pena-base. Necessidade. Basilar fixada acima do mínimo legal, ante a quantidade e diversidade das drogas apreendidas. Embora viável tal exasperação, necessário seu afastamento para evitar "bis in idem" na primeira e na terceira fases, sendo, então, imperiosa a fixação da basilar no patamar mínimo. B) Aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Circunstâncias concretas que demonstraram que a acusada se relacionava com organização criminosa, fazendo do comércio espúrio conduta habitual, além da significativa quantidade, diversidade e da natureza das drogas (02 porções de cocaína, pesando 250g, 338 porções de maconha, com peso de 4,197kg e 120 pedras de crack, com peso de 62g), a confirmar dedicação à traficância. 4) Substituição por penas restritivas de direito. Descabimento. Incompatibilidade com o regime fechado, e com o quantum fixado, com evidência de insuficiência para reprovação e prevenção artigo 44, I e III, do Código Penal. Parcial provimento, sem reflexo na pena final. (TJSP; Apelação Criminal 1501032-21.2021.8.26.0360; Relator (a): Alcides Malossi Junior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mococa - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/04/2022; Data de Registro: 18/04/2022).”

A versão dos policiais, longe de ser prova isolada dos fatos, como tende a defesa, é comprovada pelos documentos juntados ao

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

processo.

Como se denota, à luz do arcabouço probatório constante dos autos, verifico que a condenação do réu é medida de rigor, sendo a tese sustentada pela defesa fato desprovido de sustentação jurídica.

Portanto, demonstradas a autoria e materialidade do delito, bem como a ausência de qualquer circunstância que exclua o crime ou isente o agente de pena, mostra-se de rigor a procedência da pretensão acusatória em relação ao crime de tráfico de drogas.

Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Inicialmente pontuo que esta não é de aplicação automática ou obrigatória. É facultativa deve ser analisada ao prudente critério do Juiz, em situação excepcional. Com efeito, o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssimo a hipótese do traficante a agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido. Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminosa, numa cadeia necessária a consecução do objetivo comum, a disseminação da droga.

Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico.

Passo à dosimetria da pena. [...] (fls. 152/159).

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,

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

do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

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

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

2. Agravo interno desprovido."

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

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

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

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

[...]

3. **A motivação per relationem é técnica de fundamentação de 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

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

– j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

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

[...]

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

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

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

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

[...]

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

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

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

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

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. 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

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

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

[...]

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

[...]"

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

À pena.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, e assim permaneceu nas demais fases dosimétricas.

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

Outrossim, 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.

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

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

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

Bem por isso, tem-se entendido, corretamente, frise-se, que a conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza da substância entorpecente, a variedade das substâncias entorpecentes, os apetrechos utilizados pelo criminoso e as circunstâncias da apreensão da substância entorpecente servem, primacialmente, como amparo probatório para o reconhecimento da dedicação do réu à atividade criminosa. Assim, por exemplo, já entendeu, "ad nauseam", o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

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

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. CARMEN 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,

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

circunstâncias para quais a minorante em questão deve incidir
[...]

6. Agravo Regimental a que se nega provimento."

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

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

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

[...]

4. A conclusão das instâncias anteriores não diverge da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que "A conduta social, os maus antecedentes, a reincidência, o concurso de agentes, as circunstâncias da apreensão, a quantidade de drogas e a existência de ações penais em curso são exemplos de elementos aptos a indicar a dedicação do agente a atividade criminosa, fundamento idôneo a afastar a minorante do tráfico privilegiado" (HC 209.928 AgR/RS, Rel. Nunes Marques, Segunda Turma, DJe de 19/4/2022).

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

[...]

7. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 242.527 AgR/MG – **Rel. Min. FLÁVIO DINO** – Primeira 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

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

alguém, na posse de alguns papelotes de substância entorpecente, ainda que fosse "maconha", que trouxesse consigo, guardasse, tivesse em depósito, enfim, que a possuísse na forma de qualquer dos núcleos do tipo penal do art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, não estivesse, vivamente, vinculado senão a uma organização criminosa, ao menos envolvido com atividades criminosas? Quem, com limpa consciência, seria capaz de sustentar que esse disseminador da maldita substância entorpecente, aquele distribuidor e vendedor de esquina, de perto de colégios, de estabelecimentos outros de ensino e de atividades desportivas, não seria o encarregado último, justamente, da disseminação, propriamente dita, da substância entorpecente, o último elo de toda uma precedente cadeia criminosa? Ora, a não ser que esse narcotraficante fosse o produtor da "maconha", fosse o produtor da "cocaína", do "crack", ou seja lá de qual substância entorpecente se queira, de se convir que ele a teria recebido, para fins de venda, de terceiros, elos a ele anteriores, mas igualmente membros de uma estrutura criminosa, de uma organização criminosa, ao menos a revelar o provado envolvimento com as atividades criminosas. Cediço que os narcotraficantes encarregados da entrega de substâncias entorpecentes aos outros narcotraficantes reputados "varejistas", isto é, aqueles encarregados, repito, da disseminação das substâncias entorpecentes, inclusive nas vias públicas, não o fazem, assim não agem sem prévio conhecimento, é dizer, confiança na pessoa daquele para quem será entregue a substância entorpecente a ser vendida no varejo. Curial que nesse tipo de comércio, de fundamental importância a fidúcia, a confiança, por óbvio prévia, existente entre os narcotraficantes ocupantes dos vários estratos criminosos, todos eles, porém, integrantes de uma mesma estrutura criminosa. É o caso, por exemplo, do narcotraficante denominado "mula", mais voltado, é certo, para a narcotraficância internacional, mas cuja "ratio" não difere, essencialmente, no caso do narcotráfico varejista, da pessoa daquele, como réu, encarregado da venda dos papelotes, das porções, das substâncias entorpecentes aos infelizes usuários. Como já decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

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

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

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

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

[...]

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

8. Agravo regimental a que se nega provimento."
(STF – HC 213.031 AgR/SP – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** –
Primeira Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 13/05/2022).

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

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

[...]

2. Uma vez que os fundamentos utilizados para afastar o redutor não se limitaram à quantidade e variedade do entorpecente, levando-se em conta todo o contexto em que ocorrido o delito, envolvendo 4 corréus e a apreensão de dinheiro, arma de fogo, balança de precisão e demais petrechos, denotam não se tratar de traficante ocasional, surgindo imprópria a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343, de 2006.

[...]

5. Agravo regimental ao qual se nega provimento."
(STF – HC 229.571 AgR/SP – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** –
Segunda Turma – j. em 26/02/2024 – DJe de 22/04/2024).

No caso concreto, foram encontrados 12 (doze) porções de "maconha", pesando 28g e 13 (treze) porções de "cocaína", pesando 12g, 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.

Assim, a pena estabilizou-se em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

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

Nada obstante o réu tenha suportado a sua pena-base fixada 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 crime gravíssimo, 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, 12 (doze) porções de "maconha", pesando 28g e 13 (treze) porções de "cocaína", pesando 12g. Desse modo, o regime fechado é o que se revela mais adequado para fins de prevenção e repressão para o crime praticado.

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,

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

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 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 ANTECEDENTES. 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 a pena do crime de narcotráfico em regime fechado.

Descabe falar, ante a totalidade da pena privativa de liberdade



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

suportada pelo réu, da incidência da substituição da pena em tela por penas restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **afasto a preliminar arguida e nego provimento ao recurso defensivo.**

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator