



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000226057

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500527-92.2020.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que são apelantes/apelados JONH RICHARD DIAS ANDRADE e DORIVAL CARLOS GONÇALVES JUNIOR, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos dos réus para, rejeitada a matéria preliminar, com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal absolvê-los da acusação feita nestes autos, prejudicado o apelo do Ministério Público. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE SAMPAIO (Presidente sem voto), IVO DE ALMEIDA E ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 21 de março de 2022.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

Apelação Criminal nº 1500527-92.2020.8.26.0286 – 2ª Vara Criminal de Itu.

Aptes/Apdos: Jonh Richard Dias Andrade e Dorival Carlos Gonçalves Junior

Apelado/Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto nº 41.171.

1. Por decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal e do Júri da Comarca de Itu, os réus Jonh Richard Dias Andrade e Dorival Carlos Gonçalves Junior foram condenados como incurso no artigo 33, “*caput*”, c.c. § 4º, da Lei nº 11.343/06, a um ano e oito meses de reclusão, em regime prisional aberto, e cento e sessenta e seis dias-multa, no piso mínimo, porque no dia 08 de junho de 2019, às 20h, na Rua Wolko Orni Yedlin, nº 1, atrás do Shopping, Vila Nova, em Itu, agindo em concurso de agentes, com unidade de desígnios, tinham em depósito, para tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, oitenta e um comprimidos de “*MDMA – Metilendioximetanfetamina*”, substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica.

Inconformados, o Ministério Público e os acusados apelaram, o primeiro pretendendo o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a majoração da pena-base e a fixação do regime prisional inicial fechado, e os réus, em preliminar, arguíram a nulidade da prova, obtida em decorrência do ingresso não autorizado de policiais militares, incompetentes para tanto, na residência deles, e, por consequência, seu desentranhamento dos autos em virtude de sua ilicitude e, no mérito, buscam a absolvição



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

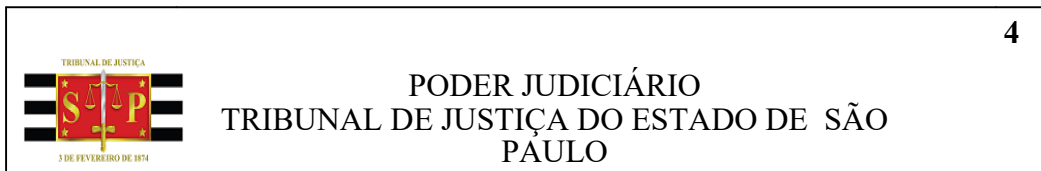
por falta de provas ou desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei Antidrogas, subsidiariamente pleiteando a defesa do réu Dorival a mitigação das penas, a substituição da pena carcerária por penas restritivas de direitos e “a improcedência do pedido de instauração de inquérito em relação a falso testemunho das testemunhas Robson e Thauan”, e a defesa do réu Jonh a concessão do benefício da justiça gratuita.

Regularmente processados os recursos, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento só do apelo do Ministério Público.

É a síntese do necessário.

2. Em seus recursos os réus sustentam ser nula a prova, em razão de suposta invasão de domicílio pelos agentes públicos, sem que houvesse fundada razão para se concluir pelo estado de flagrância que autorizaria a medida extrema ou sem que dispusessem eles de autorização judicial para o ingresso na residência dos acusados, da qual resultou a apreensão de substâncias entorpecentes.

Porém, como se extrai dos autos da ação penal, policiais militares, após abordarem a testemunha Robson e encontrarem em seu poder algumas porções de droga sintética (“LSD”), dela obtiveram a informação de que seu fornecedor seria o réu Dorival, bem como que este lhe dito que, se quisesse, poderia obter mais daquela substância com o réu Jonh. Diante disso, os policiais e a testemunha, num



primeiro momento, se dirigiram à residência deste último e lá, por indicação dele, encontraram porções de droga sintética (“ecstasy” e “LSD”). A seguir, após localizarem o réu Dorival em seu local de trabalho, se dirigiram até a casa dele e ali, por sua indicação, apreenderam o restante do entorpecente (“ecstasy” e “LSD”).

Assim, não se vislumbra a ocorrência de ilegalidade na apreensão dos tóxicos e prisão dos acusados, pois o ingresso nas respectivas residências se deu em razão de indicação de usuário detido na posse de droga sintética que alegou tê-la obtido de Dorival, bem como de que este teria a ela dito que poderia obter mais do entorpecente com o réu Jonh, o que justificou o regular proceder dos agentes públicos, independente de mandado judicial ou de autorização de quem quer que fosse, dada a existência de fundadas razões que indicavam a ocorrência do crime de tráfico de entorpecentes, observada a natureza permanente desse delito, bem como o depoimento dos policiais de que, ao serem indagados, os réus não se opuseram à diligência policial que culminou com a apreensão dos entorpecentes na moradia de cada um deles.

Aliás, cabe lembrar que o colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no Tema 280, estabeleceu ser legítima a entrada forçada de policiais em domicílio alheio, sem ordem judicial, ainda que no período noturno, quando amparada a ação em fundadas razões, devidamente justificadas “*a posteriori*” que revelem estar ocorrendo na casa situação de flagrante delito, como aqui se verificou (**RE nº 603.616-RO, Tribunal Pleno, Relator Ministro**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

Gilmar Mendes, julgado em 05.11.2015, DJe de 10.05.2015, assim se tendo decidido também no AgRg no RE 1298036-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 08.03.2021, DJe 11.03.2021) e nesse sentido tem decidido também o egrégio Superior Tribunal de Justiça: *“Nos casos de crime permanente, havendo fundada suspeita, é dispensável o mandado de busca e apreensão, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas” (HC nº 487.050, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 26.03.2019, DJe de 09.04.2019)* e *“1. A busca e apreensão realizada por agentes policiais, diante da existência de fundadas suspeitas da prática de crime permanente, prescinde da autorização judicial, porquanto se está diante da hipótese de flagrante que autoriza o agente do estado a adentrar o domicílio e outros estabelecimentos com o objetivo cessar a conduta delituosa, apreender os instrumentos do crime e prender os seus supostos autores. 2. Por outro lado, conforme enfatizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO, não há de se exigir uma certeza acerca da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, sendo bastante a demonstração, compatível com a fase de obtenção de provas, de que a medida foi adotada mediante justa causa, com amparo em elementos que indiquem a suspeita da ocorrência de situação autorizadora do ingresso forçado na casa. 3. Na espécie, tendo restado incontroverso nos autos que os policiais teriam recebido diversas delações anônimas, inclusive com descrição física dos autuados e, ao averiguarem tais informações, confirmaram as suspeitas com a apreensão da droga, de modo que havia a presença de elementos fundados da possível prática de crime, a permitir a quebra da garantia da inviolabilidade de domicílio. (...)” (HC nº 445.411, 6ª Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21.06.2018, DJE de 01.08.2018) e, também, **“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS***

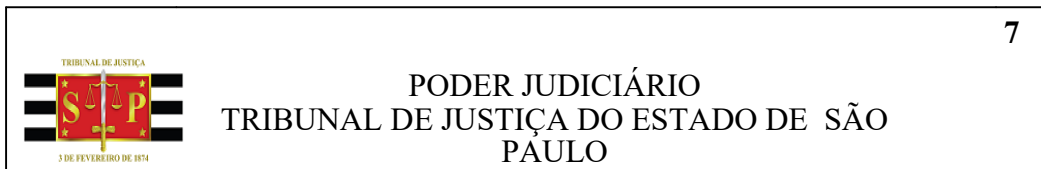


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. NULIDADE DO FLAGRANTE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. INDÍCIOS PRÉVIOS DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO AO MEIO SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO.” (RHC nº 119.440, 5ª Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 10.12.2019, DJe de 19.12.2019) e “É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas na presença de fundada razão para a ação policial, como ocorre na espécie. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.” (AgRg no HC nº 581.374, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 09.06.2020, DJe de 17.06.2020).

Essa é a hipótese dos autos, em que as fundadas suspeitas de que os réus estivessem em poder de entorpecentes para entrega a consumo de terceiros vieram a se confirmar com o sucesso da diligência por parte dos policiais, que lograram êxito em apreender tóxicos que cada qual dos réus guardava na residência para fins de fornecimento a terceiros, conforme delação recebida.

Oportuno ainda consignar que, ao contrário do sustentado pela combativa Defesa do réu Dorival nas suas razões de recurso, a Polícia Militar exerce, nos



termos do artigo 144 da Constituição Federal, junto com outros órgãos públicos, a segurança pública, podendo atuar na prevenção e apuração de infrações penais, sendo a ela no entanto, como é cediço, vedado o exercício da função de polícia judiciária, que é exclusiva das Polícias Cíveis e Federal, em linha de coerência diversos julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcritos: *“A Constituição da República confere às polícias civil e federal a exclusividade do exercício das funções de polícia judiciária, as quais, por sua vez, não se devem confundir com funções de polícia investigativa - ligadas à colheita de elementos informativos quanto à autoria e materialidade das infrações penais. Apesar do teor do art. 4.º do Código de Processo Penal, segundo o qual a polícia judiciária tem por objeto a apuração das infrações penais e da autoria, essa terminologia não foi a utilizada pela Constituição Federal de 1988. É que o próprio texto constitucional, ao se referir às atribuições da polícia federal, diferencia as funções de polícia investigativa (CF, art. 144, § 1.º, I e II) das funções de polícia judiciária (CF, art. 144, § 1.º, IV). Não é outra a diretiva no que diz respeito à polícia civil, a teor do § 4.º do mesmo art. 144 da Constituição da República, verbis: § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Portanto, estabelecida a distinção entre funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, fica claro que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil. **As atribuições investigatórias, todavia, poderão ser exercidas por outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função, tal qual dispõe o parágrafo único do art. 4.º do Código de Processo Penal.** Sobre o tema, transcrevo o pensamento de Guilherme de Souza Nucci: “(...) A nós, parece que a função investigatória precípua, de acordo com a*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

*Constituição, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuarem nesse sentido. Lógica não haveria em cercear a colheita da prova somente porque, em determinado momento, não há agentes da polícia civil disponíveis para a realização da busca, enquanto os militares estão presentes, propiciando a sua efetivação. Não deve, naturalmente, ser a regra, mas trata-se de uma exceção viável e legal. Do mesmo modo que à Polícia Militar cabe o policiamento ostensivo (art. 144, § 5º, CF), não se desconhece que policiais civis e delegados de polícia também o fazem, quando necessário. Enfim, a separação das polícias é o principal problema enfrentado, mas tal situação, que é, sobretudo, política, não pode resvalar no direito da população de obter efetiva segurança, nem tampouco nas atividades judiciais de fiel e escorreita colheita da prova. Do mesmo modo, embora seja função do oficial de justiça proceder às buscas determinadas pelo juiz, ao longo da instrução, nada impede que a polícia realize a diligência, especialmente se for em lugar particularmente perigoso, exigindo experiência policial para a consumação do ato. Na jurisprudência: STJ: "**Quanto às apreensões feitas na residência do contador, a defesa alegou que a polícia militar não teria competência para isso. O relator, porém, lembrou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) considera legais as buscas e apreensões efetivadas por policiais militares**" (HC 131.836-RJ, 5.ª T., rel. Jorge Mussi, 04.11.2010, m.v.). (Código de Processo Penal Comentado. 10. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 564 e 565). (grifei) Não há, portanto, como acolher a pretensão de nulificar o mandado de busca e apreensão (precedido de autorização judicial), por ter sido requerido e cumprido pela polícia militar." (RHC nº 97.886/SP, 6ª Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 07.08.2018, DJe 14.08.2018); "A polícia militar pode empreender atos investigatórios, inclusive cumprimento de mandado de busca e*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

apreensão, não havendo que se falar em nulidade ou ilicitude das provas obtidas mediante observância do ordenamento jurídico, não sendo possível dar interpretação restritiva ao art. 144 da CF, sob pena de inviabilizar em muitos casos a persecução penal. Precedentes.” (AgRg no REsp nº 1.1672.330/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 19.06.2018, DJe 28.06.2018); e ainda: “5. "A tese de usurpação da competência da Polícia Civil pela Polícia Militar, no caso, não encontra respaldo jurídico, pois, diversamente das funções de polícia judiciária – exclusivas das polícias federal e civil –, as funções de polícia investigativa podem ser realizadas pela Polícia Militar "(HC 476.482/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe de 11/3/2019).” (AgRg no REsp nº 109.770/SC, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14.05.2019, DJe 23.05.2019).

Rejeita-se, assim, a matéria preliminar arguida pelos réus por inocorrência da nulidade apontada, cumprindo, agora, o exame do mérito dos recursos.

Os réus no inquérito confessaram a prática do delito, negando todavia que traficassem em conjunto, e em Juízo alegaram o que consta de seus interrogatórios e foi transcrito na sentença apelada, nos seguintes termos: o **réu Jonh** alegou “*que recebeu telefonema de Dorival, dizendo que passaria em sua casa. Ficou aguardando, mas foi surpreendido pela presença de dois policiais, que chegaram dizendo que havia "perdido" e apontaram uma arma. Foi obrigado a desbloquear o celular, não autorizou a entrada dos policiais em sua casa e alegou que a pouca droga que tinha em sua casa era para seu consumo. Não fornecia drogas para não prejudicar a saúde dos outros. Disse que apenas assinou os papeis na delegacia, que não*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

leu e negou que tenha acusado Dorival. Negou comprar drogas de Dorival e negou conhecer Robson e Tauan”, restando acrescentar ter ele dito que não conhecia os policiais, e o réu Dorival, que “estava no trabalho, quando foi abordado pelos policiais e obrigado a destravar seu celular. Foi levado pelos policiais até sua casa, eles pegaram a chave e entraram no local, mesmo sem sua concordância. Admitiu que guardava cinco “balas” para seu uso. [Conhecia Josh da academia] (...), mas negou que vendesse drogas para ele ou qualquer outra pessoa. Também negou ser o proprietário do restante da droga que os policiais disseram haver em sua casa. Esclareceu que recebeu uma ligação de Robson pedindo por drogas sintéticas. Como não mexia com isso, foi atrás de quem mexesse e um amigo [não identificado] passou o telefone de John. Na delegacia, foi obrigado a assinar o interrogatório [após lê-lo], senão seria preso. Insistiu que nunca vendeu drogas para ninguém”, restando acrescentar ter ele dito que nunca comprou droga de John (fls. 19, 22 e 330/331 e registro digital)

Nos aspectos relevantes, os policiais militares e as demais testemunhas inquiridas relataram o que consta de seus depoimentos e foi transcrito na sentença apelada.

Os policiais Carlos e Everson narraram que “estavam realizando patrulhamento, quando avistaram um veículo Honda/Civic, estacionado em local deserto [atrás de um shopping], o que despertou suspeita. Realizaram a abordagem e o veículo era conduzido por Robson Gomes Benedetti [e ocupado por Thauan]. Ele foi revistado e portava 4 pontos da droga LSD. Robson alegou que era usuário e que comprou a droga de um rapaz de nome Dorival Júnior. Iria buscar mais drogas com ele. Robson entrou em contato com Dorival e este relatou que estava



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

trabalhando, mas que poderia ir buscar a droga com um rapaz de nome John. De posse do endereço, dirigiram-se à residência de John, foram recebidos por ele e tiveram a entrada franqueada. Efetuaram a revista e localizaram [droga sintética] (...). Ao ser questionado, John alegou que havia comprado as drogas para participar de uma festa rave, que havia sobrado, que parte delas era consumida e parte vendida para conhecidos. Pegou tais substâncias de um fornecedor de Indaiatuba. Posteriormente, foram até o local onde Dorival trabalhava e solicitaram que ele os acompanhasse até sua residência. Dorival levou os policiais até sua casa e autorizou a revista. Vistoriaram a casa e encontraram mais (...) pontos de LSD e (...) comprimidos de ecstasy. (...) Disseram que os dois acusados colaboraram desde o início, ambos confessaram envolvimento com o tráfico e que não os conheciam até então. Negaram ter manuseado e utilizado os celulares dos [envolvidos na ocorrência policial]”, restando acrescentar de relevante terem eles dito que todas as drogas estavam embaladas de forma idêntica, bem como que sequer precisaram revistar os imóveis, pois os próprios réus indicaram os locais onde guardavam os tóxicos (fls. 331/332 e registro digital).

A testemunha Robson relatou no inquérito que *“estava parado em um veículo Honda Civic quando abordados pela PM. Estava com 4 micropontos de LSD. Não usa mais nenhum tipo de substância entorpecente, somente LSD. Pagou R\$.20,00 por cada microponto. Comprou ela de um rapaz conhecido como Junior (Dorival). Compra drogas com Junior desde novembro de 2018. Não conhece Jonh. Nunca comprou droga com Jonh. Nesta data, havia comprado droga com Junior e esta pediu para que ele fosse buscá-las com Jonh. Antes de ir, foi abordado pela PM que então o seguiu e abordou Jonh, encontrando drogas com tal pessoa”, e em Juízo que “estava com Tauan fazendo uso de*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

maconha [adquirida na cidade de Salto], quando foram abordados. Os policiais encontraram a maconha e não havia nenhuma outra droga. Contudo, os policiais o obrigaram a desbloquear seu celular, passaram a manuseá-lo e ligaram para Dorival, passando-se por ele. Foi algemado e levado até a casa de John, pessoa desconhecida. Em seguida, acompanhou os policiais até a empresa de Dorival e depois para sua casa. Não acompanhou a revista nas residências, negou ter adquirido a droga dos acusados e disse que foi agredido pelos policiais. Foi obrigado a omitir a existência da maconha e insistiu que nunca comprou drogas de Dorival” (fls. 23 e 332 e registro digital).

A testemunha Thauan relatou em Juízo que ela e Robson “faziam uso de maconha, quando foram abordados [por policiais por volta das 18h]. Os policiais coagiram Robson e passaram a usar o celular de ambos. Descreveu as abordagens de John e Dorival, dizendo que não conhecia nenhum dos dois até então. Permaneceu algemado e negou que portasse drogas sintéticas. Ele e Robson portavam apenas maconha para uso”, restando acrescentar de relevante ter dito que ficou na viatura o tempo todo, que o Honda/Civic lhe pertencia, que foi obrigado a desbloquear seu celular, bem como que não presenciou as buscas realizadas nos imóveis (fl. 332 e registro digital).

A testemunha Luiz Henrique narrou que “conhece o acusado John e foi chamado por ele quando soube que havia sido conduzido à delegacia. Foi até o local, manteve contato com John e ele estava muito nervoso com a situação. Alegou que não tinha nenhuma culpa e desconhece seu envolvimento com o tráfico. Atestou sua boa conduta, dizendo que é trabalhador” (fl. 333 e registro digital).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

A testemunha Sonia relatou que *“conhece John desde que pequeno e soube dos fatos por meio da mãe dele. Presenciou a chegada dos policiais, mas não acompanhou as diligências. Atestou a boa conduta”* (fl. 333 e registro digital).

Por fim, as testemunhas Vanderley e Wesley não presenciaram os fatos e nada acrescentaram sobre o ocorrido (registro digital).

Como se vê, a admissão dos réus no inquérito, no calor dos acontecimentos, quanto ao encontro de substâncias tidas como entorpecentes em poder de ambos para fins de fornecimento a terceiros, embora negassem o atuar em conjunto na venda de drogas, se compatibilizou com a firme e harmoniosa narrativa dos policiais inquiridos nos autos.

No caso em pauta, inexistente motivo para se repudiar a firme e segura palavra dos policiais inquiridos, pois nada de concreto se demonstrou que pudesse tisonar de parcialidade o depoimento deles, prestado sob compromisso legal, não sendo crível fossem levemente imputar crime de tal gravidade a inocentes escolhidos aleatoriamente, ainda mais se valendo de significativa quantidade de tóxico da natureza do que constou do laudo de exame toxicológico, de modo que seus relatos merecem prestígio e essa insuspeita prova era suficiente para a definição da autoria, mesmo porque prevalece a presunção de que os agentes públicos agem no cumprimento do dever e nos limites da legalidade, merecendo prestígio a palavra deles quando, como no caso, noticiam em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

Juízo suas atividades no combate e repressão à criminalidade.

O colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu que *“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.”* (HC 74.608-0, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18.02.97, D.O.U. de 11.04.97, p. 12.189).

Além disso, as circunstâncias da prisão, decorrente de bem-sucedida diligência policial, em local indicado pelo denunciante Robson, com quem inicialmente teriam sido encontrados quatro micropontos supostamente de “LSD”, a qual culminou, num primeiro momento, com a abordagem do réu Jonh e apreensão na residência dele de substâncias tidas como entorpecente e, posteriormente, com a abordagem do réu Dorival e encontro na residência deste de substâncias que seriam da mesma natureza, não deixaram dúvidas quanto a se destinar o suposto material entorpecente ao insidioso comércio.

Reforça esse conclusão o depoimento colhido no inquérito da testemunha Robson, pois no calor dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

acontecimentos ela delatou ambos os acusados e sua retratação judicial, assim como a versão apresentada pela testemunha Thauan, se revelam artificiosas e interessadas na absolvição dos apelantes, pois como consignado pelo douto magistrado “[a] versão de Robson de que os policiais ficaram mexendo no celular e ligaram para Dorival se passando por ele é totalmente inverossímil e contraria todo o restante da prova. Dentre inúmeros contatos no celular, não teria como os policiais escolherem Dorival aleatoriamente e o incriminarem gratuitamente. Ficou bastante evidente que os dois réus praticavam o tráfico, ainda que separadamente (...). Os depoimentos de Robson e Tauan são contraditórios, desprovidos da mínima credibilidade e têm o evidente intuito de desqualificar a acusação” (fl. 334).

Por isso, foi corretamente determinada a instauração de inquérito policial em face de Robson e Thauan para apuração de eventual cometimento por eles do delito de falso testemunho (fl. 335).

Por outro lado, cabe lembrar que o delito de tráfico ilícito de tóxicos é de natureza permanente, que se consuma com a simples posse da droga pelo agente para fim de comércio a terceiro sendo, portanto, desnecessário que seja ele flagrado vendendo o entorpecente. A propósito, sobre o tema este Tribunal já decidiu que “Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio artigo 37 da Lei Antitóxicos dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

como a conduta e os antecedentes do agente.” (RT 584/347. Nesse mesmo sentido: RT 714/357, RJTJSP 63/316, 70/371 e 97/512).

Demais disso, ainda que possam os réus serem usuários de drogas, tal circunstância não os impedia de exercer o comércio ilícito de entorpecentes, fato nada incomum nesse meio, até como forma de sustentar o vício.

Entretanto, muito embora haja prova da materialidade dos fatos delituosos, ante o conteúdo do auto de exibição e apreensão e do laudo de exame toxicológico, que atestou ser “MDMA – Metilenodioximetanfetamina” parte do material apreendido na ocasião dos fatos, substância essa entorpecente causadora de dependência física e psíquica (fls. 25 e 32/37), há séria dúvida quanto ao que de fato teria sido apreendido com cada qual dos réus, tornando impossível verificar a quem efetivamente pertencia o material apreendido e que a perícia atestou como sendo o referido entorpecente, como bem anotado nas razões de recurso do réu Jonh, sequer sendo possível também afirmar de quem era a parte do material cuja natureza entorpecente não foi possível reconhecer no laudo referido.

Com efeito, para melhor compreensão a respeito cumpre desde logo destacar que do auto de apreensão (fl. 25) constou que, em poder do réu Jonh teriam sido apreendidos cento e sessenta e dois (162) selos que seriam de LSD, tendo esse material recebido o lacre nº 0057779, enquanto que com o réu Dorival teriam sido apreendidos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

cinquenta e um (51) comprimidos que seriam de ecstasy, tendo esse material recebido o lacre 0057778.

Conforme constou do histórico do laudo pericial de exame toxicológico aqueles dois invólucros plásticos transparentes com os lacres acima mencionados (fls. 33) foram levados a exame. O primeiro deles, correspondente ao lacre identificado sob nº 0057779, que consoante o auto de apreensão (fl. 25) eram relativos à apreensão de cento e sessenta e dois selos que seriam de LSD, supostamente encontrados com o réu Jonh. Nessa análise, inicialmente constou a observação de que, ao ser aberto tal invólucro, se verificou que a quantidade de selos em seu interior não era de cento e sessenta e dois (162), como referido, mas na verdade de apenas cento e cinquenta e sete (157), sem que tivesse havido qualquer explicação para essa diferença e, depois, da análise feita no material que veio em dois lotes (93 + 64), se concluiu que, no relativo ao lote com 93 selos (Tabela A1), *“NÃO FOI DETECTADA a presença de substâncias rotineiramente pesquisadas neste laboratório devido à ausência de padrão analítico”* (fl. 34) e quanto aos sessenta quatro (64) remanescentes (Tabela A2), que o material examinado foi identificado como sendo a substância MDMA, constante da lista F, de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria ANVISA 344/98 e atualizações posteriores (fl. 34).

Em seguida, se passou ao exame do material referente ao lacre identificado sob nº 00057778, que correspondiam aos cinquenta e um (51) comprimidos que, de acordo com o auto de apreensão (fl. 25), supostamente teriam



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

sido encontrados com o réu Dorival e que, como se infere do conteúdo do laudo, teria vindo em cinco lotes e objeto da análise conforme as tabelas com a letra B e respectiva quantidade de comprimidos B1 (19), B2 (15), B3 (5), B4 (11) e B5 (1). Quanto aos comprimidos constantes das tabelas B1 e B2, a conclusão foi no sentido de que *“NÃO FOI DETECTADA a presença de substâncias rotineiramente pesquisadas neste laboratório devido à ausência de padrão analítico”* (fl. 35) e quanto aos comprimidos constantes das tabelas B3, B4 e B5 que o material examinado foi identificado como sendo a substância MDMA, constante da lista F, de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria ANVISA 344/98 e atualizações posteriores (fl. 35/36).

Assim, em função do que foi apurado por meio desse laudo de exame toxicológico, se somadas as substâncias entorpecentes detectadas como sendo MDMA, alcançou-se um total de oitenta e uma (81) porções individuais e como elas estavam em parte do material supostamente apreendido com ambos os réus, assim foi a eles imputada a posse dele, para fins de tráfico, em função do que teria sido por eles admitido no inquérito e frente ao relato dos policiais que participaram da diligência que resultou na prisão de ambos na posse do tóxico em tela.

Todavia, pelo que constou do boletim de ocorrência, lavrado em função do que foi relatado pelos PMs Carlos Alexandre Sanches e Everson de Moraes em seus depoimentos no inquérito (fls. 20 e 21), com a testemunha Robson foram encontrados quatro pontos supostamente de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

LSD, na casa do réu Jonh 98 pontos (ou selos) supostamente de LSD e 26 comprimidos de ecstasy, enquanto que na residência do réu Dorival 60 pontos supostamente de LSD e 25 comprimidos supostamente de ecstasy. Ambos os policiais teriam repetido isso em Juízo, como constou da sentença.

Desde logo cabe assinalar que não há nos autos dúvida quanto à apreensão do material referido, tanto na posse da testemunha Robson, como na residência de ambos os réus. Aliás, como já mencionado, inexistiu qualquer indicação concreta de que os policiais tivessem mentido a respeito disso, até porque nenhum interesse eles teriam em falsamente incriminar inocentes, a quem sequer conheciam. O relato deles sempre foi uniforme e coerente, merecendo prevalecer sobre a narrativa dos réus, que inicialmente no inquérito admitiram a posse de drogas para tráfico, embora negassem que agiam em conjunto, para depois se retratarem em termos inverossímeis e inconvincentes e que não poderiam ser aceitos.

Nada obstante, nesse aspecto é bem de ver que a prova oral reunida nos autos, seja no inquérito ou mesmo em Juízo, nada de concreto demonstrou a indicar que os réus exercessem o tráfico em concurso de agentes. Na realidade, o que é possível inferir com segurança é que a testemunha Robson comprava tóxico do réu Dorival e, na ocasião dos fatos, o procurou para comprar mais e como este último estava trabalhando indicara o réu Jonh como sendo com quem esse usuário poderia obter o entorpecente. Ora, tal circunstância, por si só, não era indicativa de que ambos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

atuassem em conjunto ou mesmo associados no comércio ilícito de drogas. Na verdade, eles sempre negaram isso e a palavra de ambos, nesse ponto, não sofreu contestação nos elementos de convicção amealhados no processo.

Na verdade, ausente prova de que os réus agiam em concurso, só seria possível concluir que atuavam no exercício do tráfico cada qual por sua conta e de forma independente.

E uma vez admitida tal conclusão, disso deflui uma consequência relevante para o desfecho do presente processo.

Realmente, em face do que constou do auto de apreensão e da perícia, é possível concluir que o material tido com entorpecente e apreendido em poder de ambos os réus, sem que houvesse justificativa para tanto foi unido de acordo com a natureza do suposto entorpecente apreendido, como se verifica do conteúdo do auto de apreensão de fl. 25 e, assim, colocado em dois invólucros transparentes, de tal modo que num deles foram colocados todos os selos ou pontos da substância que se acreditava fosse LSD e atribuída a propriedade deles ao réu Jonh, e no outro invólucro se reuniu todos os comprimidos que se acreditava fosse de ecstasy e atribuída a propriedade deles ao réu Dorival, muito embora, na realidade, em poder de cada qual dos réus tivesse sido encontrada ambas as substâncias que se suspeitava fossem LSD e ecstasy, como ficou bem claro no boletim de ocorrência e nas declarações dos policiais, no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

inquérito e em Juízo.

Como o laudo pericial concluiu que apenas a menor parte do material examinado era de MDMA ou seja, apenas 63 selos dos 157 recebidos para exame e que se suspeitava fosse LSD, *-o que já divergia dos 162 que constavam como estando no invólucro e em cujo montante, pelo que se viu, teriam sido incluídos também os 4 selos ou micropontos apreendidos com a testemunha Robson-*, não é possível concluir se o resultado positivo (e por consequência também o negativo) abrangia aquilo que foi apreendido com o réu Jonh ou com o réu Dorival ou parte com este e parte com aquele.

O mesmo se deu com os comprimidos que se suspeitava fosse ecstasy, pois dos 51 apreendidos, apenas dezessete foram tidos como entorpecente do tipo MDMA, sem que seja possível concluir se esse resultado (e por consequência também o negativo) abrangia as substâncias apreendidas com o réu Jonh ou com o réu Dorival ou parte com este e parte com aquele.

Diante disso, é forçoso reconhecer que não há segurança para se afirmar que o material dado como sendo MDMA no laudo de exame toxicológico abrangia só o material encontrado com o réu Jonh, ou só com aquele apreendido com o réu Dorival, ou se ele abarcava parte pertencente a um e parte a outro. Disso decorre a conclusão inafastável quanto a ser perfeitamente possível que todo o material apreendido com um dos réus, seja ele o réu Jonh, ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

seja ele o réu Dorival, não tivesse sido classificado como entorpecente.

A fundada dúvida instalada, então, deve a ambos beneficiar, para que não prevaleça a condenação de um possível inocente. Sendo assim, impõe-se prover em parte o recurso dos réus, para, rejeitada a matéria preliminar, decretar a absolvição deles, nos precisos termos do disposto no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em razão disso, fica prejudicado o apelo do Ministério Público.

3. Destarte, pelo meu voto, dá-se parcial provimento aos recursos dos réus para, rejeitada a matéria preliminar, com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal absolvê-los da acusação feita nestes autos, prejudicado o apelo do Ministério Público.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ

- Relator -