



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000281019

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501234-20.2024.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante/apelado CARLOS HENRIQUE FONSECA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO**, com a redução do percentual de exasperação da pena base, pelo decote dos maus antecedentes, e **DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, para remanejar a segunda fase da dosimetria, reconhecendo-se a agravante da reincidência específica, que foi compensada com as duas atenuantes observadas, e para exclusão da aplicação do redutor da pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.304/06, com repercussão na pena, que agora importa em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, estes fixados em valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/06, mantida, no mais, a r. sentença prolatada em seus ulteriores termos, pelos próprios e jurídicos fundamentos. V. U. , de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA E DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 25 de março de 2025.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator(a)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 5.271.

APELAÇÃO Nº. 1501234-20.2024.8.26.0642.

APELANTE/APELADO: CARLOS HENRIQUE FONSECA

**APELADO/APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE
SÃO PAULO.**

COMARCA: UBATUBA (3ª VARA).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS. Apelações mútuas. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas e sequer questionadas. Pela Defesa, pleito de redução da pena base - Recurso do Legitimado pugnando pelo reconhecimento da reincidência específica e o decote do privilégio. Dosimetria – Condenação definitiva, apta ao reconhecimento da agravante da reincidência, remanejada para a segunda fase do cálculo, pela especialidade – Para evitar *bis in idem*, os maus antecedentes são decotados – Com isso, remanesce acréscimo de 1/3 na primeira fase – Ausência de direito subjetivo do acusado a aplicação de fração específica – Acréscimo justificado pela quantidade, variedade e natureza das drogas – Na segunda fase, reconhecida a reincidência específica, que demanda maior reprova – Contudo, o caso concreto permite que seja compensada com as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea – Fase final – Afastado redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, até porque o réu é reincidente específico, além da quantidade de entorpecente apreendida ser elevada, a denotar alto comprometimento com o crime. Regime fechado, proporcional e adequado, diante da gravidade intrínseca do crime. Vedadas benesses penais por critérios objetivos - Pena imposta que ultrapassa o limite de 04 anos (arts. 44 e 77, CP). Custódia cautelar mantida. Apelo da Defesa parcialmente provido e recurso do Ministério Público provido, com repercussão em face do redimensionamento da reprimenda.

Trata-se de recursos de Apelações interpostos pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** e por **CARLOS HENRIQUE FONSECA** insurgindo-se contra a r. sentença de fls.144/149, que condenou o acusado a pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias multa, fixados no valor unitário mínimo legal, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06; pelos fatos descritos na denúncia de fls.83/85, ocorridos no dia 23 de julho de 2024.

Inconformado com a r. Sentença, apelou o **MINISTÉRIO PÚBLICO** (fls.158/160), requerendo quanto a dosimetria da pena, especificamente na segunda e terceira fases, o reconhecimento e aplicação da agravante relativa à reincidência específica do acusado, posto ostentar condenação por tráfico, transitada em julgado. Pleiteia, ainda, o afastamento da causa de redução de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Também Apela o réu (fls.176/179), postulando reparos na dosimetria da pena, afastando a majoração da pena base fundamentada no artigo 42 da Lei 11.343/06, entendendo que a quantidade apreendida não pode ser considerada duas vezes, tanto na fixação da pena-base quanto na causa de aumento do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sob pena de dupla valoração negativa. Assim, requer a redução da reprimenda proporcionalmente em 1/6, considerando as circunstâncias atenuantes, a primariedade e ausência de envolvimento com organização criminoso.

Regularmente processado os recursos, com contrarrazões às fls. 180/184 e fls. 187/188, respectivamente.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 205/207 é pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do apelo defensivo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório do essencial.

Conforme registrado na denúncia (fls.83/85):

“Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 23 de julho de 2024, por volta das 08h48min, na Travessa dos Ypês, altura do nº 377, Pedreira, nesta cidade e comarca, CARLOS HENRIQUE FONSECA, qualificado à fl. 18, trazia drogas consigo, para fins de tráfico, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Apurou-se que, no dia dos fatos, o denunciado trazia consigo, dentro de uma pochete, 45 porções de maconha (130g) e 225 microtubos de cocaína (200g), além de R\$ 13,00 em notas trocadas.

O denunciado estava em local conhecido como ponto de venda de drogas, quando foi abordado por policiais militares. Ao ser indagado se possuía algo ilícito, de pronto assumiu afirmativamente.

As porções de drogas foram localizadas e apreendidas dentro da pochete (cf. auto de exibição e apreensão de fl. 30 e auto de constatação preliminar de fl. 25).

Inquirido em sede policial, o denunciado confirmou a propriedade dos entorpecentes (cf. depoimento de fls. 18/20).

A natureza, variedade, quantidade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, além da apreensão de dinheiro em notas diversas, são indícios de traficância.”

Passa-se à análise, não havendo arguição de preliminar.

Ab initio, observo que não houve insurgência quanto ao mérito, regime de cumprimento de pena e benesses legais, razão pela qual se tornaria despicienda a apreciação das matérias.

De qualquer forma, os elementos de convicção colhidos nos autos são suficientes a demonstrar a prática do crime, sendo indubitável a materialidade da infração penal evidenciada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls.01), pelo boletim de ocorrência (fls.02/05), auto de exibição e apreensão (fls.30), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls.25/26) e laudo de exame químico-toxicológico (fls.131/132) e pela prova oral colhida.

Quanto à autoria, é certa e segura, considerando-se a prova oral

produzida nos autos, bem como a confissão espontânea do próprio acusado em seu interrogatório pessoal.

A **finalidade mercantil restou evidenciada pela natureza, variedade, expressiva quantidade, modo de acondicionamento das drogas** e, em razão das demais circunstâncias da prisão em flagrante, não havendo dúvida de que CARLOS, **réu confesso**, mesmo ciente da ilicitude de sua conduta, praticou o crime de tráfico, **trazendo consigo e transportando substâncias entorpecentes** e que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Enfim, demonstrado o fato e a necessidade de responsabilização do apelante, restando observar que a insurgência, tanto do Ministério Público quanto da Defesa é pela reformada da sentença de primeiro grau para alterar a dosimetria penal, o que será objeto de apreciação adiante.

Repisando, o conjunto probatório amalhado aos autos é suficiente, sendo inegável a responsabilidade criminal do acusado pelos fatos que lhe foram imputados no édito condenatório, contendo elementos de convicção, de modo a não deixar dúvidas sobre a prática do delito.

Desse modo, e porque não se vislumbra a presença de erro material, nulidade ou matéria teratológica que devessem ensejar o pronunciamento desta Corte *ex-officio*, cumpre examinar estritamente o pleito deduzido no apelo (*tantum devolutum quantum appellatum*), nos termos do artigo 599 do Código de Processo Penal.

Passemos à dosimetria da pena.

É necessário, para facilitar o entendimento, expor pontos a serem observados, mormente no que toca as duas primeiras fases do cálculo e que refletirá na terceira.

A certidão de fls. 50/51 dos autos mostra que o acusado ostenta uma única condenação definitiva, pela prática do crime de tráfico de drogas ocorrido aos 02/10/2.021 (feito 1500349-59.2021.8.26.0626). O édito transitou em julgado para a Defesa em data de 26/04/2024.

Portanto, respeitado o convencimento do insigne Magistrado prolator, a recidiva, ante a especialidade, deveria ser levada em conta na segunda fase do cálculo, nos termos em que, com razão, requereu a digna Promotora de Justiça oficiante em seu apelo.

Para tanto, a fim de evitar *bis in idem*, os maus antecedentes deverão ser decotados do cálculo na primeira fase da dosimetria.

Feitas tais considerações, passemos ao cálculo em si.

Na primeira fase, à luz do artigo 59 do Código Penal e em observância ao enunciado do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, houve consideração, como já mencionado, das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu por ostentar **maus antecedentes** e as circunstâncias do crime a merecer maior exasperação, diante da **expressiva quantidade e variedade de entorpecentes (45 porções da droga conhecida como maconha, pesando**

cerca de 130g e 225 porções da droga conhecida como cocaína, pesando cerca de 200g), o que permitiria servir considerável número de usuários, já que cada grama em média possibilita perfilar 7 "carreiras", segundo estudos, **merecendo a exasperação compatível** com a gravidade do caso concreto, motivo pelo qual majorada a pena base na fração de 1/2 (metade) acima do mínimo legal, resultando em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

Como já adiantamos acima, pelos motivos lá expostos, os maus antecedentes são aqui decotados, ante o reconhecimento da agravante da reincidência.

Embora Sua Excelência não tenha explicitado o peso de cada vetorial negativa, entendemos que, por ser única a condenação, ela deva ter representado 1/6 da fração adotada. Remanesce, pois, o acréscimo de 1/3 relativo às circunstâncias do crime, que serão tratadas a seguir.

Insurge-se a Defesa, entendendo que a quantidade apreendida não justifica tamanha exasperação e também porque não poderia ser considerada duas vezes, tanto na fixação da pena-base quanto na modulação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sob pena de dupla valoração negativa. Assim, requer a redução da reprimenda proporcionalmente em 1/6.

Vejamos.

Quanto ao primeiro aspecto, com efeito, o magistrado detém certa discricionariedade para fixação da reprimenda na primeira fase da dosimetria. Considerando que o próprio legislador deixou de fixar balizas rígidas para esta etapa, não é correta, *data venia*, a compreensão de que seja direito subjetivo do acusado a imposição de fração específica.

No ponto:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. LEGALIDADE DA ATUAÇÃO POLICIAL. DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA. DOSIMETRIA REALIZADA DE FORMA FUNDAMENTADA. NÃO INCIDÊNCIA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias registraram que os acusados foram presos na posse de material entorpecente, tendo sido realizada a abordagem em razão da fuga dos recorrentes, quando avistaram os policiais, em local conhecido como ponto de venda de drogas.

2. Nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal, a busca se justifica "quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Na situação narrada na denúncia, a busca pessoal se deu de forma legítima, tendo em vista a existência de fundada suspeita de que os acusados estariam empreendendo fuga por estarem na posse de material entorpecente. É de se destacar também a coerência dos depoimentos dos policiais que depuseram em juízo, havendo verossimilhança nas suas afirmações.

3. "A permissão para a revista pessoal - à qual se equipara a busca veicular - decorre, portanto, de fundada suspeita devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo

esteja na posse de 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 Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022).

4. É assente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que "a ausência de informação acerca do direito de permanecer calado ao acusado gera apenas a nulidade relativa, devendo ser arguida em momento oportuno, a teor do disposto no art. 571 do CPP, cuja declaração depende, ainda, da comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no caso" (AgRg no REsp n. 1.679.278/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/6/2018, DJe de 1º/8/2018).

5. Compete ao Juiz, de ofício, determinar a produção de provas, quando considerar que são fundamentais para a adequada solução do processo. Diante disso, não há que se falar em ofensa ao princípio da inércia de jurisdição e ao sistema acusatório em decorrência da simples determinação de uma diligência.

6. "A discricionariedade judicial motivada na dosimetria da pena é reconhecida por esta Corte. Não existe direito subjetivo a critério rígido ou puramente matemático para a exasperação da pena-base. Em regra, afasta-se a tese de desproporcionalidade em casos de aplicação de frações de 1/6 sobre a pena-mínima ou de 1/8 sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo do tipo, admitido outro critério mais severo, desde que devidamente justificado, como no caso dos autos. Precedentes" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.563.576/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/10/2024, DJe de 15/10/2024).

7. A primariedade e a ausência de maus antecedentes não autorizam, por si sós, a aplicação da causa de diminuição de pena, na medida em que deverão estar presentes, cumulativamente, quatro requisitos:

primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 820.457/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/3/2025, DJEN de 11/3/2025).

Ao revés, uma única circunstância judicial seria hábil, em tese,

para fixar a pena-base em patamar máximo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ART. 59 E 68, AMBOS DO CP. PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE E DE RAZOABILIDADE NA ESCOLHA DA FRAÇÃO DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Quanto ao argumento de desproporcionalidade na exasperação dada à pena-base, notadamente em função da discricionariedade inerente aos juízos ordinários na valoração das circunstâncias judiciais, tem-se que razão não assiste ao agravante.

2. Inexiste um critério legal para a exasperação da pena-base.

Assim, o Magistrado, diante de sua discricionariedade vinculada aprecia as circunstâncias judiciais e incrementa a pena-base com indicação de elementos concretos, não inerentes ao tipo penal. [...]

Consoante precedentes, uma única circunstância judicial pode acarretar a exasperação da pena-base ao máximo legal cominado em abstrato, o que afasta a adoção de um critério que imponha outro teto na primeira fase da dosimetria da pena (AgRg no AREsp n. 1.598.525/MT, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 4/5/2020).

3. [...] não há um critério matemático para a escolha das frações de aumento em função da negatização dos vetores contidos no art. 59 do Código Penal, sendo garantida a discricionariedade do julgador para a fixação da pena-base, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto (HC n. 557.108/MG, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 16/6/2021) (AgRg no HC n. 713.413/SE, Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 4/8/2022).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.840.942/TO, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 22/9/2022.) (grifo nosso).

Nessa linha de intelecção, o que se exige é que haja justificativa concreta para a exasperação.

É o caso dos autos.

Com efeito, a quantidade de entorpecentes apreendidos foi realmente vultuosa **(45 porções da droga conhecida como maconha, pesando cerca de 130g e 225 porções da droga conhecida como cocaína, pesando cerca de 200g)**, repiso, a considerar que cada grama em média possibilita perfilar 7 "carreiras", segundo estudos, de modo a atender enorme quantidade de usuários.

A mais disso, há variedade e, principalmente, como não poderíamos deixar de pontuar, **deve ser levada em conta igualmente a nocividade da cocaína, droga potente e altamente viciante.**

É a própria aplicação do art. 42 da Lei Antidrogas: *Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*

Assim, a exasperação é necessária para o caso, posto que, realmente, há expressiva quantidade de drogas apreendidas e em variedade. Ademais, tanto a quantidade como a natureza nociva e poder viciante capaz de resultados devastadores em seus consumidores, bem como em razão das

demais circunstâncias da prisão em flagrante, o que denota a merecida a exasperação compatível com a gravidade do caso concreto.

Confira-se a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/3. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ACUSADO QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. INALTERADA A SANÇÃO ORIGINÁRIA, FICA MANTIDO O REGIME PRISIONAL FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Na hipótese, a reprimenda básica foi proporcionalmente exasperada na fração de 1/3, em razão da quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas em poder do réu - 21 porções de maconha, com peso de 33g (trinta e três gramas), mais uma porção grande da mesma substância, na forma de "tijolo", dividida em 3 partes, pesando, aproximadamente, 521g (quinhentos e vinte e um gramas), além de 77 porções de cocaína, totalizando 63g (sessenta e três gramas).

2. De acordo com o disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 a 2/3 da pena, desde que seja, cumulativamente, primário e portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades

criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

4. No caso em tela, não foi reconhecida a incidência da minorante com base na dedicação do paciente à atividade criminosa, tendo em vista a anterior prática de ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas, com observância aos pormenores da situação concreta e respeitando os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo excluída a possibilidade de aplicação do pretendido redutor.

5. Inalterada a sanção originária - 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão -, permanece o regime fechado, notadamente diante da presença de circunstância judicial negativa, tanto que a pena-base foi estabelecida e mantida em patamar além do mínimo.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 725.168/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.) (grifei).

Por todo exposto até aqui, é proporcional a fixação da básica 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, perfazendo **06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.**

O segundo aspecto do argumento defensivo, em nosso entendimento, restará superado, eis que, nos termos da fundamentação que virá, será afastada a figura privilegiada.

Na segunda fase, vislumbrada as circunstâncias judiciais atenuantes previstas no artigo 65, incisos I e III, alínea 'd', do Código Penal, de modo a reduzir a pena na fração de 1/6 (um sexto).

Neste ponto, insurge-se o Ministério Público pretendendo o

reconhecimento e aplicação da agravante relativa à reincidência específica do acusado, posto ostentar condenação por tráfico, transitada em julgado (cf. processo n.1500349-59.2021.8.26.0626 – fls.50).

Assiste-lhe razão.

Com efeito, como já adiantado, nesta fase deve ser reconhecida a circunstância judicial agravante da **reincidência específica** (autos nº 1500349-59.2021.8.26.0626). Não há *bis in idem*, porquanto os maus antecedentes foram decotados na etapa anterior.

Também foram reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea.

Pois bem.

Consabido, a reincidência específica demanda maior rigor para imposição da pena, eis que eleva sobremaneira a culpabilidade do acusado, que, malgrado já tenha sido perseguido pelo Estado, torna a delinquir, incidindo em prática idêntica.

A condenação do acusado, a propósito, transitou em julgado poucos meses antes da segunda prática, o que denota que, de fato, faz pouco da justiça e das consequências de seus atos perante a sociedade.

Não menos certo é que faz jus a duas atenuantes que, à luz do artigo 67, *caput*, do Código Penal, tanto a menoridade relativa quanto a confissão espontânea são igualmente preponderantes, por dizerem respeito à personalidade do agente.

Veja-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORA REMANESCENTE RECONHECIDA PELO JÚRI. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE DO INCREMENTO. MENORIDADE RELATIVA E REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

9. "A confissão espontânea e a menoridade relativa, sendo atributos da personalidade do agente, são igualmente preponderantes com a reincidência e os motivos do delito, consoante disposto no art. 67 do Código Penal (Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).

10. Reconhecida a menoridade do paciente, bem como o fato dele ser reincidente, sem que tenha sido explicitada a presença de mais de uma sentença condenatória transitada em julgado, deve

ser promovida a compensação integral entre as referidas atenuante e agravante.

11. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 16 anos de reclusão.

(HC n. 646.844/ES, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/4/2021, DJe de 9/4/2021).

Depois, obtempera-se que o acusado confessou os fatos informalmente aos policiais, perante a autoridade policial e em juízo.

Por isso, no caso concreto, **a reincidência específica do réu comporta integral compensação com as duas atenuantes observadas**, o que mantém a pena no patamar de **06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.**

Na terceira fase, foi reconhecida a causa minorante de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Nova irresignação do Ministério Público, e uma vez mais, com razão.

É de se ressaltar que o Juízo de origem reconheceu a causa especial de diminuição de pena, entendendo preenchidos os requisitos legais para a modalidade privilegiada, assim, aplicando o redutor previsto pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Respeitado o convencimento do ilustre magistrado, não era caso mesmo de aplicar o privilégio.

O acusado, com efeito, é **reincidente específico**, o que obstaria, por si só, a concessão da benesse, já que não se trata de jejuno na mercancia espúria. Frise-se que, naquele feito, a minorante já havia sido reconhecida em seu favor.

Não bastasse, há acentuada periculosidade, na medida em que trazia consigo grande quantidade de entorpecente, a denotar a prática do tráfico de larga escala.

Convém ressaltar novamente que o apelante trazia consigo 45 porções de maconha (130g) e 225 microtubos de cocaína (200g), além de R\$ 13,00 em notas trocadas e diversas, típicas de traficância. Na presença dos policiais o acusado admitiu a mercancia ilícita, tanto por isso teve ele, adequadamente, reconhecida a atenuante da pena em face da confissão de autoria.

Neste caso, pondera-se que foi flagrado com expressiva quantidade, variedade e perniciosidade de parte drogas, o que denota por si só certo grau de envolvimento com algo profissional, com organização criminosa.

Esses elementos, somados ao contexto dos fatos, deixam claro que o réu não apenas possuía as substâncias ilícitas, mas também se dedicava à atividade criminosa de forma estruturada, com o evidente propósito de comercialização, e não para mero consumo pessoal.

Assim, na derradeira, o “tráfico-privilegiado” é afastado.

E, à mingua de quaisquer outros elementos modificadores, tornou-se a **pena definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa**, estes fixados em valor unitário mínimo legal.

O regime, pelas mesmas razões, deve ser mesmo o fechado. A quantidade da pena aplicada, os maus antecedentes e além disso o envolvimento do réu com o tráfico, diante das circunstâncias dos fatos, com a inequívoca periculosidade do acusado, que trazia consigo grande quantidade de drogas, a evidenciar envolvimento profundo com o ilícito, são inconciliáveis com regime mais brando, dada a gravidade da situação, visto que qualquer outro regime não contribuiria para a reprovação do crime e ressocialização da agente. Ademais, o quantum da pena supera 04 anos, exigindo repressão mais severa do Estado.

Além disso, o delito foi cometido por **reincidente específico**.

Portanto, o regime mais gravoso é o único apto a reprovar, e, principalmente, ressocializar.

Da mesma forma, a natureza hedionda e as circunstâncias do crime, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

não se revela socialmente recomendável. Aliás, já não seria cabível a substituição penal ante a elevada quantidade da pena, que ultrapassa o limite de 04 (quatro) anos previsto no art. 44 do Código Penal.

Assim, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou sursis, vez que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

A manutenção da custódia cautelar se faz impor como medida de rigor.

Permanecem inalterados os motivos que ensejaram a custódia cautelar na origem, a qual não pode ser tornada insubsistente, sobretudo para manutenção da ordem pública e, em razão da superveniência de sentença condenatória pela prática de crime equiparado a hediondo, pelo que se recomenda-se o réu no cárcere em que se encontra preso, cabendo consignar ter a monocrática agido com acerto.

Enfrentadas todas as teses propostas, tem-se que as matérias estão prequestionadas.

Posto isso, pelo meu voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO**, com a redução do percentual de exasperação da pena base, pelo decote dos maus antecedentes, e **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, para remanejar a segunda fase da dosimetria, reconhecendo-se a agravante da reincidência específica, que foi compensada com as duas atenuantes

observadas, e para exclusão da aplicação do redutor da pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.304/06, com repercussão na pena, que agora importa em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, estes fixados em valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/06, mantida, no mais, a r. sentença prolatada em seus ulteriores termos, pelos próprios e jurídicos fundamentos.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator