



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000347282

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503113-39.2023.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que são apelantes THIAGO CELESTINO FELISBERTO e JOÃO HENRIQUE DA SILVA REIS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1503113-39.2023.8.26.0079

Apelante: João Henrique da Silva Reis e Thiago Celestino Felisberto

Apelado: Ministério Público

Origem: 1ª Vara Criminal de Botucatu

Juiz(a) Prolator(a): Dr. Josias Martins de Almeida Júnior

Data do fato: 24/10/2025

Voto nº 38717

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSOS DESPROVIDOS. I. Caso em Exame 1. João e Thiago foram condenados por tráfico de drogas, com base no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, às penas de 5 anos de reclusão, em regime fechado e 500 dias-multa. Ambos confessaram a prática delitiva. João buscou o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e regime aberto. Thiago pediu redução da pena base, aplicação do redutor, regime aberto e substituição da pena por restritivas de direitos. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e (ii) a adequação do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. III. Razões de Decidir 3. A confissão dos réus, corroborada por provas materiais e testemunhais, confirma a prática do tráfico de drogas. 4. A quantidade e natureza das drogas apreendidas justificam a manutenção da pena base acima do mínimo legal e a não aplicação do redutor do tráfico privilegiado. IV. Dispositivo e Tese 5. Recursos desprovidos. Tese de julgamento: 1. A confissão judicial, corroborada por outras provas, é suficiente para a condenação. 2. A quantidade e natureza das drogas apreendidas impedem a aplicação do redutor do tráfico privilegiado e justificam o regime fechado. Legislação Citada: Lei nº 11.343/06, art. 33, caput e § 4º; Código de Processo Penal, art. 386, VII; Código Penal, art. 33, § 3º. Jurisprudência Citada: STJ, HC nº 199.227/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 28.04.2015; STF, HC nº 111.247/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 27.03.2012.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que os apelantes foram condenados como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, às penas de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 dias-multa. Na mesma r. sentença os réus foram absolvidos da prática do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O réu João apelou² buscando o reconhecimento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração máxima e a fixação do regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

O réu Thiago apelou³ pedindo a redução da pena base ao piso; a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo, aduzindo que o Magistrado de primeiro grau se utilizou da mesma fundamentação para aumentar a pena base e negar o privilégio o que configura *bis in idem*; a fixação do regime prisional aberto; e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apresentadas contrarrazões⁴.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁵ pelo não provimento aos recursos.

É o relatório.

¹ Folhas 293.

² Folhas 322.

³ Folhas 326.

⁴ Folhas 340.

⁵ Folhas 365.

O auto de apreensão⁶ e o laudo⁷ positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que as substâncias são entorpecentes (cocaína, crack e maconha).

Quanto à autoria, João admitiu que estava comercializando drogas fazia 15 dias até que foi preso. Explicou que havia sido demitido e estava com dívidas para quitar, então surgiu essa oportunidade e ele a agarrou.

Thiago, por sua vez, negou que estivesse traficando com João, contudo, disse que não estava conseguindo serviço, então pegou uma droga para vender naquele dia em que houve a abordagem. Esclareceu que sua esposa estava grávida e sua mãe não aceitava o relacionamento, razão pela qual foi passar uns dias na casa de sua sogra. João era cunhado de sua esposa e este era o único contato que tinham. Anteriormente trabalhava como ajudante de pedreiro. Não tem passagens, nem enquanto menor.

Logo, ambos os réus confessaram a prática delitiva.

A confissão judicial isenta de vícios e coações, fornece elemento seguríssimo de prova, que por si só serve de lastro a condenação, exceto se provada sua insinceridade por outros elementos de convicção, sem o que a prova incriminatória se apresenta sólida e robusta, autorizando a confirmação do édito condenatório, visto que, como explica JÚLIO FABBRINI MIRABETE⁸, “a confissão livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, máxime quando corroborada por outros elementos”.

Destaca-se que se mostra indiferente a intenção do autor ao realizar a confissão. De acordo com

⁶ Folhas 24.

⁷ Folhas 86.

⁸ *Processo Penal Interpretado* – 7ª ed. – São Paulo: Atlas – 2.000 – p. 469.

ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA⁹ *“o que importa na confissão é a voluntariedade, sendo totalmente indiferente que o confitente haja ou não desejado o efeito resultante do ato e que tenha ou não consciência desse efeito. Investiga-se apenas se a confissão foi feita sem erro ou coação. O que se confessa é a autoria de um fato, que deve ser pessoal e próprio do confitente, isto é, dizer-lhe respeito. Só havendo confissão, conhecida também, como a 'rainha das provas', quando o fato for desfavorável ao confitente”.*

Ressalta FRANCESCO CARNELUCCI¹⁰ que *“não há no processo penal uma prova mais preciosa do que o testemunho do imputado. (...) O maior valor do testemunho do imputado está certamente na hipótese da confissão, isto é, em sua admissão do caráter de réu. (...) Visto que, segundo a experiência, é muito raro o caso em que uma pessoa invente fatos em prejuízo próprio, a confissão sempre foi considerada, também em matéria civil, uma prova segura; por isso, costuma-se chamá-la a rainha das provas”.*

Acrescenta FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹¹ que: *“considerada como regina probationum (rainha das provas), não é de se estranhar a fala de Ulpiano, no sentido de que 'os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados' (In juri confessi pro judicatis habetur)”.*

Porém, há possibilidade de insinceridade na confissão judicial.

Por isso anota o mesmo doutrinador¹² que *“a experiência tem mostrado que à confissão não se pode, nem se deve, em princípio, atribuir absoluto valor probatório. (...) para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou discordância”.*

Este é o entendimento atual em que, embora se reconheça a importância da confissão judicial, seu valor deverá ser analisado pelo juiz dentro de todo o contexto probatório, dada a necessidade da busca da verdade real para embasar a condenação, um dos corolários do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

⁹ *Da Prova no Processo Penal* – São Paulo: Saraiva – p. 79.

¹⁰ *Lições sobre o Processo Penal*. Vol. 1 – 1ª ed. – Bookseller Ed – p. 312.

¹¹ *Processo Penal* – Vol. 3 – 3ª ed. – Bauru: Ed. Jalovi – p. 172.

¹² *Ob. cit.* – p. 172 e 174.

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE ILÍCITA DE ARMA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONFISSÃO. VALOR ABSOLUTO. CONDENAÇÃO MOTIVADA NÃO SÓ NA CONFISSÃO, MAS, TAMBÉM, NA APREENSÃO DA ARMA E NA PALAVRA DOS POLICIAIS QUE PRENDERAM EM FLAGRANTE O PACIENTE. ILEGALIDADE PATENTE. AUSÊNCIA. No contexto do Estado Democrático de Direito, não há falar em caráter tarifário da prova. Assim, o juízo de certeza que deve embasar a condenação criminal lastreia-se no conjunto probatório. Na espécie, além da confissão do paciente, militaram em seu desfavor a apreensão da arma, além da palavra dos policiais que o prenderam em flagrante. Não bastasse, de maneira analítica, a sentença ainda cuidou de examinar a insubsistência da tese defensiva, de que o paciente teria se servido da arma para o eficaz exercício profissional de transportador. Nesse contexto, tem-se por motivada a sentença condenatória. Ordem não conhecida”¹³.

No mesmo sentido são as decisões do Pretório Excelso, que há muito tempo vem adotando o mesmo entendimento.

“CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. O PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO É O DO LIVRE CONVENCIMENTO, AS CONFISSÕES JUDICIAIS OU EXTRAJUDICIAIS VALEM PELA SINCERIDADE COM QUE SÃO FEITAS OU VERDADES NELAS CONTIDAS. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”¹⁴.

“Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. Princípio do favor rei. 1. Recurso em habeas corpus, interposto contra acórdãos já transitados em julgado, que não observa os requisitos formais de regularidade providos no artigo 310 do RISTF, mas que merece ser recebido como habeas corpus. 2. Não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos. 3. Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o

¹³ STJ – HC 135326/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 04/12/2012.

¹⁴ STF – RC 1255/RJ – rel. Min. Cordeiro Guerra – j. 20/08/1976.

que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. 4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmônica com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido”¹⁵.

No caso dos autos não existe qualquer prova ou indício que indique insinceridade, ficando patente a validade da confissão realizada para lastrear o decreto condenatório.

As confissões dos acusados estão em sintonia com a prova coligida

Os policiais receberam informação de que em local conhecido como ponto de venda de drogas, condomínio Cachoerinha 3, havia tráfico de drogas. Lá chegando, avistaram dois indivíduos que correram por trás do condomínio. Detidos, com Thiago foram encontradas porções de drogas e dinheiro em uma pochete. Com João nada de ilícito foi localizado com ele. Indagados a respeito, João disse que estava juntamente com Thiago comercializando entorpecentes e, residência dele, havia mais drogas. Diante disso, deslocaram-se até o apartamento, e na cômoda, encontraram maconha e crack e, embaixo do colchão, em uma pochete, cocaína, crack e dinheiro. Não os conheciam dos meios policiais. Thiago ficou na viatura e não acompanhou as buscas na casa dele.

Dessa forma, os policiais confirmaram a apreensão de drogas com Thiago e na casa dele também. Quanto a João ele foi visto em local conhecido como ponto de

¹⁵ STF – RHC 91691/SP – rel. Min. Menezes Direito – j. 19/02/2008.

venda de drogas correndo com a chegada dos policiais ao lugar e Thiago disse que ele estaria juntamente com ele traficando no local. Ademais, ambos confessaram que estariam comercializando entorpecentes no lugar. Assim não há como desprezar os depoimentos dos policiais.

Destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há por que excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES²⁰

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA²¹ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar*

mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA²² que “para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”.

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”²³.

No mesmo sentido a posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“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”²⁴.

Portanto, as condenações dos réus eram de rigor.

Quanto à destinação, a quantidade (3,23 gramas de cocaína, 4,32 gramas de crack, 10,77 gramas de maconha, 1,84 gramas de cocaína, 19,52 gramas de crack, 18,36 gramas de crack, 7,30 gramas de cocaína, 5,67 gramas de maconha¹⁶), incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; encontro do dinheiro proveniente da venda de outras drogas; o local da abordagem ser conhecido como ponto de venda de entorpecentes; denúncia anônima noticiando que no local havia pessoas traficando; a confissão judicial dos acusados, dão a necessária certeza de que as drogas se destinavam ao tráfico ilícito.

Além disso, decidiu-se com base em julgados das Cortes Superiores:

“Confira-se: a literatura jurídica já revelou, p.ex., a apreensão de 3 invólucros de maconha, com o peso de 1,8g.(STJ - RHC nº 37.033/MG - Quinta Turma Relatora Ministra Laurita Vaz - j. 22.10.2013); de 7 invólucros contendo cocaína, com o peso de 1,44g (STF HC nº 111.247/MG 2ª Turma Relator Ministro Ricardo Lewandowski - j. 27.03.2012), e de 104 'pedras' de crack, com o peso de 12,9 g.(STF HC nº 114.390/RS 1ª Turma Relator Ministro Luiz Fux j. 20.08.2013.)]”²⁶.

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,25 grama, de crack cerca de 0,1 grama e de maconha cerca de 0,6 grama. Portanto, a droga encontrada com os réus é suficiente para **cerca de 49 porções individuais de cocaína, 422 porções individuais de crack e 27 porções individuais de maconha.**

¹⁶ Folhas 43.

Portanto, pela grande quantidade de entorpecentes, incontestemente que se destinava ao consumo de terceiros.

Ademais, o crime de tráfico de entorpecentes, para sua tipificação, não exige a prova do elemento subjetivo do tipo.

Assim, *quaestio* a ser apreciada é a necessidade ou não de demonstração do fim de mercancia (traficância) para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes.

VICENTE GREGO FILHO²⁷, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²⁸, *“de modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria “integridade da estirpe”, conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico”*.

Aplica-se ao crime de tráfico de entorpecentes da Lei 11.343/06 a mesma explicação, visto a similitude do tipo penal da lei anterior com o da lei atual.

Neste sentido, o crime de tráfico de entorpecentes, em ambas as leis, é um tipo misto alternativo, onde a narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Assim, as condutas de trazer consigo, guardar, transportar etc. não exigem especial fim de agir.

É um tipo congruente, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente simétrico, conforme ZAFFARONI.

O tipo congruente, ou congruente simétrico, caracteriza-se pela exigência de congruência entre os aspectos objetivo e subjetivo, no sentido de que contenha apenas o querer a realização do tipo objetivo (dolo natural).

Assim, nas figuras de adquirir, guardar, trazer consigo, transportar, entre outras, basta que não exista a finalidade do exclusivo uso próprio, presente no tipo do artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06, para que se configure a tipo subjetivo do crime de tráfico de entorpecentes.

Ou seja, apenas o artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06 é que são tipos incongruentes, conforme MIR PUIG, MAURRACH E JAKOBS, ou congruente assimétrico, na terminologia de ZAFFARONI.

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de

entorpecentes.

Este é o entendimento adotado pelo
E. Supremo Tribunal Federal:

“Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Art. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexó com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de “ter em depósito, sem autorização”²⁹.

Também é este o entendimento do
Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente.

2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente.

3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”³⁰

Por tais motivos, ainda que se entenda que ficou ausente a prova de que a parte acusada pretendia comercializar a droga, uma vez que não ficou configurado que as drogas se destinavam ao uso pessoal deles, plenamente demonstrado o crime de tráfico de entorpecentes.

Mesmo porque, como já exposto acima, existem indícios que apontam para a entrega para terceiros.

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor.

Da dosimetria penal

Na primeira fase, considerando a expressiva quantidade de drogas com elevado poder lesivo, a pena base foi fixada, em 1/6 acima do mínimo legal, o que merece reparos.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que a utilização da quantidade e natureza da droga para exasperação da pena base e para fundamentar o *quantum* de pena a ser reduzido é inconstitucional, por configurar *bis in idem*.

Por outro lado, é permitida a utilização da quantidade de droga para majorar a pena base e a natureza para determinar o *quantum* a ser reduzido, ou vice-versa.

Destaca-se que nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, o juiz na aplicação da pena deve considerar, com preponderância das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a natureza, quantidade, personalidade e conduta social.

Assim o artigo 42 da Lei 11.343/06 complementa o artigo 59 do Código Penal, sendo que nesse último se tem diversas circunstâncias que podem fundamentar a elevação da pena base. Portanto o que configura *bis in idem* é utilizar a mesma circunstância em duas fases de aplicação da pena, sendo permitida, portanto, a utilização de uma

circunstância diferente em cada fase.

Dessa forma possível à utilização da quantidade de droga em umas das fases e da sua natureza em outra, por configurar situações diversas, não incorrendo em *bis in idem*.

No caso dos autos, a pena base será mantida acima do mínimo legal em face da natureza de duas das drogas apreendidas, de alto poder viciante. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade.

A natureza de duas das drogas apreendidas (*crack* e cocaína) indica maior reprovabilidade, posto que tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

Neste sentido, tem decidido o E. Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que foi levada especialmente em consideração a natureza e a quantidade da substância encontrada - 693 g (seiscentos e noventa e três gramas) de cocaína -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada apenas seis meses acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda. Ordem denegada”¹⁷.

¹⁷ STJ – HC nº 231882 / SP – rel. Min. Jorge Mussi – j. 20/06/2012.

E o C. Supremo Tribunal Federal.

“A especial valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis justificam a exasperação da pena-base (art. 42 da Lei 11.343/2006).¹⁸

Portanto, mantém-se o aumento na pena base com fundamento na natureza da droga apreendida, ou seja, em 05 anos e 10 meses de reclusão e em 583 dias-multa para cada um dos acusados.

Na segunda fase reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, as penas dos réus retornaram ao piso.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento e diminuição, a pena permaneceu inalterada, resultando em 05 anos de reclusão e em 500 dias-multa.

O redutor não foi reconhecido em face da expressiva quantidade de drogas, o que não merece reparos.

A grande quantidade de entorpecente apreendida (**cerca de 500 porções individuais das mais variadas drogas**) denota que há profissionalização no tráfico de drogas, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância não seria confiado montante substancial de entorpecentes.

Portanto, a grande quantidade, indicativa de profissionalização, demonstra que o acusado se dedica a atividades criminosas e, obsta a aplicação do redutor no presente caso.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE

¹⁸ STF - HC 122344 / SP – rel. Min. Rosa Weber – Primeira Turma - j. 02/09/2014.

PENA DO "TRÁFICO PRIVILEGIADO" (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, § 4º). IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

02. "A diversidade e a quantidade de droga justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (HC 199.227/SP,

Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 28/04/2015; HC 315.716/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015; HC 312.452/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015).

À luz desses precedentes e da premissa fática estabelecida no acórdão impugnado - o réu "trazia consigo e em momento anterior

adquiriu droga, consistentes em 74,4 gramas de maconha, acondicionadas em 54 trouxinhas plásticas, e 36,07 gramas de cocaína, acondicionadas em 26 supositórios plásticos e 49 trouxinhas plásticas" -, não há como aplicar a causa de diminuição de pena do "tráfico privilegiado" (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º).

03. Habeas corpus não conhecido"¹⁹

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes (cerca de 500 porções individuais das mais variadas drogas). Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, foram apreendidas porções de cocaína e *crack*, o que também indica maior reprovabilidade, visto que tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º,

¹⁹ STJ – HC n. 317.721/SP – Rel. Min. Newton Trisotto – Quinta Turma – DJe de 03/08/2015.

do Código Penal.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA²⁰, para quem a pena para ser justa deve ter o rigor necessário para desviar o homem da senda do crime, ao afirmar que *“una pena sia giusta, non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti* (‘para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos’).”

Pelos mesmos motivos e ainda considerando o montante da pena, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica

²⁰ *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.