



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000389605**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500972-93.2024.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante PEDRO HENRIQUE ROSENO, 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 ao recurso. 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, 23 de abril de 2025.

**MENS DE MELLO**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**Processo nº 1500972-93.2024.8.26.0408**

**Apelante:** Pedro Henrique Roseno

**Apelado:** Ministério Público

**Origem:** 2ª Vara Criminal da Comarca de Ourinhos

**Juiz(a) Prolator(a):** Dr. Flávio Augusto Reinert de Freitas

**Data do fato:** 27/03/2024

**Voto** 38790

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

**I. Caso em Exame**

O apelante foi condenado por tráfico de drogas, conforme artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, a cumprir pena de 05 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado, além de 583 dias-multa. O réu apelou pedindo absolvição por falta de provas ou, subsidiariamente, redução da pena base com a reavaliação da pena considerando a quantidade e qualidade do entorpecente e a aplicação da menoridade relativa como atenuante.

**II. Questão em Discussão**

A questão em discussão consiste em (i) verificar a validade das provas apresentadas pela acusação e (ii) avaliar a possibilidade de reavaliação da pena com base na menoridade relativa e na quantidade de entorpecente apreendido.

**III. Razões de Decidir**

A materialidade e autoria delitivas foram comprovadas por laudo toxicológico e depoimentos de policiais, que relataram a apreensão de crack, dinheiro e balança de precisão com o réu.

A defesa não apresentou provas que corroborassem a versão do réu, ficando desamparada de elementos que pudessem afastar a validade das provas da acusação.

**IV. Dispositivo e Tese**

Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A validade do depoimento de agentes públicos é mantida quando não demonstrada parcialidade. 2. A compensação entre a atenuante da menoridade e a agravante da reincidência é adequada.

**Legislação Citada:**

Lei nº 11.343/06, art. 33; Código de Processo Penal, art. 156, 202, 206, 207; Constituição Federal, art. 37; Código Penal, art. 67, 33, § 3º.

**Jurisprudência Citada:**

STJ, RHC nº 37.033/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.10.2013; STF, HC nº 111.247/MG, Rel. Min. Ricardo

Lewandowski, j. 27.03.2012; STF, HC nº 114.390/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.08.2013.

Ao relatório da r. sentença<sup>1</sup> que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, a cumprir a pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa.

O réu apelou<sup>2</sup> pedindo sua absolvição por falta de provas. Subsidiariamente pede a redução da pena base com a reavaliação da aplicação da pena, considerando a quantidade e qualidade do entorpecente e a aplicação da menoridade relativa como atenuante sem a compensação pela reincidência.

Apresentadas contrarrazões<sup>3</sup>.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou<sup>4</sup> pelo não provimento ao recurso.

### **É o relatório.**

O auto de apreensão<sup>5</sup> e o laudo toxicológico<sup>6</sup>, que restou positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que a substância é entorpecente (*crack*).

A autoria igualmente é certa e recai sobre o acusado.

O réu negou a prática delitiva em juízo. Disse que estava na casa de sua esposa e saiu para comprar carne, utilizando o dinheiro e o carro dela. Relatou que, ao ser abordado pela polícia, não parou de imediato por não ter habilitação para dirigir e porque os policiais já teriam a intenção de detê-lo, uma vez que estava em regime aberto e já passava

<sup>1</sup> Folhas 152.

<sup>2</sup> Folhas 202.

<sup>3</sup> Folhas 212.

<sup>4</sup> Folhas 225.

<sup>5</sup> Folhas 12.

<sup>6</sup> Folhas 82

das 22h. Após parar o veículo, afirmou que nada foi encontrado no automóvel e somente na delegacia tomou conhecimento da apreensão de drogas e de uma balança. Negou a posse da substância ilícita.

Contudo, a versão apresentada pelo acusado ficou isolada do conjunto probatório. Não faz prova do que alega.

Destaca-se, quando ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA<sup>7</sup>, neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”*.

GUSTAVO BADARÓ<sup>8</sup> reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”*.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

<sup>7</sup> *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

<sup>8</sup> *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO<sup>9</sup>, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis”*.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”*<sup>10</sup>.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Deste modo, deve-se afastar a versão do réu.

Os policiais relataram que, durante patrulhamento, avistaram o réu em um Fiat Palio, cor cinza, que tentou se abaixar para não ser reconhecido. Disseram que, pelo acusado ser conhecido por envolvimento com o tráfico de drogas, foi dada ordem de parada, mas ele fugiu em alta velocidade. Após a perseguição, o abordaram e, durante a busca, encontraram a quantia de R\$ 33,45 com ele, além de uma

<sup>9</sup> In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

<sup>10</sup> Ob. Cit. – p. 455.

balança de precisão e uma pedra bruta de crack (7,46g) dentro do veículo. Afirmaram que o apelante admitiu o tráfico informalmente e os laudos periciais confirmaram a natureza do entorpecente. Declararam que as circunstâncias da apreensão indicam que a substância se destinava à venda.

Os agentes públicos descreveram como se deu a abordagem e confirmaram o encontro de droga no veículo que o acusado dirigia, juntamente com dinheiro proveniente da venda de outros entorpecentes e balança de precisão. Logo não há como desprezar seu depoimento, pois em sintonia com o restante da prova produzida.

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 MEIRELLES<sup>11</sup>.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA<sup>12</sup> 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*

<sup>11</sup> Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

<sup>12</sup> Da Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

*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 MALATESTA<sup>13</sup> 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

<sup>13</sup> La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

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)”<sup>14</sup>.*

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”<sup>15</sup>.*

Portanto, provadas as materialidade e autoria delitivas, é de rigor a condenação do réu por tráfico de drogas.

A quantidade<sup>16</sup> (7,46 gramas de *crack* em pedra bruta), incomum com a figura do usuário; a forma de acondicionamento, própria para a venda a granel, própria para ser dividida e destinada ao tráfico; apreensão de dinheiro e da balança; além de o réu ser conhecidos dos meios policiais por

<sup>14</sup> STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

<sup>15</sup> STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

<sup>16</sup> Folhas 82.

envolvimento com o tráfico de drogas, dão a necessária certeza de que o entorpecente se destina 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.)”<sup>17</sup>.*

Com base nestes dados, cada porção de crack equivale a cerca de 0,1 grama. Portanto, a droga encontrada com os réus é suficiente **para cerca de 74 porções individuais de crack.**

Além disso, a apreensão de balança de precisão indica a intenção de separar a grande quantidade apreendida em uma única porção em porções menores, próprias para a venda a varejo, conduta indicativa de atividade de tráfico.

Por isso, tem-se decidido no C. Superior Tribunal de Justiça que a presença de balança de precisão é prova indiciária de tráfico de entorpecentes em caráter habitual.

*“HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 27.07.2010. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NORMA ESPECIAL. LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DA DROGA (107,36 GRAMAS DE MACONHA E UMA BALANÇA DE PRECISÃO). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. No caso concreto, presentes indícios veementes de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a qualidade do entorpecente apreendido (107, 36 gramas de maconha e uma balança de precisão) a indicar que o acusado faz*

<sup>17</sup> TJSP - Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.

*do tráfico seu meio de vida”<sup>18</sup>.*

*“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. O magistrado singular justificou a constrição cautelar do Paciente com base em fundamentação idônea, uma vez que apontou fatos suficientes para demonstrar o abalo à ordem pública, no caso, a quantidade e a qualidade do entorpecente, bem como indícios de que o paciente pratica o tráfico de entorpecentes com habitualidade, uma vez que foi apreendida uma balança de precisão em seu poder”<sup>19</sup>.*

Desta forma a apreensão da balança é indício de que a droga se destinava ao tráfico ilícito.

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 FILHO<sup>20</sup>, 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 BARRETO<sup>21</sup>, *“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*

<sup>18</sup> STJ – HC 188380/MG – rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Dje 28.03.2011.

<sup>19</sup> STJ – HC 188360/DF – rel. Min. Laurita Vaz – Dje 04.04.2011.

<sup>20</sup> *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

<sup>21</sup> *Lei de Tóxico* – comentários artigo por artigo – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

*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 nexo 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”<sup>22</sup>.*

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, conseqüentemente, restabelecer a sentença condenatória.”<sup>23</sup>*

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 a droga se destinava ao seu uso pessoal, 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

<sup>22</sup> STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

<sup>23</sup> STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 10/06/2014.

era de rigor.

### Da dosimetria penal

Na primeira fase, em razão da alta nocividade do entorpecente, houve a exasperação da pena-base devido à natureza.

Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. No caso, a droga apreendida foi cocaína na forma de *crack*, o que indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem 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”<sup>24</sup>.*

*“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.*

<sup>24</sup> STJ – HC nº 231882/SP – rel. Min. Jorge Mussi – j. 20/06/2012.

*REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (1,2kg de cocaína).*

*- Tendo a Corte de origem, no exame das circunstâncias judiciais, mantido a pena-base fixada, a revisão desta demandaria o reexame do conjunto probatório, o que não é admitido na via eleita.*

*- A Corte de origem negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 concluindo que o agravante se dedica a atividade criminosa. Rever esta premissa importa em incursão no conteúdo fático-probatório carreado aos autos, tarefa inviável em recurso especial, a teor do verbatim n. 7 da Súmula deste Tribunal.*

*- A natureza e quantidade da droga, aliadas às circunstâncias judiciais, justificam a sua fixação do regime fechado.*

*- Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, não há como conceder o pedido de substituição da pena privativa de liberdade, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.*

*Agravo regimental desprovido.”<sup>25</sup>*

**E o E. Supremo Tribunal Federal.**

*“A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear. 2. Idônea a exasperação da pena-base com fundamento na natureza das substâncias traficadas, consoante preconiza o art. 42 da Lei 11.343/2006 c/c art. 59 do Código Penal. 3. A avaliação do quantum de atenuação da pena, à míngua de previsão legislativa dos parâmetros a serem considerados,*

<sup>25</sup> STJ - AgRg no AREsp 331.719/SP, Rel. Min. Ericson Marinho - SEXTA TURMA - j. em 28/04/2015.

*sujeita-se ao livre convencimento motivado do julgador, observado o limite máximo de redução, as circunstâncias do caso e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”<sup>26</sup>.*

Desta forma mantenho a exasperação da pena-base, resultando em 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda fase, presente atenuante da menoridade relativa, uma vez que o réu ser menor de 21 anos na data dos fatos e a agravante da reincidência<sup>27</sup>, razão pela qual foi compensada uma pela outra, mantendo a pena fixada.

Existindo, no tocante ao réu, uma circunstância agravante e uma atenuante, aplica-se a regra do artigo 67 do Código Penal.

Como ensina JÚLIO FABBRINI MIRABETE<sup>28</sup>, *“as circunstâncias atenuantes e agravantes não têm o mesmo peso na quantidade da pena a ser diminuída ou aumentada, e deve o juiz, quando existentes ambas, fazer com que a pena se aproxime do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes”*.

Afirma COSTA E SILVA<sup>29</sup> que *“segundo o código pátrio os critérios pelos quais deve e pode o juiz guiar-se são: os motivos determinantes do crime; a personalidade do agente e a reincidência. Quanto a esta última, o próprio legislador fixou o valor. Relativamente aos motivos: eles só têm significação como reveladores da personalidade do delinquente. Encontra-se, portanto, nessa personalidade o critério único fornecido ao juiz para a avaliação da predominância de uma ou outra das duas classes das circunstâncias do crime”*.

Logo, nas palavras de JOSÉ FREDERICO MARQUES<sup>30</sup>, *conclui-se “que o legislador deu prevalência, na individualização da pena, aos elementos de ordem subjetiva, ou seja, aos que se relacionam com a personalidade do delinquente. Os fatores de ordem objetiva, ou elementos resultantes da gravidade do crime, ficam em segundo plano. Cumpre lembrar, porém, que os motivos determinantes se infiltram muitas vezes na figura delituosa, através dos elementos subjetivos do tipo, para dar maior ou menor gravidade ao crime: em tal caso, conforme é evidente, o juiz pode ter em conta a gravidade do delito, mas em razão do fator subjetivo”*.

<sup>26</sup> STF – RHC 129951 / PR – Rel. Min. Teori Zavascki – Segunda Turma – DJe 08/10/2015.

<sup>27</sup> Folhas 32 – autos nº 1503778-72.2022.8.26.0408 – reincidência específica

<sup>28</sup> Código Penal Interpretado – 7ª ed. – São Paulo: Atlas. – 2011 – p. 361.

<sup>29</sup> Código Penal – São Paulo: Companhia Editora Nacional – 1943 – v. I – p. 288.

<sup>30</sup> Tratado de Direito Penal – 1ª ed. Atualizada – Campinas: Millennium – 2000 – v. III – p. 324.

Sendo as circunstâncias legais de natureza subjetiva preponderantes sobre as de natureza objetiva relevante se mostra a melhor conceituação de cada uma delas.

René Ariel Dotti<sup>31</sup> define circunstâncias de caráter pessoal ou subjetivas como “as que dizem respeito: a) aos motivos ou aos fins de agir; b) à qualidade ou condição pessoal do agente; c) as relações do agente com os demais concorrentes ou com a vítima”; e, as de caráter objetivo como “as que se identificam: a) pelo meio ou modo de execução; b) pelo tempo e lugar; c) pela condição ou qualidade da vítima”.

Logo, existindo no caso concreto a presença da menoridade e da reincidência, necessário se mostra a discussão acerca da existência de preponderância de uma sobre outra.

Afirma GUILHERME NUCCI<sup>32</sup>, destacando inicialmente ser a menoridade circunstância preponderante, que com referência “à atenuante da menoridade, conforme já exposto, há entendimentos defendendo ser ela preponderante – por tradição – sobre toda e qualquer agravante. Não nos parece seja correta essa posição, pois o Código Civil considerou capaz para todos os fins os maiores de 18 anos, demonstrando uma mudança de mentalidade no âmbito da legislação brasileira. Porém, para aqueles que pensem considerá-la preponderante, não nos parece cabível torna-la uma atenuante superior a qualquer outra circunstância legal. Assim, a título de exemplo, se adotada a postura de ser a menoridade preponderante, como a reincidência, não se sobrepondo sobre esta”.

Como tudo no Direito, impossível adoção de um valor ou interpretação como absolutos.

Logo, realmente se mostra inviável ser a menoridade superior a qualquer circunstância, principalmente porque tal conclusão não decorre do texto da lei.

É certo que a maioridade penal não se confunde com a maioridade civil. Logo, apesar da maioridade civil ter sido alterada para 18 anos, continua a existir a atenuante penal para menores de 21 anos. Porém, a redução da maioridade

<sup>31</sup> *Curso de Direito Penal: parte geral* – 1ª ed. (2ª tiragem) – Rio de Janeiro: Forense – 2002 – p. 519.

<sup>32</sup> *Código Penal Comentado* – 12ª ed. – RT – 2012 – p. 478.

civil deixa entrever que atualmente a capacidade de entendimento fica formada mais cedo, indicando que nem sempre a menoridade deve ser considerada preponderante, especialmente sobre a reincidência.

Por tais motivos, embora se entenda a menoridade uma circunstância preponderante, por igualar-se à reincidência, a compensação de uma por outra assoma-se como a melhor solução.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS<sup>33</sup> ao tratar do assunto confirma tal posicionalmente alegando que “o fato punível pode conter várias circunstâncias legais, agravantes ou atenuantes, configurando um concurso de circunstâncias legais (art. 67, CP), com as seguintes consequências: a) se as circunstâncias legais agravantes e atenuantes são de igual natureza objetiva ou de igual natureza subjetiva, as circunstâncias agravantes são compensadas com as circunstâncias atenuantes...”.

Neste sentido a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça.

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE MANIFESTA. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. In casu, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da pena, pois a atenuante da menoridade é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

4. Habeas corpus concedido para reduzir a reprimenda imposta à paciente a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-

<sup>33</sup> *Direito Penal: parte geral* – 3ª ed. – Curitiba: ICPC; Lumen Juris – 2008 – p. 599-600.

*multa pelo delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06, e a 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa pelo crime do art. 35 da mesma norma, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão”<sup>34</sup>.*

No mesmo sentido a orientação do Supremo Tribunal Federal.

*“HABEAS CORPUS” - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA - MENOR PARTICIPAÇÃO NO EVENTO DELITUOSO - NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO - INADMISSIBILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE NÃO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE OBRIGATÓRIA DA MENORIDADE - COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - PEDIDO INDEFERIDO”<sup>35</sup>.*

Assim, mantenho a compensação e a pena.

Na terceira fase, a pena permaneceu inalterada em face da ausência de causas de aumento e diminuição da pena.

O redutor não foi reconhecido devido a reincidência específica do réu, o que não merece reparos.

Desta feita, a pena definitiva resultou em 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade de entorpecentes. 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, a natureza da droga (*crack*) também indica maior reprovabilidade, visto que tal entorpecente possui 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

<sup>34</sup> STJ - HC 218186 / SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 24.04.2012.

<sup>35</sup> STF - HC 72791 / SP – rel. Min. Celso de Mello – j. 05.09.1995.

maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Além disso, o réu é reincidente específico o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. 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, do Código Penal

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA<sup>36</sup>, 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’).”

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena ante o *quantum* da pena e a reincidência específica do réu.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

***MENS DE MELLO***  
Relator  
Assinatura Eletrônica

<sup>36</sup> *Dei delitti e delle pene*: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.