



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000426919

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1509792-86.2019.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante RODRIGO SALES DE LIMA, 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, 30 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1509792-86.2019.8.26.0114

Apelante(s): Rodrigo Sales de Lima

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 6ª Vara Criminal do Foro de Campinas

Voto nº 38652

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

O apelante foi condenado por tráfico de entorpecentes, conforme artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos. Alegou inexistência de prova suficiente de autoria delitiva e pleiteou a aplicação do redutor máximo.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em verificar a suficiência das provas para a condenação por tráfico de entorpecentes e a adequação da fração de redução da pena aplicada.

III. Razões de Decidir

3. A prova documental e testemunhal, incluindo depoimentos de policiais, confirmam a autoria delitiva, não havendo motivos para duvidar dos depoimentos prestados.

4. A quantidade e natureza das drogas apreendidas justificam a aplicação do redutor na fração de $\frac{1}{2}$, conforme o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, considerando a capacidade de viciar das substâncias.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A condenação por tráfico de entorpecentes pode ser embasada em depoimentos de agentes públicos, desde que respeitado o contraditório. 2. A quantidade e natureza das drogas justificam a fração de redução da pena aplicada.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/06, art. 33, caput, art. 42.

Código de Processo Penal, art. 156, art. 202, art. 206, art. 207.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, com valor unitário correspondente a 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo vigente à época do fato, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

O réu apelou² alegando inexistir prova suficiente de autoria delitiva. Sustentou ainda ser cabível a diminuição máxima pelo redutor.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo provimento ao recurso.

É o relatório

Inicialmente, a Lei Complementar nº 95/98, que trata da elaboração, redação e consolidação das leis, nos termos do artigo 59, parágrafo único, da Constituição Federal, prevê em seu artigo 10, II, que os textos legais serão articulados observando o princípio de que os artigos desdobram-se em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos; os incisos em alíneas e as alíneas em itens.

O artigo 11, III, c, da Lei Complementar nº 95/98 dispõe que para terem os textos legais ordem lógica devem expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.

Logo, entende-se que é regra geral que os parágrafos se referem ao *caput*, assim como as alíneas aos parágrafos. Desta forma, a correta capitulação do delito em

¹ Folhas 217.

² Folhas 240.

³ Folhas 251.

⁴ Folhas 271.

razão da aplicação do redutor é artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

O auto de apreensão⁵ e o laudo toxicológico⁶, que restou positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que as substâncias são entorpecentes, maconha, *crack* e cocaína.

Quanto à autoria, em interrogatório após a oitiva da testemunha do Juízo, o réu negou os fatos. Disse que estava saindo de casa, quando os policiais abordaram quatro pessoas na frente de sua casa. Estava com sua filha e a mãe dela. Eles os chamaram para abordagem também. Encontraram consigo apenas o cigarro de maconha. Eles entraram em sua casa duas vezes e não acharam nada. Os policiais saíram achando pela rua, que é rua sem saída, e foram no mato, e não acharam nada. Na lixeira comunitária, todo mundo coloca o lixo, e ele levantou duas sacolas de lixo e embaixo tinha uma bolsa que tinha as drogas. Um dos rapazes falou que o interrogado que estava traficando. Não tem nada contra esse rapaz.

A negativa do acusado, contudo, não merece guarida.

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 MALATESTA⁷, 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

⁵ Folhas 12.

⁶ Folhas 24.

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

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 BADARÓ⁸ 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.

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 FILHO⁹, 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”*¹⁰.

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

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

¹⁰ *Ob. Cit.* – p. 455.

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.

A testemunha, Policial Militar, Humberto Vieira Gomes Filho narrou que estavam em patrulhamento quando avistou próximo a lixeira um veículo e pessoa do lado de fora, próximo a lixeira. Quando ele avistou a equipe, ele jogou sacolas dentro da lixeira e o veículo saiu. Ele começou a andar em direção a casa dele, onde foi abordado. Voltou à lixeira e verificou o que ele tinha jogado, que era uma sacola com drogas. O local é conhecido pelo tráfico de drogas. Tinha cocaína, maconha e crack. O réu falou que não era dele. O réu estava bem próximo do veículo, tipo conversando. Salvo engano, tinha R\$ 2,60 na sacola. Não entrou na casa dele. No local só abordaram o réu. O veículo se evadiu e optaram por não abordar o veículo pois estavam apenas em dois e pela segurança do local. Era um Gol preto.

A testemunha, Policial Militar, Reinaldo de Oliveira Campanholi narrou que estavam em patrulhamento e o local já é conhecido pelo tráfico de drogas. Avistaram um indivíduo e um veículo Gol parado. Quando se aproximaram para abordar, o indivíduo a pé jogou uma sacola numa caçamba de lixo e o veículo saiu. Realizaram a abordagem no que jogou a sacola, com quem nada foi localizado. Voltando na caçamba, localizaram a sacola, contendo drogas, sendo crack, maconha e cocaína. O réu disse que desconhecia a sacola, que não tinha jogado nada. Afirmou que ele fez contato com a pessoa no carro. Ele estava no local parado, próximo e fazendo contato com quem estava no carro. Foram só dois policiais que participaram do patrulhamento. A lixeira estava do outro lado da rua da casa dele. Ele estava parado no meio da rua e arremessou a droga, e caminhou para a casa dele. Não se recorda se fizeram vistoria na casa dele.

A testemunha do Juízo, Policial Militar, Ítalo José Putton narrou que estavam em patrulhamento no local,

que é conhecido pelo tráfico de drogas, quando visualizaram o indivíduo fazendo contato com um Gol preto, e ao chegar, fizeram a abordagem, antes ele saiu andando e jogou uma sacola no lixo, um entulho. Fizeram a abordagem e não constataram nada. Quando retornaram para averiguação na caixa de lixo, encontraram as drogas, que ele alegou que não eram dele. Viu o acusado jogando a sacola de uma distância de aproximadamente oito metros. Ele foi abordado perto da casa dele. Não se recorda de ir à casa dele. Não abordaram o motorista do carro, porque o veículo se evadiu e não conseguiram fazer a abordagem.

Os policiais narraram como se deu a abordagem do acusado, bem como a apreensão das drogas relacionadas a ele. Não há motivos para se duvidar de tais depoimentos.

Inicialmente 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 porque 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 MEIRELLES¹¹.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas

¹¹ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹² 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 MALATESTA¹³ 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 contraditados, sendo a prova produzida sob o crivo do

¹² Da *Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

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

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)”¹⁴.

No mesmo sentido há 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”¹⁵.

Portanto, ante a prova oral devidamente comprovada a autoria delitiva.

A quantidade, incomum com a figura do usuário, 63 porções de cocaína, com 34,3 gramas de massa líquida; 45 porções de cocaína na forma de crack, com 4,5

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

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

gramas de massa líquida; 44 porções de maconha, com 76,7 gramas de massa líquida¹⁶; a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; avistamento de ato de mercancia; e, o fato de que o réu não teria condições econômicas¹⁷ para possuir a droga para seu uso pessoal, dão a necessária certeza de que a droga se destina ao tráfico ilícito.

Além disso, já 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.)”¹⁸.

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,25 grama, cada porção de crack equivale a cerca de 0,1 grama e cada porção de maconha equivale a cerca de 0,6 grama. Portanto, a droga encontrada é suficiente para **cerca de 137 porções individuais de cocaína, 45 de crack e 127 de maconha.**

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 FILHO¹⁹, 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.

¹⁶ Folhas 220.

¹⁷ Folhas 09 – não informou profissão.

¹⁸ TJSP - Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.

¹⁹ *Tóxico prevenção-repressão* – São Paulo: Saraiva – 8ª Ed. – p. 98.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, MENNA BARRETO²⁰, *“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

²⁰ Lei de Tóxico – comentários artigo por artigo – Freitas Bastos – 5ª Ed. – p. 73.

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 nexos 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”²¹.

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,

²¹ STJ – HC 70344/RJ – rel. Min. Paulo Brossard – DJU 22.10.1993.

consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.”²²

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 era de rigor.

Passo a análise da dosimetria da pena.

Nas duas primeiras fases a pena foi mantida no mínimo legal.

Na terceira fase foi aplicado o redutor na metade e fixada a pena em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

A defesa pleiteou a redução no máximo. Contudo, tal não merece guarida.

O redutor foi concedido na fração de $\frac{1}{2}$. Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza e quantidade da droga com preponderância ao previsto no artigo 59 do Código Penal. 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 considerável quantidade de cocaína e *crack* (**cerca de 137 porções individuais de cocaína, 45 de crack e 127 de maconha**) indica maior reprovabilidade,

²² STJ - REsp 1361484/MG – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turmna – j. 10/06/2014.

visto que tais entorpecentes possui grande capacidade de viciar. Importante salientar que, quando percebendo a relevante quantidade de drogas, ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes, sem ligações com o crime, pode-se reservar tal circunstância para determinação da fração de diminuição da pena.

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

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DA DROGA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. A Corte de origem considerou devida a incidência da fração de 1/6, sob o fundamento de que "foram apreendidos 5,80 g (cinco gramas e oitenta centigramas) de crack, droga com elevado poder nocivo e viciante", de modo que, tendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar mínimo, não há constrangimento ilegal neste ponto, máxime porque a natureza da droga apreendida não foi sopesada para fins de exasperação da pena-base."²³

Portanto, conforme demonstrado é perfeitamente cabível a utilização da quantidade e da natureza das drogas para embasar o *quantum* de redução aplicado.

Portanto, mantenho a reprimenda em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

No mais, mantenho o regime aberto, bem como a substituição por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

²³ STJ - HC 207.103/MG – rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. 15/10/2015.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO**
ao recurso, corrigindo a capitulação.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica