



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL N° 1925096 - SP (2021/0059332-0)

RELATORA	: MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	: ____ (PRESO)
OUTRO NOME	: ____ (PRESO)
ADVOGADOS	: MARINA CALANCA SERVO - SP325431 INGRYD SILVÉRIO DOS SANTOS - SP434703
AGRAVANTE	: ____ (PRESO)
OUTRO NOME	: ____ (PRESO)
ADVOGADOS	: MARINA CALANCA SERVO - SP325431 INGRYD SILVÉRIO DOS SANTOS - SP434703
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: ____

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA E, PORTANTO, NÃO SE PRESTAM PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAR A FRAÇÃO DESSE BENEFÍCIO. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por ____ ou ____ contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o ora Agravante às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) diasmulta, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (**apreensão de 996,78g de maconha e 84,9g de crack**), conforme a sentença de fls. 310-317.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para estabelecer o regime inicial semiaberto (fls. 401-413).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 587-594).

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, contrariedade ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.

Pondera que, na hipótese dos autos, é de rigor a incidência da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo, na medida em que o Réu atende a todos os requisitos necessários para tanto, bem como não foi demonstrado que se dedique a atividades delituosas ou integre organização criminosa, não se prestando a tal fim a menção à quantidade e à natureza dos entorpecentes apreendidos.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 618-625). O recurso especial não foi admitido (fl. 647). Foi interposto agravo (fls. 651-669).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 706-710).

É o relatório.

Decido.

O acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 409-410; sem grifos no original):

"Na terceira fase da dosimetria, a aplicação do redutor do parágrafo 4º do artigo 33 foi negada em razão da quantidade de entorpecentes apreendida, a indicar 'o envolvimento do agente com a vida criminosa', ressaltando-se que 'o volume de droga armazenada seria suficiente para abastecer dezenas de pontos de venda de entorpecentes, atingindo, assim, centenas de usuários da droga, o que deixa claro que o réu João Paulo se dedicava à atividade criminosa do tráfico de drogas'.

Na hipótese, verificando-se que João Paulo foi surpreendido com 996,78g (novecentos e noventa e seis gramas e setenta e oito centigramas) de maconha ou seja, quase um quilo da referida substância, além de aproximadamente 84,9g (oitenta e quatro gramas e nove decigramas) de crack, referido indeferimento restou adequado, eis que a quantidade total de entorpecentes superou um quilo, entre maconha e crack, evidenciando não se tratar o sentenciado de pequeno traficante."

No que diz respeito, à minorante do tráfico privilegiado, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem não está em consonância com a **atual** jurisprudência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, fixada, quando do julgamento do RESP n. 1.887.511/SP, no sentido de que a elevada quantidade ou a natureza das drogas apreendidas **não são** circunstâncias que permitem aferir, **por si sós**, o grau de envolvimento do Acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas e, tal como ocorre na hipótese dos autos, assim, inexistentes outras características da conduta deletéria aptas a amparar conclusão nesse sentido, não há falar em afastar o benefício ou modular a fração dessa aquém do mínimo legal.

A propósito a ementa do referido julgado:

"PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM

CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.

2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de bis in idem, intolerável na ordem constitucional brasileira.

4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegesse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

6. O tráfico privilegiado é instituto criado para a beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descharacterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.

10. "Recurso provido para restabelecimento da sentença." (REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021)

Nessas condições, dado que, na espécie, o único fundamento para afastar a incidência da minorante do tráfico privilegiado está calcado na quantidade e natureza da droga apreendida, é de ser reformado o acórdão recorrido, para fazê-la incidir no patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

Fixada essa premissa, passo a redimensionar as penas do ora Agravante.

1.ª Fase – Nos termos do delineado pelas instâncias ordinárias, mantida a pena-base no mínimo legal, isto é, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

2.ª Fase – Conforme delineado na sentença e corroborado no acórdão recorrido, não há agravantes a sopesar e foi reconhecida a confissão. Entretanto, as reprimendas intermediárias, por força da Súmula 231/STJ, permanecem inalteradas.

3.ª Fase – De acordo com o magistrado de piso e o Tribunal de origem, não há causas de aumento a considerar e, nos termos desta decisão, incide o benefício previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Portanto, **as sanções são definitivamente fixadas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.**

Por outro lado, a propósito do regime inicial de cumprimento de pena, pondero, preliminarmente, que, em 27/06/2012, o Tribunal Pleno da Corte Suprema, ao julgar o HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990 (redação dada pela Lei n. 11.464/07) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na espécie, embora considerando que as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria levaram à fixação de reprimenda corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, bem como a ausência de circunstâncias judiciais negativas, a grande quantidade e a natureza das drogas apreendidas – **996,78g de maconha e 84,9g de crack** – justificam o estabelecimento do regime semiaberto e não recomendam a substituição por restritivas de direitos.

Com igual conclusão, cito os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. DESCABIMENTO, INICIATIVA PRIVATIVA DO ÓRGÃO JULGADOR. RECURSO DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui jurisprudência no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. No caso, embora estabelecida a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a diversidade de entorpecentes apreendidos (30 porções contendo 55,2 gramas de maconha, 60 porções com 60 gramas de cocaína e 33 (porções com 16,3 gramas de cocaína em forma de "crack"), utilizadas na escolha do patamar de diminuição do benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, o semiaberto, em razão da quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos.

3. As mesmas razões não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

4. É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida" (ut, AgRg no AREsp 199.440/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, Dje de 5/9/2012).

5. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no AgRg no AREsp 1.844.981/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 14/05/2021)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. APLICAÇÃO DA MINORANTE. AFASTAMENTO COM SUPORTE NA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE LÍCITA E NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. *Esta Corte Superior entende que para afastar a causa de diminuição de pena do crime de tráfico de drogas com suporte na dedicação a atividades delituosas é preciso, além da quantidade de drogas, aliar a outros elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa.*

2. *De acordo com entendimento desta Corte a ausência de comprovação do exercício de atividade lícita não é apta a gerar presunção da dedicação ao tráfico.*

3. *Fixado o regime prisional semiaberto em razão da relevante quantidade de entorpecentes apreendida, nos termos do reconhecido na sentença condenatória.*

4. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 581.222/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 16/09/2020)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de conceder a minorante do tráfico privilegiado ao Agravante, redimensionando as respectivas penas aos patamares de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de agosto de 2021.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora