AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.426.851 - SP (2019/0008367-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	THIAGO DOS SANTOS ROSA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO KAREEN PATRICIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA - SP257821
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **THIAGO DOS SANTOS ROSA** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Aduz, em síntese, que: **a)** "a utilização da quantidade de drogas para exasperar a pena-base e também para afastar a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei de Drogas configura bis in idem" (e-STJ, fl. 269); **b)** "não havendo sequer indícios do envolvimento anterior da recorrente com atividade ou organização criminosa, o benefício previsto no dispositivo em análise mostra-se inafastável" (e-STJ, fl. 270); **c)** "a mera alegação da gravidade do crime adotada no V. Acórdão, não autoriza, por si só, a fixação do regime mais severo, consoante entendimento sumulado pelos Tribunais Superiores" (e-STJ, fl. 270).

Requer a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, à alegação de estarem presentes seus requisitos, bem como o abrandamento do regime e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 278-286).

O recurso foi inadmitido com fundamento na Súmula 7/STJ (e-STJ, fl. 289).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 325-327).

É o relatório.

Decido.

O recurso não merece prosperar.

O Tribunal de origem afastou a minorante e fixou o regime fechado, nos seguintes termos:

> "Na primeira fase, em atenção às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Drogas, a pena -base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do piso, ante à grande quantidade de drogas apreendida, qual seja, 245g (duzentos e quarenta e cinco gramas) de cocaína, 166g (cento e sessenta e seis gramas) de lança-perfume e 311g (trezentos e onze gramas) de maconha.
> Vê-se que o Juízo monocrático fundamentou, suficientemente, o recrudescimento da pena básica do apelado, em respeito ao princípio da individualização da pena.
> Na hipótese dos autos, nota-se que o aumento foi operado de modo justificado e poderia, inclusive, se dar de forma mais severa,

considerando-se a grande quantidade e diversidade de entorpecentes.
Na segunda etapa, o Juízo a quo reconheceu a confissão do acusado, diminuindo a pena para o mínimo legal.
Na terceira fase, o MM. Magistrado de primeiro grau entendeu por bem aplicar a causa de diminuição estabelecida no artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06, no patamar de (metade) sob a justificativa de que o réu era primário e possuía bons antecedentes e por não haver nos autos provas de que ele se dedicasse a atividades criminosas ou integrasse organizações dessa natureza.
Neste ponto, o Ministério Público pleiteia o afastamento do privilégio, sendo que sua irresignação merece prosperar.
De fato, não estão presentes no caso vertente as condições necessárias para a concessão do benefício.
Sabe-se que para que o Magistrado deixe de aplicar a minorante, é necessário que demonstre que existem nos autos provas que possam afastar ao menos um dos seguintes critérios, que são cumulativos: primariedade; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas; e não integração à organização criminosa.
In casu, no entanto, verifica-se que o apelado não é mero traficante ocasional.
Em seu poder restou apreendida considerável quantidade de entorpecentes, quais sejam: 245g (duzentos e quarenta e cinco gramas) de cocaína, 166g (cento e sessenta e seis gramas) de lança-perfume e 311g (trezentos e onze gramas) de maconha.
Não prospera o argumento de que não era responsável pela "biqueira", sendo apenas responsável pela venda das substâncias entorpecentes há 3 dias.
Não é minimamente crível que um novato no mundo criminoso possuísse tamanha responsabilidade, ficando incumbido de guardar tão grande quantidade de drogas.
Tal justificativa, por óbvio, constitui vã tentativa de livrar-se da responsabilização penal e não merece prosperar.
Assim, considerando a apreensão de considerável quantidade e diversidade de drogas, resta impossível aplicar o redutor.
Tal circunstância indica que o réu, longe de ser mero neófito no mundo criminoso, em verdade integra parte de uma cadeia de criminosos envolvidos desde a produção do entorpecente até sua venda.
A benesse, realmente, não deve ser aplicada de modo desmedido, prestigiando quem efetivamente mereça a redução da pena.
A dedicação à atividade criminosa, igualmente, ficou evidenciada pela quantidade de porções e variedade de drogas apreendidas em poder do réu bem como pela considerável quantia em dinheiro.
Diante da incompatibilidade dos requisitos para a aplicação do redutor com as circunstâncias acima expostas, impossível sua incidência.
Assim sendo, a pena definitiva fica estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.
O regime eleito para cumprimento inicial da reprimenda, o semiaberto, também admite reformas, merecendo ser alterado para o inicial fechado.
A conduta do acusado revestiu-se de enorme gravidade, além de possuir elevado e negativo impacto social. O apelado possuía grande quantidade de entorpecentes, sendo que um deles, a cocaína, possuía

> natureza extremamente danosa aos indivíduos e ao corpo social.
> Ao Magistrado compete estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena que acreditar suficiente para reprovação e prevenção do delito, respeitados os ditames legais.
> No caso, a gravidade concreta da conduta do apelado, decorrente da nocividade dos entorpecentes apreendidos e das peculiaridades da abordagem, exige tratamento mais rigoroso e severo, devendo ser submetido ao regime de segregação total (art. 33, § 2°, "a", do Código Penal), até que, paulatinamente, possa ser reinserido no corpo social.
> Assim, o regime fechado é aquele que mais se coaduna com os objetivos acima e com o caráter ressocializador da pena, capaz de incutir no acusado a terapêutica prisional.
> Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, nem tampouco à Sumula n° 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador." (e-STJ, fls. 238-241).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Sobre o tema, vale lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do ARE n. 666.334/AM, veda a valoração concomitante da quantidade e da natureza da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria, sob pena de *bis in idem*, tão somente quanto tais vetores são utilizados para elevar a pena-base e para definir a fração de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Portanto, não ocorre o duplo apenamento no cálculo penal, se as circunstâncias descritas no art. 42 da Lei de drogas justificam simultaneamente a exasperação da sanção inicial e o afastamento da causa especial de diminuição, aliadas ao caso concreto que demonstram a dedicação à atividade criminosa.

Neste sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. CARACTERIZAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. MOTIVAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS.
> 1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.
> 2. Na espécie, a reprimenda básica acima do mínimo legal, em razão da quantidade de tóxicos apreendidos, encontra-se devidamente

justificada e proporcional as especificidades do caso versado. Precedentes.
3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.
4. Hipótese em que a natureza e a quantidade de droga foram utilizadas para majorar a pena-base e o afastamento da causa especial de diminuição da pena se deu pelos elementos caracterizadores da traficância, pois foram levados em consideração elementos concretos para a conclusão de que o réu se dedica à atividade criminosa, tais como os altos valores de dinheiro em espécie utilizados para aquisição das drogas, motivo pelo qual não há que se falar em bis in idem.
5. Agravo regimental desprovido."
(AgRg no REsp 1679476/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (10 Kg DE CONCÍNA). DEDICAÇÃO DOS RÉUS À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. In casu, a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).
2. Para se acolher a tese de que as agravantes não integram organização criminosa, bem como não se dedicam a atividades criminosas, impresncidível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial.
3. Agravo regimental desprovido."
(AgRg no REsp 1484961/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MINORANTE

> PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. A elevada quantidade de drogas apreendidas - 2.774,0 g de cocaína - justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
> 2. Não há violação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois foram apontados elementos concretos que indicam a integração da agravante em organização criminosa, estruturada especialmente para o narcotráfico.
> 3. Para afastar a conclusão de que a agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.
> 4. Embora, na terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem haja feito breve menção à quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, não há falar em bis in idem, porquanto foram apontados diversos outros elementos que evidenciam a integração da agravante em organização criminosa e, por conseguinte, impedem a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
> 5. Não obstante a recorrente haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal), os elementos que evidenciaram a sua integração em organização criminosa, bem como a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em contexto de tráfico transnacional, justificam, a toda evidência, a necessidade de fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
> 6. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no AREsp 869.365/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017).

In casu, verifica-se que a Corte de origem sopesou validamente a quantidade e variedade das drogas apreendidas **(245 gramas de cocaína, 166 gramas de lança-perfume e 311 gramas de maconha - e-STJ, fl. 239)** na primeira etapa da dosimetria penal, para exasperar a pena-base, e na terceira fase, para justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que tais vetores indicam o envolvimento do paciente com o crime organizado, conforme autoriza a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Inexistindo, portanto, violação ao princípio do *ne bis in idem*

Quanto ao pleito de abrandamento do regime, tem-se que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual

serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, verifica-se ter sido dada correta interpretação aos dispostos no art. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, e o sentenciado seja primário, o regime fechado é o cabível à espécie, dada a presença de circunstâncias desfavoráveis, qual seja, a grande quantidade da droga apreendida **(245 gramas de cocaína, 166 gramas de lança-perfume e 311 gramas de maconha - e-STJ, fl. 239),** que, juntamente com outras circunstâncias, foram inclusive devidamente sopesadas na terceira fase do cálculo da pena, a fim de afastar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. ADEQUAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
> 2. Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com base na expressiva quantidade da substância apreendida, mais de 42 Kg de lidocaína, e nas circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o recorrente dedica-se à atividade criminosa. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na via do recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.
> 3. No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade da substância apreendida, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
> 4. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 944.865/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA,QUINTA TURMA,DJe 05/12/2016).
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO PELA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (3.165G DE COCAÍNA). POSSIBILIDADE.

> AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. Reconhecido pelo Tribunal *a quo*, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, a dedicação à atividade criminosa voltada ao comércio de drogas, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Incidência da Súmula 7/STJ.
> 2. A natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para a imposição do regime mais severo (3.165g de cocaína). Precedentes.
> 3. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 258.364/SP, Min. Rel. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 24/11/2016).

Por fim, indeferido o pleito de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, mantendo-se a pena em 5 (cinco) anos de reclusão, fica prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto ausente o requisito objetivo previsto no artigo 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b" do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator