AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.565 - SP (2018/0276221-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	JHONATAN ROCHA SANTOS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA - SP291702
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por JHONATAN ROCHA SANTOS em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 192):

> *Tráfico de entorpecentes. Artigo 33, "caput", c.c. o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei n° 11.343/06. Policiais militares que, no curso de patrulhamento em local conhecido como ponto de venda de drogas, avistam um adolescente em atitude suspeita e, furtivamente, deliberam abordá-lo. Menor que, ao notar a presença dos agentes públicos, olha cm direção a uma viela, gritando "molhou, molhou!". Policiais, em continuidade, que avistam, então e a curtíssima distância, o acusado sentado e na posse de uma pochete, sobrevindo, a despeito da tentativa de fuga, sua abordagem. Localização, no interior da pochete, de 267 porções unitárias de drogas variadas, com peso líquido de 348,5 gramas e, ainda, de R$ 30,25 em moedas. Prova forte. Autoria e materialidade claras. Relatos dos policiais militares, no tocante aos aspectos nevrálgicos das dinâmicas do crime e da diligência, coerentes e harmônicos. Versões exeulpatórias isoladas. Vínculo do réu com as drogas e destinação destas ao nefasto comércio bem comprovados. Condenação bem decretada. Causa de aumento bem reconhecida. Penas fixadas motivadamente acima do mínimo. Inviabilidade de aplicação da regra do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas e, ainda, de substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Regime fechado necessário. Apelo improvido.*

Interpostos embargos de declaração, esses foram rejeitados (e-STJ fls. 227/232).

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação dos artigos 33 e 59

do CP e do art. 33, §4º, Lei nº 11.343/06. Sustenta: (i) a aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, uma vez que não ficou comprovado que o acusado participava de organização criminosa; (ii) a fixação de regime de cumprimento de pena diverso do fechado.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 255/268), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 271/272), tendo sido apresentado o presente agravo.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 317/321).

É o relatório. **Decido**.

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

Primeiramente, em relação ao afastamento do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, o recurso merece acolhida.

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que *isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado* (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018).

Nessa linha, os seguintes julgados:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIOLAÇÃO AO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA FUNDADA SOMENTE NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTA RELATORA. MALFERIMENTO AOS ARTS. 33, § 2º, "B" E 42 DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS*

282/STF E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. "A quantidade e a qualidade de drogas, por si sós, não podem impedir a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas" (HC 343.290/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/05/2016) . Ressalva do entendimento desta relatora.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1285790/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. QUANTIDADE OU QUALIDADE COMO FUNDAMENTO EXCLUSIVO PARA NEGAR A CONCESSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO.

Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1108708/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS. ELEMENTOS CONCRETOS. REVISÃO DA CONCLUSÃO. INVIABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a quantidade e a diversidade de entorpecentes apreendidos são elementos que, associados às circunstâncias do caso concreto, evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

2. É inviável a desconstituição do julgado que, após a análise dos elementos colhidos no curso da ação penal, concluiu que o réu se dedica a atividades criminosas, pois exigiria o revolvimento do material probante, providência vedada na via eleita ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

> *3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1654330/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017)

Nessa linha, o STJ possui entendimento de que *o simples fato de o acusado não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão contrária, qual seja, a de que ele se dedica a atividades criminosas, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo desejado* (AgRg no HC 406.671/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018).

Abaixo, os seguintes precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2. O simples fato de o acusado não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão contrária, qual seja, a de que se dedica a atividades criminosas, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo desejado.*
>
> *3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 317.681/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018)

> *[...]TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE LÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.*
>
> *1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.*

> *2. No caso destes autos, a minorante foi afastada com o fundamento de que o paciente não comprovou o exercício de atividade lícita o que, por si só, não é suficiente para comprovar sua dedicação ao comércio espúrio de entorpecentes ou a atividades ilícitas.*
>
> *[...]*
>
> *3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reprimenda aplicada ao paciente, nos termos do voto, bem como para abrandar o regime inicial de cumprimento da pena e deferir a substituição da reprimenda reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução criminal.* (HC 436.703/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 26/04/2018)

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. O fato de a agravada não ter comprovado o exercício de atividade lícita, não é fundamento idôneo, por si só, para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena.*
>
> *[...]*
>
> *4. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 473.269/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

O Tribunal *a quo*, ao apreciar o caso, afastou a causa de diminuição pelos seguintes termos (e-STJ fl. 200):

> *Observo que não era caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06 Isso porque o preceito admite atenuação da pena para réus primários que não ostentem periculosidade maior. O fundamento maior está mesmo na periculosidade. Visa à premiação do indivíduo que se envolveu isoladamente em fato típico penal. Anoto, ainda, que a previsão de redução está assentada justamente no princípio da individualização da pena, de sorte que não vulnera a ordem constitucional e o principio da proporcionalidade, Inclusive por não se tratar de regra obrigatória, demandando o exame da situação pessoal e fática do caso concreto. E não era caso mesmo de atenuação da reprimenda. O acusado revela*

> *acentuada periculosidade, na medida em que praticava o tráfico de entorpecentes em plena via pública, contando com o auxílio, efetivo, prestado por um adolescente. Anote-se que em poder de JHONATAN foram apreendidas 297 porções unitárias de drogas variadas - a maior parte delas com alto potencial lesivo e viciante -, que pretendia disseminar na sociedade de forma presumivelmente habitual, já que não comprovou, satisfatoriamente, o exercício de atividades lícitas. Na aplicação do preceito o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena. E a conduta do acusado, examinada no contexto dos autos, não justificava, mesmo, o favor legal Fica difícil imaginar que alguém, surpreendido trazendo consigo tamanha quantidade de drogas, não tenha vinculação séria com o comércio espúrio e, ainda, com organizações criminosas.*

Observa-se que os fundamentos utilizados não foram suficientes para afastar a causa de diminuição. A Corte de origem mencionou apenas a quantidade e qualidade das drogas, - 234g de maconha, 89,9g de cocaína e 24g de crack (e-STJ fls. 29/30) - e ausência de atividade lícita, para afastar a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, não sendo demonstrados os elementos concretos para se concluir que o acusado participava de organização criminosa.

Dessa forma, necessário o reconhecimento da incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no patamar de 2/3, uma vez que a quantidade e a qualidade da droga foram usadas para sopesar a pena-base. Assim, mantidos os critérios da Corte de origem, resulta em uma pena definitiva de 2 anos e 4 meses de reclusão e 233 dias-multa.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, 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. Precedentes: AgRg no

AREsp 867.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016; AgRg no AREsp 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016; AgRg no AREsp 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 06/05/2016.

No presente caso, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 2 anos e 4 meses de reclusão, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido (234g de maconha, 89,9g de cocaína e 24g de crack) justificam o afastamento da substituição da pena e a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto. Precedentes: HC 312.978/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016; HC 368.485/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016; HC 361.521/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 08/11/2016.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", parte final, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, para aplicar o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3, redimensionando a pena do agravante para 2 anos e 4 meses de reclusão e 233 dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator