

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.557.469 - SP (2019/0237027-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : WASHINGTON FERREIRA SERRA (PRESO)
ADVOGADOS : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por WASHINGTON FERREIRA SERRA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não admitiu o recurso especial.

Consta dos autos que o agravante foi condenado às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 416 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a acusação apelou perante a Corte de origem, a qual deu provimento à irresignação redimensionando a reprimenda para 5 anos de reclusão, em modo fechado, e 500 dias-multa.

O recurso especial, interposto com fulcro na alínea *a* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, não foi admitido pela instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual o recorrente alega que os óbices indicados na decisão objurgada não incidiriam *in casu*.

Requer o acolhimento do agravo a fim de que seja dado seguimento ao recurso especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento da insurgência e pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

Devidamente impugnada a decisão combatida, merece exame o inconformismo.

Nas razões do recurso especial, a defesa sustenta contrariedade aos arts. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, e 59 do Código Penal, bem como ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pretendendo, em síntese, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado em seu grau máximo e o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Acerca da causa especial de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o acórdão recorrido, ao afastar a aplicação do benefício, assim decidiu:

"Entendo que assiste razão ao Ministério Público, devendo ser afastada a concessão do redutor.

Pelo que se depreende dos depoimentos dos policiais civis envolvidos na prisão do réu, consta que havia uma investigação em curso, com interceptação telefônica, a fim de apurar a organização criminosa PCC. Durante a interceptação, foi constatado que o acusado exercia o papel de gerente de um ponto de tráfico, sendo o responsável por guardar as drogas e abastecer o ponto de tráfico com pequenas quantidades para venda. Diante disso, foi expedido mandado de busca e apreensão a ser

Superior Tribunal de Justiça

cumprido na residência do réu, onde foi encontrado o expressivo montante acima descrito, sob um piso falso ao lado da cama do acusado. Também foram encontradas anotações relacionadas ao tráfico.

Ora, como se vê, o réu não só integrava organização criminosa, como dedicava-se às atividades ilícitas, fazendo disso seu meio de vida, razão pela qual torna-se incabível a concessão do redutor, que resta afastado, resultando a pena definitiva em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo." (e-STJ fls. 331/332)

Quanto ao ponto, sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (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.

Da análise dos autos, constata-se que a Corte estadual afastou a benesse com base nas circunstâncias do caso concreto, notadamente os depoimentos em juízo dos policiais envolvidos na prisão do agravante, os quais relataram que, durante interceptação telefônica realizada no curso de uma investigação, apurou-se o envolvimento do réu com a organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital – PCC e que ele era o responsável por gerenciar um ponto de tráfico, abastecendo-o com pequenas quantidades de drogas para venda.

Destacou-se, ainda, que, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, os policiais encontraram expressiva quantidade de droga – **4 sacos contendo 4,246kg de cocaína, 24 invólucros de plástico com 32g de cocaína, 110 papelotes com 107,1g de maconha e 24 pedras de crack, com peso líquido de 38g** (e-STJ fl. 99) – acondicionada "*sob um piso falso ao lado da cama do acusado*" (e-STJ fl. 332), além de anotações relacionadas ao tráfico, elementos que, somados, indicam a participação do agravante em organização criminosa e sua dedicação ao comércio ilícito de entorpecentes.

Note-se que a jurisprudência deste Sodalício "*firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa*" (HC 390.512/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017), circunstância que atrai, na espécie, a incidência da Súmula n. 83 desta Corte.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVERSÃO DO JULGADO. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. Indicadas circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da

Superior Tribunal de Justiça

minorante do tráfico privilegiado, a qual exige que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, não há falar em violação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

3. A pretensão de reverter a conclusão da Corte de origem de que o agente se dedica à organização criminosa implica o revolvimento de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1141520/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018)

A corroborar:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias - dentro do seu livre convencimento motivado - apontaram elementos concretos dos autos que evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito não se compatibilizariam com a posição de uma pequena traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, o que afasta a possibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. Para entender de modo diverso e afastar a conclusão de que a ré não se dedicaria a atividades delituosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada em habeas corpus.

(...)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 514.663/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 28/08/2019)

Ademais, modificar as conclusões da instância de origem demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em esfera especial, ante o óbice contido na Súmula n. 7 desta Corte Superior de Justiça.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APROXIMADAMENTE 900 GRAMAS DE CRACK. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. SUMS. 7/STJ E 284/STF. FUNDAMENTOS INATACADOS. SÚM. 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

(...)

4. Afirmando o Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o agravante não faz jus ao benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, por se dedicar a atividade criminosa, concluir de forma diversa implica em exame aprofundado de prova, vedado em recurso especial, a teor da Súm. n. 7/STJ.

5. Agravo regimental não conhecido.

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no AREsp 1469634/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 14/06/2019)

Na mesma direção:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O ora recorrente foi condenado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa. Foram apreendidas 31 (trinta e uma) porções individualizadas, com peso de 53,4g (cinquenta e três gramas e quatro decigramas) de cocaína, em pó, 54 (cinquenta e quatro) porções individualizadas, com peso total de 28,8g (vinte e oito gramas e oito decigramas) de cocaína, na forma de 'crack', 57 (cinquenta e sete) porções individualizadas, com peso líquido de 65,3g (sessenta e cinco gramas e três decigramas) de maconha.

2. Nas instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo fático-probatório, foi afastada a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, por haver indicativos de que o réu se dedicava a atividades criminosas. Inviável a revisão da referida conclusão em recurso especial, devido a esbarrar a pretensão no óbice prescrito pela Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1697123/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 26/03/2018)

Em arremate, com relação ao pleito de mitigação do modo inicial de resgate da reprimenda, a despeito de o colegiado estadual ter fixado o regime fechado em razão da gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, cumpre ressaltar que a remansosa jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado, em que a quantidade, a qualidade e a diversidade da droga apreendida podem ser considerados tanto para afastar a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas como para estabelecer regime prisional mais gravoso.

No caso dos autos, não obstante a sanção privativa de liberdade tenha sido fixada em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos, a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos – 4 sacos contendo 4,246kg de cocaína, 24 invólucros de plástico com 32g de cocaína, 110 papérolas com 107,1g de maconha e 24 pedras de *crack*, com peso líquido de 38g (e-STJ fl. 99) – constituem fundamentação idônea a respaldar a manutenção do regime fechado.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §

Superior Tribunal de Justiça

4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA CORPORAL MAIOR QUE 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico.

4. Assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que a paciente se dedicava a atividades criminosas, tendo em vista íntima relação entre os corréus, a divisão de tarefas e concatenação de esforços para a prática delitiva, bem como a quantidade de droga apreendida, qual seja, 1.879kg de maconha, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

5. Na identificação 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 condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

6. Embora a pena definitiva do paciente tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão e o paciente seja primário, o regime fechado é o adequado à prevenção e à reparação do delito, haja vista a quantidade de droga apreendida.

7. Estabelecido o quantum da pena em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 529.758/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)

E ainda:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. TRÁFICO DE

Superior Tribunal de Justiça

ENTORPECENTES. ILEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. ILICITUDE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. SÚMULA N. 7/STJ. 2. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. 3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Entendendo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o recorrente teve sua prisão fundamentada e de forma lícita, além de ter sido preso em flagrante, já que as drogas foram apreendidas em sua residência, concluir de forma diversa implica exame aprofundado do material probatório, inviável em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

2. Embora a pena reclusiva do paciente tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão (5 anos), o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável da natureza, variedade e quantidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos dos art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (182 pedras de crack - 61,88g; 40 invólucros de cocaína - 8,69g e outras 24 porções de maconha - 72, 17g).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1503628/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019)

Ante o exposto, **conhece-se do agravo e não se conhece do recurso especial**, nos termos do art. 34, VII, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea a, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator