

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.412.648 - SP (2018/0326446-4)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : EDIPO FERREIRA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP252422
AHMAD LAKIS NETO - SP294971
DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP327671
AGRAVANTE : TIAGO TEIXEIRA MIRANDA (PRESO)
ADVOGADOS : GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP252422
AHMAD LAKIS NETO - SP294971
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS EM CONCURSO DE AGENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N.º 11.343/2006. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. APONTADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS. NÃO CONSTATAÇÃO. VETOR ESPECIAL DA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS UTILIZADO COMO FUNDAMENTO AO AFASTAMENTO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. 7 (SETE) LITROS DE TRICLOROETILENO (LANÇA-PERFUME), 118,1 GRAMAS DE COCAÍNA, 226 GRAMAS DE MACONHA E 4,4 GRAMAS DE CRACK. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AFERIÇÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. NÃO DEDICAÇÃO DOS AGENTES À TRAFICÂNCIA HABITUAL OU INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DESTINADA A TAL DESIDERATO. SÚMULA N.º 7/STJ. VENTILADA AFRONTA AO ART. 33, § 2.º E 3.º, E 59, *CAPUT*, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. APENAMENTO INFERIOR A 8 (OITO) ANOS. REGIME FECHADO ADEQUADO. PREVALÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por EDIPO FERREIRA SILVA e TIAGO TEIXEIRA MIRANDA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu recurso especial manifestado contra acórdão prolatado na Apelação Criminal n.º 0026228-03.2016.8.26.0050.

Consta dos autos que os Agravantes foram absolvidos, pelo Juízo singular, das imputações pela prática dos delitos capitulados, respectivamente, nos arts. 34 e 35, ambos Lei n.º 11.343/2006 e, na mesma assentada, condenados como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, e do art. 33, § 1.º, inciso I, ambos do referido diploma, em concurso formal próprio, ambos, à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, acrescida do pagamento de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal estadual deu parcial provimento para absolver os Sentenciados, face à “*ausência de prova da materialidade*” (fl. 823), do crime previsto no art. 33, § 1.º, inciso I, da lei de Drogas, com o conseguinte redimensionamento das sanções a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantido o édito condenatório nos demais termos. Opostos embargos de declaração a Corte local os rejeitou.

No recurso especial, interposto com respaldo no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, a Defesa sustenta, em síntese, negativa de vigência ao art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, ao argumento de que a circunstância especial preconizada no art. 42 do aludido diploma “*não tem o condão de acrescentar requisito à causa de diminuição de pena em tela*” (fl. 876), cujos requisitos estão devidamente preenchidos pelos Apenados.

De tal sorte, é “*de rigor da aplicação da redução em patamar máximo*” (fl. 877), com o conseqüente abrandamento do regime prisional fechado para o aberto, *ex vi* do art. 33, §§ 2.º e 3.º, art. 59, ambos do Código Penal, e segundo inteligência da Súmula 719/STF.

Contrarrazões apresentadas às fls. 888-902.

A Corte de origem não admitiu o recurso especial, motivo pelo qual subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça por intermédio do presente agravo.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 970-973).

É o relatório.

Decido.

Evidenciada a viabilidade do agravo, passa-se à análise do recurso especial.

Quanto à questão em debate, o Tribunal bandeirante, ao prover parcialmente

o apelo defensivo, explicitou (fl. 825; grifos diversos do original):

"Afastado o aumento na base, o almejado redutor de pena não tem cabimento. Afinal, os Apelantes guardavam quase 350,0g de entorpecente de espécies variadas ('maconha', cocaína e 'crack'), além dos 7 litros de lança perfume, que a peça indicou como matéria-prima destinada à preparação de droga. E não se obtém acesso a essa quantidade de entorpecente, a não ser por meio de alguma organização criminosa.

[...]

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para absolver os Apelantes do delito previsto no artigo 33, parágrafo Iº, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e reduzir a pena do tráfico a cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias/multa, mantida no mais a sentença."

A Corte *a quo*, ao julgar os embargos de declaração defensivos, aclarou (fls. 845-847; grifos diversos do original):

"Os Embargantes foram condenados [...] porque guardavam e mantinham em depósito, para fins de tráfico, 120 trouxinhas de 'maconha', pesando 226,0g, 27 supositórios plásticos de cocaína na forma de 'crack', com peso de 4,4g, e 281 supositórios de cocaína, pesando 118,1g, além de guardarem um galão contendo 7 litros de tricloroetileno e 822,2g de substância branca pulverizada, matérias-primas, insumos ou produtos químicos destinados à preparação de drogas.

[...]

Diversamente do que sustenta o ilustre defensor, não se trata de exigir requisitos que a lei não contempla. A aplicação do redutor, além de atender a critérios objetivos, também se norteia por circunstâncias pessoais do agente.

A ligação com organização criminosa a que faz menção a Lei, como óbice à incidência do redutor, é aquela indicativa de que o agente faz parte de uma engrenagem dedicada ao narcotráfico, o que a quantidade do entorpecente apreendido 'in casu' está a denotar. E são essas as circunstâncias que não autorizam a incidência do redutor, não havendo que cogitar de negativa de vigência ao artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

O favor legal deve ser reservado ao agente que pratica o tráfico miúdo, basicamente aquele que revende o entorpecente para sustentar o próprio vício, o que não ocorre na hipótese em exame.

Deveras, trata-se de tráfico envolvendo a guarda e manutenção de quase trezentos e cinqüenta gramas de drogas diversas ('maconha', 'crack' e cocaína), sem considerar os 7 litros de tricloroetileno (lança-perfume), conduta que evidentemente não pode ser apenada

com os benefícios do tráfico privilegiado.

[...]

A decisão embargada fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, e o mais gravoso era mesmo o mais indicado, consubstanciado na quantidade de droga apreendida e circunstâncias fáticas."

Verifica-se que acórdão recorrido converge ao entendimento propalado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no sentido de que a quantidade, a natureza e/ou diversidade da droga apreendida, podem ser utilizadas tanto na primeira fase de fixação das penas, como circunstância judicial desfavorável prevalente, *ex vi* do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, ou na terceira etapa, para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, por denotarem, com base nas **peculiaridades do caso concreto**, efetiva e inequívoca dedicação **habitual** do Agente à prática de atividades criminosas ou sua atuação como membro de organização de tal natureza.

Na espécie, o Tribunal *a quo* afastou a aplicação do redutor alhures, ao fundamento de que os Apenados, em concurso de agentes, "*guardavam e mantinham em depósito, para fins de tráfico, [...] 'maconha', pesando 226,0g, 27 supositórios plásticos de cocaína na forma de 'crack', com peso de 4,4g, e 281 supositórios de cocaína, pesando 118,1g, além de guardarem um galão contendo 7 litros de tricloroetileno*" e insumos, como "*diversos invólucros plásticos vazios*" (fl. 594) e "*destinados à preparação de drogas*" (fl. 845).

Nesse contexto, conforme destacado no aresto fustigado, houve a apreensão de quase "*trezentos e cinqüenta gramas de drogas diversas ('maconha', 'crack' e cocaína)*", além dos "**7 litros de tricloroetileno (lança-perfume)**", conduta que *evidentemente não pode ser apenada com os benefícios do tráfico privilegiado*", reservado, tão somente, "*ao agente que pratica o tráfico miúdo, basicamente aquele que revende o entorpecente para sustentar o próprio vício, o que não ocorre na hipótese em exame.*" (fls. 846 e 847; grifos diversos do original).

Nessa perspectiva:

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE**

ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. [...] AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - Com efeito, [...] a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas [...] no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na quantidade e na variedade de droga apreendida, ou seja, '53,75g de maconha dividida em 20 porções e 4,55g de crack dividida em 21 porções' (fl. 28). Assim, a Corte originária se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional.

[...]

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 510.805/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/08/2019; grifos diversos do original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

[...]

2. O redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastado, no caso, em razão das circunstâncias da apreensão [...], além da quantidade e diversidade da droga encontrada em poder do ora agravante (57,10 g de cocaína, 264,51 g de crack e 183,21 g de maconha). [...]

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 387.889/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 28/08/2018; grifos diversos do original.)

Outrossim, a desconstituição do julgado, no sentido de que os Apenados, primários, sem antecedentes, e por se tratar a hipótese em tela de suposto "caso isolado", não se dedicavam à traficância habitual e/ou com vinculação à organização criminosa de tal natureza, não encontra guarida na via eleita, visto que seria necessário a esta Corte o

revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível, conforme inteligência do enunciado n.º 7 da Súmula do STJ.

Em casos análogos:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O Tribunal a quo negou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas com base nas circunstâncias do fato delituoso, as quais evidenciaram que o paciente estava se dedicando ao tráfico de drogas. O reexame dessa questão demanda a incursão aprofundada em matéria fática, inviável de ser revista [...] Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 539.611/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019; grifos diversos do original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, POR ENTENDER QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVER TAL ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS INFORMANDO QUE O RÉU EXERCE A ATIVIDADE DE TRAFICANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. Apesar de o réu ser primário e possuir bons antecedentes, a jurisprudência aceita que a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organizações criminosas sejam aferidas por outros meios, como por exemplo: a apreensão de substancial quantidade de droga atrelada a petrechos; [...] ou, até mesmo, em razão de notícias anônimas e depoimentos de policiais em juízo informando que o réu é [...] conhecido por exercer a atividade de traficante na região, como é o caso dos autos.

2. Ademais, **modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o agravante não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da**

causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos.

[...]

4. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no AREsp 1.368.267/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 02/04/2019; grifos diversos do original.)

Por fim, sobre a apontada afronta aos arts. 33, §§ 2.º e 3º, e 59, *caput*, ambos do CP, é assente por Corte Superior que as moduladoras **prevalentes** da "quantidade", "diversidade" e/ou "natureza" dos entorpecentes apreendidos são aptas a alicerçar, consoante inteligência da Súmula n.º 719/STF, a fixação de regime mais gravoso para o resgate inicial da pena privativa de liberdade imposta ao (s) Apenado (s).

Assim, com esteio na jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, revela-se adequada a fixação de regime prisional fechado, ainda que fixada a sanção em patamar final abaixo de 8 (oito) anos, quando afastado o redutor do tráfico privilegiado, diante da **quantidade, diversidade e natureza nociva** das drogas apreendidas em domínio dos agentes, por prevalência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 sobre as demais circunstâncias judiciais, *ex vi* do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. DROGA APREENDIDA. QUANTIDADE E VARIEDADE. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

III - In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na quantidade e na variedade de droga apreendida, ou seja, "53,75g de maconha dividida em 20 porções e 4,55g de crack dividida em 21 porções" (fl. 28). Assim, a Corte originária se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional.

[...]

VI - Nesse diapasão, a quantidade e a diversidade do

Superior Tribunal de Justiça

entorpecente (53,75g de maconha dividida em 20 porções e 4,55g de crack dividida em 21 porções) foram utilizadas como fundamentos a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, a, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 510.805/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/08/2019; grifos diversos do original.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA. ÓBICE INTRANSPONÍVEL DA SÚMULA N. 7/STJ. ALEGADA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO OU PRÓXIMO A ELE. IMPOSSIBILIDADE. PLEITOS DE ELEVAÇÃO DO REDUTOR PARA 2/3, DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTOS DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM HARMONIA COM A UNÍSSONA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

[...]

4. De igual modo, a quantidade e a natureza das drogas podem justificar a fixação de regime de cumprimento de pena mais rígido do que o demandado pelo montante da pena imposta.

[...]

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1.384.078/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 07/03/2019; grifos diversos do original.)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora