

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.616.266 - SP (2019/0331065-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : R L DE A (PRESO)
ADVOGADO : MARIANA JORGE TODARO - SP201455
AGRAVANTE : R DE J P
ADVOGADO : PAULO MIGUEL FRANCISCO - SP244002
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por R. DE J. P., em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 489):

APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - Materialidade e autoria delitivas satisfatoriamente demonstradas - Palavra dos policiais firmes e coerentes - Validade - Depoimentos que se revestem de fé-pública, corroborados pelo restante do conjunto probatório - Ausência de provas de que teriam intuito de prejudicar os réus - Aplicação do redutor - Impossibilidade - Circunstâncias que denotam intensa atividade de mercancia - Precedentes do STJ - Inexistência de bis in idem - Análise das circunstâncias em concreto - Regime fechado único possível - Recursos desprovidos, com determinação de expedição de mandados de prisão em desfavor dos réus.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 507/514), alega a parte recorrente violação do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e do artigo 33, § 2º, do Código Penal.

Sustenta, em síntese, (i) o preenchimento dos requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, isto é, em 2/3 (dois terços); e (ii) a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 661/667), o Tribunal *a quo* inadmitiu o recurso especial (e-STJ fls. 673/674), dando ensejo à interposição do agravo ora apreciado (e-STJ fls. 677/681).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pela concessão de *habeas corpus* de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, bem como pelo provimento do recurso, consoante parecer assim ementado (e-STJ fls. 802/808):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006).

PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (R. L.). INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA SUBSTÂNCIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE NÃO JUSTIFICA A EXASPERAÇÃO POR TAIS CIRCUNSTÂNCIAS. FIXAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL.

INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. CABIMENTO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, EMBORA EXPRESSIVA, NÃO É DE ELEVADA MONTA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICADORES DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA E/OU PERTENÇA A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE DOIS TERÇOS. CABIMENTO DO REGIME ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

PARECER PELA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. PARA REDUZIR A PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL; E PELO PROVIMENTO DOS AGRAVOS E DO RECURSO ESPECIAL DE R. DE J., E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DE R. L., PARA APLICAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, NA FRAÇÃO DE DOIS TERÇOS. FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIR A PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

É o relatório. **Decido.**

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

Passo, então, à análise do recurso especial.

Primeiramente, no que concerne à pretensão de incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é cediço que o legislador, ao editar o mencionado diploma legal, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, àquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o conferido ao traficante habitual.

Para aplicação da referida minorante, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Na espécie, o Tribunal local negou provimento ao apelo defensivo, mantendo afastada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo assim se manifestado para tanto (e-STJ fls. 497/500):

[...]

Na terceira e última etapa, o magistrado de origem agiu corretamente ao não aplicar o redutor que alude o §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 haja vista as peculiaridades do caso, pois, embora os apelantes sejam primários, é inegável que a vasta quantidade de droga apreendida, sem falar da natureza, denota intensa atividade de traficância, o que, conforme entendimento do Colendo STJ, é indicativo de participação em organização criminosa, impedindo a aplicação do redutor, ainda que possuidor de bons antecedentes. Confira-se:

[...]

Não se olvide, ainda, que o §4º do mencionado dispositivo emprega o termo "poderão", o que seguramente indica não ser obrigatória a redução.

[...]

Além do mais, ao contrário do que alegado pelas defesas, não há que se falar em bis in idem.

Entre os fatores a serem sopesados para tal gradação, estão o tipo, a quantidade e diversidade do entorpecente, além das condições e circunstâncias do crime.

Quando se extrapola o razoável, não é possível se falar em bis in idem. Os acusados transportavam 148 papелotes de cocaína, acondicionadas individualmente e prontas para o comércio, além de R\$600,00. Não há óbice para que parte do volume de droga apreendida fosse utilizada para fins de recrudescimento da pena-base e outra parte da referida quantidade poderia ser aproveitada para deixar-se de aplicar a causa de diminuição do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

A título de exemplo, poder-se-ia dizer que seria o mesmo que acontece quando da existência de várias condenações aptas a configuração da reincidência. Ora, se o réu possui apenas uma, sua pena é agravada em apenas uma fase. Mas na existência de várias, nada impede que uma seja utilizada como agravante e as demais como circunstancia judicial desfavorável, o que, aliás, possui grande aceitação na jurisprudência.

Além disso, a utilização da quantidade de drogas na traficância, a meu ver, sempre respeitando entendimento contrário, deve, sim, ser critério observado em várias fases da aplicação da pena, da mesma forma que o instituto da reincidência, que pode gerar diversas conseqüências, como a majoração da pena na segunda fase da dosimetria, a adoção de regime mais rigoroso e impede a aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

E que a quantidade de drogas, assim como a reincidência, é circunstância umbilicalmente ligada ao requisito exigido pela lei para a aplicação da benesse ora pleiteada, cuja aplicação somente é possibilitada quando o réu é primário e não de "dedica a atividades criminosas", sendo impossível dizer que uma pessoa com tal quantidade de droga não esteja envolvida com organização criminosa, já que é impossível se adquirir tamanha quantidade de entorpecente do dia para a noite.

[...].

Da análise da fundamentação adotada pela Corte local, verifica-se que esta decidiu pelo afastamento do tráfico privilegiado com base apenas na qualidade e quantidade de entorpecentes apreendidos – 148 (cento e quarenta e oito) papелotes de cocaína (e-STJ fls. 497/500), com massa líquida de 115,7g (cento e quinze gramas e sete decigramas), e-STJ fl. 16.

Ocorre que, como é cediço, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se 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 n. 1285790/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 26/6/2018, DJe 2/8/2018).

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 n. 1108708/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma,

julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018).

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 8/8/2017, DJe 18/8/2017).

Na hipótese vertente, portanto, dissentindo da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, o Tribunal de origem apontou a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, de forma isolada, como justificativa para amparar a conclusão de que o recorrente integrava organização criminosa e, conseqüentemente, obstar a incidência da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), o que não merece prosperar.

No tocante à fração da privilegiadora a ser aplicada na hipótese vertente, cabe ressaltar, como é cediço, que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, ou seja, tal valoração só pode ser considerada na primeira ou na terceira fases do cálculo da pena.

Abaixo, ementa do referido julgamento:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência. (ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 5/5/2014, PUBLIC 6/5/2014).

Esta Corte Superior, na esteira da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE n. 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.404.675/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; HC n. 314.934/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; AgRg no REsp n. 1.243.660/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 12/8/2015; HC n. 275.856/PB, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 26/6/2015.

Assim, mantidos os demais critérios da condenação e considerando que as instâncias ordinárias já utilizaram a natureza e quantidade da droga na primeira fase da dosimetria da pena, para fixar a pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal (e-STJ fl. 497), a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser aplicada, na terceira fase da dosimetria da pena, na fração máxima de 2/3 (dois terços), a fim de evitar o *bis in idem*, ficando as penas do recorrente definitivamente fixadas em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e**

seis) 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 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. Precedentes: AgRg no AREsp n. 867.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016; AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 22/6/2016; AgRg no AREsp n. 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 6/5/2016.

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 a pena definitivamente fixada não ultrapasse 4 (quatro) anos de reclusão, a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – 148 (cento e quarenta e oito) papелotes de cocaína, com massa líquida de 115,7g (cento e quinze gramas e sete decigramas), e-STJ fl. 16 – justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade e restritivas de direitos. Precedentes: HC n. 312.978/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 8/11/2016, DJe 16/11/2016; HC n. 368.485/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016; HC n. 361.521/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 8/11/2016.

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 parcial provimento** ao recurso especial, para aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3

Superior Tribunal de Justiça

(dois terços), redimensionando as penas do recorrente R. DE J. P. para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator