

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. L. DE A., em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado com fundamento nas alíneas "a" e "c" 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. 516/547), alega a parte recorrente violação dos artigos 28, § 2º e 33, § 4º, ambos da Lei n. 11.343/2006, do artigo 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula n. 440/STJ.

Sustenta, em síntese, (i) a desclassificação do delito previsto no art. 33, *caput*, para o tipificado no art. 28, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, argumentando para tanto que a droga apreendida seria para o consumo pessoal do recorrente, o que seria corroborado pela reduzida quantidade de entorpecentes apreendidos e pela ausência de provas de sua destinação comercial; (ii) 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 (iii) a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.

Busca apresentar dissídio jurisprudencial.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 646/659), o Tribunal *a quo* inadmitiu o recurso especial (e-STJ fls. 670/672), dando ensejo à interposição do agravo ora apreciado (e-STJ fls. 749/778).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo parcial 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 ao pleito de desclassificação do delito do art. 33, *caput* para o do art. 28, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, a Corte *a quo* consignou (e-STJ fls. 490/497):

Consta dos autos que, no dia 22 de novembro de 2017, às 23h, próximo ao pedágio da Rodovia Fernão Dias, altura do km 66, em Mairiporã, os acusados, previamente ajustados e com unidade de propósitos, envolvendo a adolescente L. DOS S. R., adquiriram e transportavam, para fins de tráfico, 148 porções de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além da quantia de R\$600,00 em dinheiro e três celulares.

A materialidade e autoria delitivas restaram incontestes pelo farto conjunto probatório carreado aos autos, a saber: auto de prisão em flagrante (fls. 02), boletim de ocorrência (fls. 08/11), auto de exibição e apreensão (fls. 12), laudo de constatação (fls. 16), exame toxicológico (fls. 160), bem como, e principalmente, pela prova oral coligida.

Antes, porém, forçoso alinhar que, ao contrário do sustentado pela defesa de RAMON, o fato de o laudo pericial de fls. 160 ter constado tão somente 2g de droga em nada compromete a materialidade delitiva, pois, como é sabido, apenas uma pequena quantidade da substância é levada a perícia, tanto é verdade que no auto de constatação preliminar juntado às fls. 16 assim constou: "Quantidade retirada para análise e/ou contra-perícia: foi retirada uma alíquota aproximada de 2,0g (dois gramas) para análises e contra perícia

Pois bem.

Em que pesem as negativas dos réus, além de contraditórias, restaram dissociadas dos demais elementos de convicção que, frise-se, incriminam-lhes sobremaneira.

Vejamos.

A policial Camila disse que estavam em operação com a Polícia

Rodoviária Federal. No pedágio, fazem abordagem em quem se demonstra suspeito e eles aparentavam nervosos. Fizeram revista pessoal e nada encontraram. Como continuavam nervosos, fizeram revista no veículo e encontraram essa quantidade de droga. Indagado ao condutor Ramon, disseram que fariam uso do direito de permanecer calada. Tinha três pessoas no carro. Uma era uma menor, que disse que tinha acompanhado eles para tomar um lanche, quando ele pararam na Favela de Heliópolis e viu quando colocaram algo no porta-malas. A menor era a Larissa. As testemunhas arroladas pela Defesa não apareceram quando da lavratura da ocorrência. Eram três sacos, com as porções divididas. Estava na lateralzinha do portamalas. Não os tinha abordado anteriormente. A revista é feita por ambos os policiais. A Federal dá o apoio. A menor estava no banco do carona. O Ramon dirigia. O outro no banco de trás. O destino final deles era Atibaia.

O seu colega de farda, policial Fábio Marques, ratificou integralmente a versão prestada.

Note-se que os policiais ouvidos em juízo prestaram depoimentos extremamente coerentes, claros e concisos em ambas as sedes e narraram os fatos com precisão e riqueza de detalhes, contando minuciosamente como se deu toda a investigação e o desenrolar dos fatos.

Dessa forma, seus testemunhos devem, sim, possuir maior valoração, pois, além de não terem intenção de prejudicar os apelantes, imputando-lhes crime tão sério, não há nos autos quaisquer conjecturas a respeito (ônus da defesa).

E que o estado tem seus agentes concursados legalmente aptos a reprimir o crime e seus depoimentos somente podem ser afastados se demonstrada eventual irregularidade ou interesse particular na condenação do acusado, o que não se deu no caso em tela. Demais disso, as falas destes profissionais, escolhidos pelo Estado, possuem fé-pública, sendo seus depoimentos dignos de crédito e plena validade, mesmo porque, como dito alhures, não restou provada qualquer intenção em, de alguma forma, prejudicar os réus.

E não se pode desmerecer o depoimento dos policiais apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido:

[...]

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.

Ademais, como afastaríamos tais palavras, se na esmagadora

maioria das prisões por crime de tráfico, como no presente caso, as únicas testemunhas são os próprios policiais condutores? Seria um equívoco jurídico, com implicações graves à vida em sociedade, se os Doutos Juízes e Desembargadores deste Tribunal de Justiça passassem a absolver indistintamente réus em casos como o presente, em que a fala dos policiais acaba sendo determinante para a condenação.

A Justiça não pode fechar os olhos para as evidências dos autos, devendo o Poder Judiciário estar sensível às artimanhas, cada vez mais aperfeiçoadas, utilizadas pelos criminosos para se furtarem da aplicação da lei penal.

Tem se tornado cada vez mais comum a invocação de flagrantes forjados e de irregularidades nas condutas dos policiais, como forma de ilidir o honesto e competente trabalho de agentes da lei e na tentativa de acusados em se isentarem de responsabilidade.

Isso, porém, não pode ser aceito e deve ser de pronto coibido, eis que a conduta isolada de alguns policiais que agem ao arrepio da lei não pode ser generalizada nem tida como regra, sendo certo que se tratam de exceções, as quais, demais disso, devem ser cabalmente comprovadas.

Mas não é só.

Em Juízo, Larissa, a adolescente que acompanhava os acusados, disse estava no salão de cabeleireiro que trabalha quando foi chamada por Ramon para ir a São Paulo. Pegaram Rodrigo e foram. Próximo a um bar, pararam e eles desceram. Foram a um lugar e voltaram na seqüência, quando Ramon portava dois pacotes que foram guardados dentro do porta-malas. No retorno pra Atibaia, foram abordados pelos policiais, que encontraram a droga. Perguntou a Ramon a respeito, quando ele disse que "pra você não ia dar nada". Eu fumo maconha. A gente tinha fumado naquele dia.

O conjunto probatório, como se vê, é farto.

A prova da traficando deve ser extraída das diversas circunstâncias do delito, como no presente caso, no qual se concluiu, sem dúvidas, pela considerável quantidade de droga apreendida, forma de acondicionamento, pelo depoimento da testemunha Larissa, e sobretudo pelos depoimentos firmes e coerentes dos milicianos, os quais afirmaram que os réus ao avistarem a polícia se sentiram nervosos e, ainda no meio da abordagem, antes do encontra da droga, aparentavam nervosismo.

Além do mais, as versões apresentadas pelo acusados se contradizem totalmente entre si. Como bem considerou o magistrado nesse tocante, "um dos réus diz que somente era proprietário de 30 porções, sendo o restante do outro. Ao seu

turno, estranhamente, o corréu diz exatamente o oposto. Mais. O Réu Ramon disse que foi Rodrigo que o chamou para ir a São Paulo, onde visitaria um pessoal, razão por que aproveitou para comprar a droga que usaria no litoral. Contrário a isso, Rodrigo disse que não tem parentes em São Paulo e não conhece ninguém que lá reside, sendo certo que fora Ramon que o chamara para ir àquela cidade, com o fim específico de comprar droga".

Para a consumação do delito de tráfico, basta que o agente pratique qualquer dos verbos contidos no art. 33 da Lei n° 11.343/06, pois é crime de ação múltipla, admitindo várias condutas, como, "ter em depósito", "guardar" e "trazer consigo" a substância entorpecente, para fins de tráfico.

A propósito:

"[...] Ademais, é sabido que o tráfico de entorpecentes é delito de ação múltipla ou conteúdo variado cuja consumação se contenta com a aquisição, transporte, depósito, guarda ou simples porte da droga, desde que não seja para consumo pessoal, Daí não haver falar em mero auxílio ao uso de drogas, visto que a paciente foi flagrada na posse de maconha e cocaína. (STJ - HC 211.467/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, 6ª TURMA, julgado em 16/08/2011, Dje 31/08/2011).

Daí porque desnecessário que o acusado seja flagrado em ato típico de mercancia.

E, ainda que, eventualmente, fossem os réus somente usuários o que não ficou comprovado a configuração do crime de tráfico continuaria possível, eis que muitos traficantes se utilizam deste expediente para sustentar o próprio vício.

[...]

Contudo, como já analisado, a quantidade de entorpecente (148 porções de cocaína já individualmente embaladas), não demonstra a condição de meros usuários.

Assim, as provas colhidas são suficientes para embasar a condenação, sendo incabível a absolvição e tampouco desclassificar os fatos para o art. 28 da Lei de Drogas.

[...]. - grifei

Na espécie, consoante trecho do acórdão da apelação acima transcrito, a Corte de origem reputou farto o conjunto de provas a corroborar a condenação do recorrente pela prática do delito tráfico de drogas, consistente em auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência, auto de exibição e

apreensão, laudo de constatação, exame toxicológico, e, principalmente, na prova oral coligida nos autos (e-STJ fl. 490).

O Tribunal local asseverou, inclusive, que a elevada quantidade de 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 fls. 16 e 490 –, bem como a forma de acondicionamento (porções embaladas individualmente), seriam incompatíveis com a condição de meros usuários (e-STJ fl. 496).

Assim, tendo a Corte de origem reputado farto o conjunto de provas a corroborar a condenação do recorrente pela prática de tráfico de drogas, afastando tanto a absolvição por insuficiência de provas quanto a desclassificação para o art. 28, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 496/497), inviável, no caso em tela, entender de modo diverso, dada a necessidade de reexame de elementos fático-probatórios, vedado nesta via recursal. Incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ.

Ademais, ainda que superado o óbice acima mencionado, a pretensão recursal não prosperaria, porquanto, conforme consignado pela Corte *a quo*, desnecessária a comprovação de que as drogas apreendidas se destinavam à mercancia (e-STJ fl. 495).

Com efeito, tal entendimento se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, segundo a qual o art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. TRÁFICO. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. VIABILIDADE. CONDUTAS

QUE DEMONSTRAM A EXISTÊNCIA DE CRIME ÚNICO. CONDENAÇÃO À PENA DE 5 ANOS RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PRIMARIEDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que sendo **o tráfico de entorpecentes classificado como crime de ação múltipla, praticando o agente qualquer dos dezoito verbos descritos no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06**, mesmo que mais de um deles, estará sujeito à reprimenda prevista no preceito secundário do tipo, razão pela qual considera-se praticado um único crime (HC n. 125.617/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 26/11/2009, DJe 15/12/2009).

3. Agravo regimental não provido. Concessão da ordem, de ofício, para afastar a continuidade delitiva e reconhecer a prática de crime único, redimensionando a pena do acusado para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto. (AgRg no AREsp 1533524/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 26/11/2019). - grifei

[...] CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.

Não configura bis in idem a aplicação da majorante do artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006, em razão da transnacionalidade do crime de tráfico de entorpecentes, porquanto o art. 33 caput, do mesmo pergaminho legal, encerra **tipo penal de ação múltipla, cuja configuração se dá com a mera conduta antecedente de "trazer consigo" a droga que o agente tenciona transportar para o exterior, sendo esta última circunstância um plus que justifica a exasperação da pena cominada ao delito.**

[...]

2. Recurso ordinário desprovido. (RHC 59.063/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 7/6/2018, DJe 1º/8/2018). - grifei

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. DELITO UNISSUBSISTENTE. REVISTA ÍNTIMA. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO.

RECURSO PROVIDO.

[...]

3. O crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. Inconcebível, por isso mesmo, a sua ocorrência na modalidade tentada.

4. É desnecessária, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. Basta a prática de uma das dezoito condutas relacionadas a drogas para que haja a consumação do ilícito penal. Precedentes.

5. Em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado), inequívoca a conclusão de que o delito ocorreu em sua forma consumada, na modalidade "trazer consigo" ou "transportar". Vale dizer, antes mesmo da abordagem da acusada pelos agentes penitenciários, o delito já havia se consumado com o "trazer consigo" ou "transportar" drogas (no caso, 143,7 g de maconha), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Inviável, por conseguinte, a aplicação do instituto do crime impossível.

[...]

12. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator. (REsp 1523735/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/2/2018, DJe 26/2/2018).

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 59 DO CP. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO PROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PERCENTUAL DE UM SEXTO. LEGALIDADE. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA.

[...]

7. Vale lembrar que o crime em questão é de ação múltipla e prevê a conduta "trazer consigo o entorpecente", pela qual o recorrente foi condenado. Sendo assim, deve ser rechaçada a alegação de dupla valoração, eis que diversas as razões que levaram à configuração da majorante prevista no inciso I do art.

40 da Lei nº 11.343/2006.

[...]

9. *Recurso especial a que se nega provimento.* (REsp 1244686/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 6/12/2012, DJe 7/2/2013). - grifei

Em segundo lugar, 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 circunstância 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 consequências, 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 **2 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa**.

Por fim, 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) papelotes 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 **conhecer parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dar-lhe parcial provimento**, para aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços), redimensionando as penas do recorrente R. L. DE A. para 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 200 (duzentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator