



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1847133 - SP (2019/0330995-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : CELSO FELIX DE SOUZA
ADVOGADO : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÊU : ELIANE HILARIO DE SOUZA

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **CELSO FELIX DE SOUZA**, com apoio no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Apelação da Defesa - Preliminar - Inocorrência de nulidade - Arguição da ilicitude da prova, em razão do prazo de validade estabelecido para cumprimento do mandado de busca e apreensão - Inocorrência - Investigações e monitoramento do local dos fatos pelos policiais civis, na busca da melhor oportunidade para efetivar a apreensão de drogas - Exceção ao princípio da inviolabilidade do domicílio - Crime de natureza permanente - Situação de flagrante, suficiente a justificar a entrada dos policiais no imóvel - Preliminar Rejeitada - Tráfico de Drogas - Provas suficientes à condenação - Réu preso em flagrante - Materialidade e autoria comprovadas - Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes - Desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei Antidrogas - Apreensão de diversas porções de entorpecentes - Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que os entorpecentes eram destinados a consumo de terceiros - Dosimetria - Pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes ostentados pelo réu, bem como pela quantidade de droga apreendida - Reajuste para a fração de 1/6 - Impossibilidade da aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, por ausência de requisito a tanto - Impossibilidade da fixação de regime diverso do fechado e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos - Mercês incompatíveis com delitos de singular gravidade - Necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes - Regime fechado compatível com a conduta praticada pelo réu - Detração Penal - Questão que deverá ser analisada pelo Juízo da Execução - Recurso de apelação parcialmente provido." 1196

O julgamento foi complementado pelo acórdão de fl. 1328 (e-STJ), cuja ementa é a seguinte:

"Apelação - Recurso Especial - Artigo 1030, inciso II, do CPC - Imposição de regime prisional fechado - Condenação à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão - Possibilidade de imposição de regime mais gravoso que o legalmente previsto - Inexistência de afronta ao artigo 33 do Código Penal - Entendimento desta Turma Julgadora - Decisão mantida."

A defesa aponta, além da existência de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência aos arts. 28, *caput*, e 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/2006, bem como ao art. 33, §2º, "b", do Código Penal.

Alega, em síntese, a possibilidade de desclassificação da conduta de tráfico de drogas para a de usuário de entorpecentes, tendo em vista que não consta nos autos evidências concretas de que o recorrente visava comercializar a droga apreendida.

Sustenta, ainda, a possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 e aplicação do regime semiaberto para início do cumprimento de pena.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 1285-1297).

Admitido o recurso (e-STJ, fls. 1342-1344), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial (e-STJ, fls. 1393-1398).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal não merece acolhimento.

Consoante se verifica dos autos, o réu foi condenado a cumprir pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a pagar o valor correspondente a 583 dias-multa em seu mínimo unitário, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Inicialmente, no que tange ao pedido de desclassificação da conduta imputada ao acusado para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas, o Tribunal de origem, ao apreciar a controvérsia, assim se manifestou:

"No caso dos autos, visando apurar a notícia de que o acusado estaria praticando o crime de tráfico de drogas, os policiais passaram a diligenciar no sentido de confirmar a prática criminosa, tendo recebido diversas informações no sentido de que o réu estaria vendendo drogas em sua casa, e uma vez de posse do mandado de busca e apreensão domiciliar, a equipe passou a monitorar o local, sendo certo que os policiais agiram com extrema cautela, tudo na tentativa de localizar as drogas com o acusado.

(...)

Então, em busca no interior do imóvel, os policiais localizaram considerável quantidade de drogas, **bem como embalagens comumente utilizadas para individualizar as porções de entorpecentes**, parecendo incontroverso que o acusado foi surpreendido quando cometia a infração penal em questão.

(...)

Consta que no dia 16 de novembro de 2015, por volta das 10,00 horas, no interior da residência situada na Avenida Rubens Padilha Meato nº 614, Bairro Santa Cecília, na Comarca de Fernandópolis, o acusado CELSO FÉLIX DE SOUZA e a corré Eliane Hilário de Souza se associaram para o fim de praticarem o tráfico de drogas, e assim, **mantinham em depósito para entrega a consumo de terceiros, uma porção de crack, com o peso líquido de 18,44 gramas, porções fragmentadas desta mesma substância, com o peso líquido de 0,14 gramas, e duas porções de maconha, com o peso líquido de 01 grama.**

Segundo o apurado, policiais civis da "DISE", munidos de mandado de busca e apreensão domiciliar, expedido pelo MM Juízo da Comarca de Fernandópolis, em razão de informações dando conta de que um casal estaria associado para a comercialização de drogas, especialmente na residência deles, e em face de nova denúncia indicando que na manhã do dia dos fatos o acusado e a corré estariam na posse de entorpecentes, para lá se dirigiram, e na presença do casal, localizaram porções de crack, que estavam em uma embalagem de leite parcialmente rasgada, além das porções de maconha, prontas para a comercialização.

Durante as buscas no interior do imóvel, os policiais civis ainda encontraram no chão do quarto do casal algumas porções fragmentadas de crack, além da quantia de R\$ 5.896,00. Também foram apreendidos sacos plásticos, fitas adesivas e papel alumínio, comumente utilizados para embalar drogas.

(...)

De acordo ainda com o relato deste policial, à época em que foi representado para a expedição do mandado de busca e apreensão domiciliar, o estabelecimento comercial "Servfestas" estava em funcionamento, no entanto, quando o referido mandado de busca foi expedido o local já havia sido fechado, e por isso passaram a monitorar a residência do acusado, sendo certo que em um final de semana houve movimentação intensa no imóvel, inclusive um dos traficantes da região, foi visto entrando e saindo do lugar por diversas vezes.

Este policial também esclareceu que no dia do flagrante eles aguardaram o

acusado sair da residência, e então o abordaram e lhe mostraram o mandado de busca e apreensão, de sorte que entraram no imóvel e visualizaram quando a corré Eliane seguiu rapidamente para o quarto, onde foram localizados fragmentos de crack pelo chão, levando a crer que ela estivesse tentando se desfazer da droga. Disse ainda que no quarto do casal foram encontradas duas porções de maconha, e que em uma área de lazer **foram localizadas duas embalagens "tetrapark" contendo cerca de dezoito gramas de crack, o que seria suficiente para fazer cerca de cem porções individuais desta substância.** Afirmou também que foram localizadas embalagens plásticas e fitas adesivas, itens comumente utilizados para individualizar as porções de entorpecentes.

No mesmo sentido foi o depoimento do policial civil Gilson Elias Bernardo, esclarecendo que assim que o acusado deixou a prisão ele criou uma sociedade com a testemunha "Pablo", o estabelecimento comercial "Servfestas", mas além de produtos de festa, eles estariam comercializando entorpecentes. **Afirmou ainda que presenciaram a movimentação de pessoas no local, as quais já eram conhecidas como usuárias de drogas, e por isso houve representação pela expedição de mandado de busca e apreensão, quando se dirigiram à residência do acusado e apreenderam porções de maconha e de crack.**" (e-STJ, fls. 1199-1204, grifou-se).

(...)

Como bem observou o Magistrado de primeiro grau, as informações sobre a traficância em relação ao acusado Celso Félix foram confirmadas pelos policiais civis, pela apreensão de drogas, pelo monitoramento do local dos fatos que era frequentado tanto por traficantes quanto por usuários e pelos petrechos comumente utilizados para fracionar e individualizar as porções de entorpecentes para a comercialização.

Outrossim, os depoimentos prestados pelos policiais civis nas duas fases da persecução penal foram harmônicos, não havendo motivos para desprestigiá-los, mesmo porque não consta dos autos que eles tivessem algum motivo para injustamente acusarem o réu. O fato de já terem participado de outras diligências envolvendo o acusado, não é o suficiente para pôr em dúvida a credibilidade de suas condutas. A investigação faz parte de suas funções como policiais civis." (e-STJ, fl. 1206).

Nesse contexto, verifica-se que a traficância restou devidamente comprovada nos autos, de modo que a desclassificação da conduta do acusado encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, haja vista a necessidade de reexame do material fático-probatório. Nesse sentido: AgRg no AREsp 595.878/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/5/2015, DJe 27/5/2015; AgRg no AREsp 512.436/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2014, DJe 3/9/2014.

Quanto ao pedido de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, colhe-se do aresto impugnado:

"Levando em consideração a quantidade de droga apreendida - 18,58 gramas de crack e 01 grama de maconha - o Magistrado aumentou a pena-base em 1/6, e diante dos maus antecedentes ostentados pelo réu - condenação definitiva pelo crime de tráfico de drogas -, acresceu a pena-base em mais 1/6.

Entretanto, a meu ver, não se justifica o acréscimo em razão da quantidade de entorpecente apreendido, mas tão somente com relação aos maus antecedentes, e por isso mantenho o acréscimo apenas de 1/6, resultando em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa em seu mínimo unitário.

Na segunda fase, a pena permaneceu inalterada, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena.

De outra parte, não era mesmo o caso de ser aplicado o redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, eis que o acusado não preenche os requisitos necessários à concessão da benesse; o redutor encontra óbice nos maus antecedentes do acusado.

Deste modo, a pena se torna definitiva em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa em seu mínimo unitário." (e-STJ, fl. 1210).

Cumpra-se ressaltar que, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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.

Como se vê, o acórdão recorrido foi proferido em sintonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que é inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, quando o acusado ostenta maus antecedentes.

A corroborar esse entendimento, confirmam-se os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAS EM CURSO. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE. MATÉRIA PACÍFICA.

1. É inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, pois é vedado à parte inovar quando da interposição de agravo regimental ou de embargos de declaração.

2. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a existência de processos em curso, conquanto não possa ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes (Súmula 444/STJ), permite a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas, constituindo fundamento idôneo para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1664259/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017)

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. RECURSO PROVIDO.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, são exigidos - cumulativamente -, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Inviável, portanto, a aplicação da referida minorante ao acusado possuidor de maus antecedentes.

3. Recurso especial provido para, reconhecida a violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, afastar a incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no referido dispositivo legal e, por conseguinte, redimensionar a pena do acusado, nos termos do voto do relator."

(REsp 1394460/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016).

Por fim, no que tange à fixação do regime inicial para o resgate da sanção, o Tribunal de origem manteve a sentença que estabeleceu o modo fechado, com base na seguinte fundamentação:

"Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado em 27-06-12), **todavia, a norma citada está em pleno vigor** e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento." (e-STJ, fl. 1210, grifou-se).

Ressalte-se que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

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

No caso em apreço, observa-se que o regime inicial fechado foi fixado, exclusivamente, com base na hediondez do crime de tráfico de drogas, em desacordo com a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que: "(...) a hediondez e a gravidade abstrata do crime não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso. Inteligência dos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior de Justiça." (HC 339.580/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 15/2/2016).

Todavia, apesar da pena definitiva ficar estabelecida em 05 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (maus antecedentes), nos termos dos art. 33 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confira-se:

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 31 de março de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator