



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1925096 - SP (2021/0059332-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : JOAO PAULO APARECIDO ANDRADE MAGALHAES (PRESO)
OUTRO NOME : JOAO PAULO APARECIDO ANDRADE (PRESO)
ADVOGADOS : MARINA CALANCA SERVO - SP325431
INGRYD SILVÉRIO DOS SANTOS - SP434703
AGRAVANTE : JOAO PAULO APARECIDO ANDRADE MAGALHAES (PRESO)
OUTRO NOME : JOAO PAULO APARECIDO ANDRADE (PRESO)
ADVOGADOS : MARINA CALANCA SERVO - SP325431
INGRYD SILVÉRIO DOS SANTOS - SP434703
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : IGOR GABRIEL DE MATOS BORDIM

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA E, PORTANTO, NÃO SE PRESTAM PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAR A FRAÇÃO DESSE BENEFÍCIO. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por JOÃO PAULO APARECIDO ANDRADE MAGALHÃES ou JOÃO PAULO APARECIDO ANDRADE contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o ora Agravante às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (**apreensão de 996,78g de maconha e 84,9g de crack**), conforme a sentença de fls. 310-317.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para estabelecer o regime inicial semiaberto (fls. 401-413).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 587-594).

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, contrariedade ao art. 33, § 4.º, da Lei

Pondera que, na hipótese dos autos, é de rigor a incidência da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo, na medida em que o Réu atende a todos os requisitos necessários para tanto, bem como não foi demonstrado que se dedique a atividades delituosas ou integre organização criminosa, não se prestando a tal fim a menção à quantidade e à natureza dos entorpecentes apreendidos.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 618-625). O recurso especial não foi admitido (fl. 647). Foi interposto agravo (fls. 651-669).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 706-710).

É o relatório.

Decido.

O acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 409-410; sem grifos no original):

"Na terceira fase da dosimetria, a aplicação do redutor do parágrafo 4º do artigo 33 foi negada em razão da quantidade de entorpecentes apreendida, a indicar 'o envolvimento do agente com a vida criminosa', ressaltando-se que 'o volume de droga armazenada seria suficiente para abastecer dezenas de pontos de venda de entorpecentes, atingindo, assim, centenas de usuários da droga, o que deixa claro que o réu João Paulo se dedicava à atividade criminosa do tráfico de drogas'.

Na hipótese, verificando-se que João Paulo foi surpreendido com 996,78g (novecentos e noventa e seus gramas e setenta e oito centigramas) de maconha ou seja, quase um quilo da referida substância, além de aproximadamente 84,9g (oitenta e quatro gramas e nove decigramas) de crack, referido indeferimento restou adequado, eis que a quantidade total de entorpecentes superou um quilo, entre maconha e crack, evidenciando não se tratar o sentenciado de pequeno traficante."

No que diz respeito, à minorante do tráfico privilegiado, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem não está em consonância com a **atual** jurisprudência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, fixada, quando do julgamento do RESP n. 1.887.511/SP, no sentido de que a elevada quantidade ou a natureza das drogas apreendidas **não são** circunstâncias que permitem aferir, **por si sós**, o grau de envolvimento do Acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas e, tal como ocorre na hipótese dos autos, assim, inexistentes outras características da conduta deletéria aptas a amparar conclusão nesse sentido, não há falar em afastar o benefício ou modular a fração dessa aquém do mínimo legal.

A propósito a ementa do referido julgado:

"PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO

TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. *A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.*

2. *Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

3. *Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de bis in idem, intolerável na ordem constitucional brasileira.*

4. *O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elege-se dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.*

5. *Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.*

6. *O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.*

7. *A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).*

8. *A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.*

9. *Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.*

10. *Recurso provido para restabelecimento da sentença." (REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021)*

Nessas condições, dado que, na espécie, o único fundamento para afastar a incidência da minorante do tráfico privilegiado está calcado na quantidade e natureza da droga apreendida, é de ser reformado o acórdão recorrido, para fazê-la incidir no patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois

terços).

Fixada essa premissa, passo a redimensionar as penas do ora Agravante.

1.^a Fase – Nos termos do delineado pelas instâncias ordinárias, mantida a pena-base no mínimo legal, isto é, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

2.^a Fase – Conforme delineado na sentença e corroborado no acórdão recorrido, não há agravantes a sopesar e foi reconhecida a confissão. Entretanto, as reprimendas intermediárias, por força da Súmula 231/STJ, permanecem inalteradas.

3.^a Fase – De acordo com o magistrado de piso e o Tribunal de origem, não há causas de aumento a considerar e, nos termos desta decisão, incide o benefício previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Portanto, **as sanções são definitivamente fixadas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.**

Por outro lado, a propósito do regime inicial de cumprimento de pena, pondero, preliminarmente, que, em 27/06/2012, o Tribunal Pleno da Corte Suprema, ao julgar o HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990 (redação dada pela Lei n. 11.464/07) e afastou a obrigatoriedade apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, deve o julgador, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Na espécie, embora considerando que as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria levaram à fixação de reprimenda corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, bem como a ausência de circunstâncias judiciais negativas, a grande quantidade e a natureza das drogas apreendidas – **996,78g de maconha e 84,9g de crack** – justificam o estabelecimento do regime semiaberto e não recomendam a substituição por restritivas de direitos.

Com igual conclusão, cito os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. DESCABIMENTO, INICIATIVA PRIVATIVA DO ÓRGÃO JULGADOR. RECURSO DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui jurisprudência 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.

2. No caso, embora estabelecida a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a diversidade de entorpecentes apreendidos (30 porções contendo 55,2 gramas de maconha, 60 porções com 60 gramas de cocaína e 33 (porções com 16,3 gramas de cocaína em forma de "crack"), utilizadas na escolha

do patamar de diminuição do benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, o semiaberto, em razão da quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos.

3. As mesmas razões não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

4. É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida" (ut, AgRg no AREsp 199.440/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, Dje de 5/9/2012).

5. Agravo regimental improvido." (AgRg no AgRg no AREsp 1.844.981/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 14/05/2021)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. APLICAÇÃO DA MINORANTE. AFASTAMENTO COM SUPORTE NA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE LÍCITA E NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior entende que para afastar a causa de diminuição de pena do crime de tráfico de drogas com suporte na dedicação a atividades delituosas é preciso, além da quantidade de drogas, aliar a outros elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa.

2. De acordo com entendimento desta Corte a ausência de comprovação do exercício de atividade lícita não é apta a gerar presunção da dedicação ao tráfico.

3. Fixado o regime prisional semiaberto em razão da relevante quantidade de entorpecentes apreendida, nos termos do reconhecido na sentença condenatória.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 581.222/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 16/09/2020)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de conceder a minorante do tráfico privilegiado ao Agravante, redimensionando as respectivas penas aos patamares de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de agosto de 2021.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora