



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.197 - SP (2018/0343351-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **BENEDITO ANTONIO GUIMARAES MENDES (PRESO)**
ADVOGADO : **SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI - SP137153**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. SÚMULA N. 7/STJ. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO DE ACORDO COM O QUANTUM DE PENA APLICADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Na espécie, o afastamento da pretensão de desclassificação do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 para o do art. 28 do referido diploma legal foi devidamente motivado pela instância ordinária, a quem compete analisar fatos e provas. Rever a conclusão da Corte *a quo* demandaria reexame do conjunto probatório, o que é vedado na via do recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

2. No que concerne à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no caso concreto, as instâncias ordinárias concluíram fundamentadamente pela dedicação do acusado a atividades ilícitas, com base na quantidade de drogas apreendidas (73,51g de maconha), na apreensão de balança de precisão e de dinheiro sem comprovação de origem lícita, bem como na existência de condenação anterior pela prática de tráfico de drogas. Desse modo, entender de modo diverso demandaria necessariamente revolvimento de fatos e provas. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. Quanto à fixação de regime inicial aberto para o início do cumprimento de pena e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantida a pena definitiva fixada acima de 4 anos e, conseqüentemente, o não preenchimento de requisito legal, os pleitos restam prejudicados.

4. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.197 - SP (2018/0343351-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : BENEDITO ANTONIO GUIMARAES MENDES (PRESO)
ADVOGADO : SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI - SP137153
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de Agravo Regimental apresentado por BENEDITO ANTONIO GUIMARÃES MENDES (e-STJ fls. 371/386) contra decisão que deu parcial provimento ao seu recurso especial, para afastar a exasperação da pena-base, redimensionando as penas do recorrente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ fls. 357/368).

A parte recorrente alega (i) a ausência de prova suficiente da destinação comercial da substância entorpecente apreendida, tendo a condenação pelo delito de tráfico se baseado em meras conjecturas, visto que a quantidade de droga apreendida (73,51g de maconha) estaria a demonstrar que esta se destinaria ao seu consumo pessoal; (ii) subsidiariamente, caso não desclassificada a conduta para a tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/2006, o preenchimento dos requisitos legais para a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; (iii) a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento de pena, em decorrência da ausência de fundamentação idônea para a imposição de regime mais severo; (iv) o preenchimento dos requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direitos.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.197 - SP (2018/0343351-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Busca-se o reconhecimento de ausência de prova suficiente da destinação comercial da substância entorpecente apreendida, tendo a condenação pelo delito de tráfico se baseado em meras conjecturas, visto que a quantidade de droga apreendida (73,51g de maconha) estaria a demonstrar que esta se destinaria ao seu consumo pessoal.

Subsidiariamente, caso não desclassificada a conduta para a tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/2006, pugna pela aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, asseverando estarem preenchidos todos os requisitos legais.

Postula-se, ainda, uma vez redimensionada a pena, a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direitos.

Primeiramente, no que concerne ao pleito de desclassificação do crime de tráfico para o de posse irregular de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, a Corte local assim se pronunciou, no julgamento da apelação, para imputar ao recorrente a prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 263/270):

É o relatório.

O auto de apreensão e o laudo toxicológico, que restou positivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a presença do elemento ativo, comprovam que a substância é entorpecente.

Quanto à autoria o réu negou os fatos. Admitiu a propriedade de 3 porções de maconha esclarecendo que eram destinadas a seu consumo. Esclareceu que comprava uma quantia que dava para fumar durante um mês. Disse que o dinheiro encontrado fora sacado do banco no dia dos fatos para fazer compras. Trabalhava como "captador de imóveis" e ganhava em torno de R\$ 2.000,00 por mês. No tocante a balança de precisão, explicou que a referida balança estava quebrada e que era usada por sua esposa para pesar fermento usado nos pães integrais que ela vendia. Reconheceu sua assinatura exarada quando depôs na fase policial em que apresentou outra versão referente à destinação da balança de precisão encontrada pelos policiais. Na fase inquisitorial o réu disse que a referida balança era utilizada para "confrontar o peso da droga que adquiria".

Contudo, sua negativa se encontra desamparada no conjunto probatório.

Os policiais João e Edson disseram estar em operação para captura de foragidos e receberam denúncia anônima dando conta de que o réu estaria foragido do sistema prisional. De posse das características do acusado e de seu endereço para lá os depoentes se dirigiram. Chegando lá em conversa com o réu foi confirmado por ele que possuía antecedente criminal pela prática de tráfico de drogas, todavia não estava foragido, tendo cumprido a pena por tal crime. Em pesquisa foi constatado que ele não estava foragido, todavia os depoentes com anuência do acusado resolveram fazer uma busca em sua residência, oportunidade em que encontraram 3 porções de maconha, certa quantia em dinheiro e balança de precisão. O policial Edson informou que a balança de precisão foi encontrada juntamente com a droga, dentro de um tanque. Indagado a respeito do encontro do entorpecente o réu respondeu que era usuário e que a droga era para o seu consumo. Os depoentes foram informados pelo réu de que ela havia sido condenado por tráfico de drogas e furto.

Como visto os policiais confirmaram o encontro de droga, balança de precisão e dinheiro na residência do réu. Logo não há como desprezar os depoimentos dos policiais.

[...]

Assim vista a prova, vê-se que a autoria do réu está comprovada pela apreensão da droga, da balança de precisão e do dinheiro proveniente da venda de drogas na residência do réu e pelos depoimentos dos policiais.

Quanto à destinação, a quantidade, incomum com a figura do usuário (3 porções maconha, pesando 73,51 gramas); a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; o encontro das drogas com certa quantia, em dinheiro proveniente da venda de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes; a apreensão de balança de precisão que indica a intenção de separar a expressiva quantidade apreendida em uma única porção em porções menores, próprias para a venda a varejo, conduta indicativa de atividade de tráfico; a condenação anterior por tráfico de drogas, dão a necessária certeza de que a droga se destina ao tráfico ilícito.

Ademais, a quantidade de droga apreendida é expressiva, grande indicativo do tráfico.

[...]

Com base nestes dados, cada porção de maconha equívale a cerca de 0,6 grama. Portanto, a droga encontrada é suficiente para cerca de 122 porções individuais de maconha.

Ademais, o crime de tráfico de entorpecentes, para sua tipificação, não exige a prova do elemento subjetivo do tipo.

Assim, quaestio a ser apreciada é a necessidade ou não de demonstração do fim de mercancia (traficância) para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes.

Vicente Grego Filho, analisando o crime na lei anterior, afirma que o tipo subjetivo do crime de tráfico não prevê o fim especial de agir, esgotando-se no dolo natural.

Apreciando a questão, também sob a vigência da Lei 6.368/76, Menna Barreto, " de modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16. o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria 'integridade da estirpe', conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico".

Aplica-se ao crime de tráfico de entorpecentes da Lei 11.343/06 a mesma explicação, visto a similitude do tipo penal da lei anterior com o da lei atual.

Neste sentido, o crime de tráfico de entorpecentes, em ambas as leis, é um tipo misto alternativo, onde a narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Assim, as condutas de trazer consigo, guardar, transportar etc. não exigem especial fim de agir.

É um tipo congruente, conforme Mir Puig, Maurrach e Jakobs, ou congruente simétrico, conforme Zaffaroni.

O tipo congruente, ou congruente simétrico, caracteriza-se pela exigência de congruência entre os aspectos objetivo e subjetivo, no sentido de que contenha apenas o querer a realização do tipo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objetivo (dolo natural).

Assim, nas figuras de adquirir, guardar, trazer consigo, transportar, entre outras, basta que não exista a finalidade do exclusivo uso próprio, presente no tipo do artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06, para que se configure a tipo subjetivo do crime de tráfico de entorpecentes.

Ou seja, apenas o artigo 16 da Lei 6.368/76 e artigo 28 da Lei 11.343/06 é que são tipos incongruentes, conforme Mir Puig, Maurrach e Jakobs, ou congruente assimétrico, na terminologia de Zaffaroni.

Desta forma, nas condutas presentes no porte e no tráfico, como trazer consigo, existindo elementos que excedem ao dolo, os chamados elementos subjetivos do injusto (no caso a finalidade específica da destinação ao consumo pessoal), estar-se-á configurado o porte. Não existindo tal finalidade específica, ou seja, não se destinando exclusivamente ao consumo pessoal, não importando qual a finalidade, tem-se por configurada a figura do tráfico de entorpecentes.

[...]

Por tais motivos, ainda que se entenda que ficou ausente a prova de que a parte acusada pretendia comercializar a droga, uma vez que não ficou configurado que a droga destinava-se ao seu uso pessoal, plenamente demonstrado o crime de tráfico de entorpecentes.

Mesmo porque, como já exposto acima, existem indícios que apontam para a entrega para terceiros.

Desta forma, a condenação por tráfico era de rigor.

[...].

Ao que se nota, o acórdão recorrido está fundado em contexto fático extraído de provas válidas, regularmente submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa no curso da instrução criminal e do devido processo legal. O afastamento da figura típica menos grave da Lei Antidrogas foi devidamente motivado pela instância ordinária, a quem compete analisar fatos e provas. Rever a conclusão condenatória sedimentada nos autos, como pretende a defesa, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

Em segundo lugar, no que diz respeito à benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a Corte *a quo* apontou os seguintes fundamentos para manter afastada a mencionada causa de diminuição da pena (e-STJ fl. 272):

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na terceira fase observo que não é caso de aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que o réu se dedicava a prática de atividade criminosa.

Prova disso diz respeito às circunstâncias do crime, pela quantidade da droga apreendida; pelo encontro do dinheiro indicando a comercialização de outras porções do entorpecente; pela apreensão de balança de precisão que indica a intenção de separar a expressiva quantidade apreendida em uma única porção em porções menores, próprias para a venda a varejo, conduta indicativa de atividade de tráfico; a condenação anterior por tráfico de drogas; além da notícia de que o réu já fora condenado pela prática de tráfico de drogas, tudo a indicar que ele retirava da atividade ilícita seus ganhos para sobrevivência. Assim não era o caso de concessão do redutor porque não preenchido requisito necessário ao reconhecimento da minorante.

Também a grande quantidade de entorpecente apreendida denota que há profissionalização no tráfico de drogas, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância não seria confiado montante substancial de entorpecentes.

Portanto, a grande quantidade, indicativa de profissionalização, demonstra que o acusado se dedica a atividades criminosas e, obsta a aplicação do redutor no presente caso.

Importante ressaltar que não há bis in idem na consideração da quantidade para elevar a pena base e, posteriormente, para obstar a aplicação do redutor.

[...].

Infere-se, da leitura dos excertos acima transcritos, que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que o recorrente se dedica a atividades criminosas, ante as circunstâncias do caso concreto, considerando a quantidade de droga apreendida, a apreensão de dinheiro sem comprovação de origem lícita e de balança de precisão, e, ainda, a existência de condenação anterior pela prática de tráfico de drogas.

Registre-se que o fato de ter, na decisão proferida no julgamento do recurso especial (e-STJ fls. 357/368), afastado a exasperação da pena-base em razão de entender que a quantidade de droga apreendida, no caso concreto, não foi excessivamente elevada (73,51g), redimensionando a pena para fixá-la no mínimo legal, não importa mudança bastante para ensejar a incidência da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais peculiaridades do caso concreto apontadas pela Corte *a quo* para concluir que o recorrente se dedica a atividades criminosas constituem fundamento idôneo e suficiente para manter afastada a minorante em questão.

Assim, tendo a Corte local apresentado fundamentação concreta e idônea para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o recorrente se dedica a atividades criminosas, demandaria necessariamente o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, repita-se, é vedado na estreita via do recurso especial – Súmula 7/STJ.

Por fim, mantida a pena tal como fixada no julgamento do recurso especial, isto é, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, ficam prejudicados os pleitos concernentes à fixação de regime inicial aberto para o cumprimento de pena e à substituição por restritivas de direitos, bem como o *sursis*, *ex vi* arts. 33, § 2º, alínea "b", 44 e 77, todos do CP.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0343351-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.789.197 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028444920148260642 004190000 28444920148260642 356/2014 3562014 4190000
RI004E19S0000

EM MESA

JULGADO: 09/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BENEDITO ANTONIO GUIMARAES MENDES (PRESO)
ADVOGADO : SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI - SP137153
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Posse de Drogas para Consumo Pessoal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : BENEDITO ANTONIO GUIMARAES MENDES (PRESO)
ADVOGADO : SILVÂNIO HORTÊNCIO PIRANI - SP137153
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.