



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2034809 - SP (2022/0335931-5)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : CLEVER DE SOUZA RODRIGUES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006, NA FRAÇÃO MÁXIMA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS NÃO NECESSARIAMENTE INDICAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO DA REDUTORA NA FRAÇÃO DE 1/2, EM VIRTUDE DA NATUREZA E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por Clever de Souza Rodrigues contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afastou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, impôs pena de reclusão em regime fechado e indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) determinar se a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, associadas à quantia em espécie, constituem elementos suficientes para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; e (ii) estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça entende que a aplicação da minorante do tráfico privilegiado não pode ser afastada exclusivamente com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas, sendo necessária a conjugação com outros

elementos concretos que evidenciem dedicação à atividade criminosa ou participação em organização criminosa.

4. No caso concreto, o acórdão recorrido afastou a aplicação da minorante com fundamento apenas na quantidade e variedade das drogas, além da quantia em dinheiro encontrada com o réu, sem apontar elementos adicionais que caracterizassem a dedicação à atividade criminosa, em desconformidade com o entendimento desta Corte Superior.

5. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem ser consideradas na dosagem do redutor, mas não são suficientes para excluir a aplicação do tráfico privilegiado quando ausentes outros fatores concretos de dedicação ao crime.

6. O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o aberto, conforme entendimento sumulado do STF, considerando a ausência de circunstâncias desfavoráveis na dosimetria e o reconhecimento do tráfico privilegiado, observados os requisitos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

7. Havendo o reconhecimento do tráfico privilegiado e atendidos os requisitos legais, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2034809 - SP (2022/0335931-5)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : CLEVER DE SOUZA RODRIGUES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006, NA FRAÇÃO MÁXIMA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS NÃO NECESSARIAMENTE INDICAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO DA REDUTORA NA FRAÇÃO DE 1/2, EM VIRTUDE DA NATUREZA E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por Clever de Souza Rodrigues contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afastou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, impôs pena de reclusão em regime fechado e indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) determinar se a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, associadas à quantia em espécie, constituem elementos suficientes para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; e (ii) estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça entende que a aplicação da minorante do tráfico privilegiado não pode ser afastada exclusivamente com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas, sendo necessária a conjugação com outros

elementos concretos que evidenciem dedicação à atividade criminosa ou participação em organização criminosa.

4. No caso concreto, o acórdão recorrido afastou a aplicação da minorante com fundamento apenas na quantidade e variedade das drogas, além da quantia em dinheiro encontrada com o réu, sem apontar elementos adicionais que caracterizassem a dedicação à atividade criminosa, em desconformidade com o entendimento desta Corte Superior.

5. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem ser consideradas na dosagem do redutor, mas não são suficientes para excluir a aplicação do tráfico privilegiado quando ausentes outros fatores concretos de dedicação ao crime.

6. O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o aberto, conforme entendimento sumulado do STF, considerando a ausência de circunstâncias desfavoráveis na dosimetria e o reconhecimento do tráfico privilegiado, observados os requisitos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

7. Havendo o reconhecimento do tráfico privilegiado e atendidos os requisitos legais, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto em favor de CLEVER DE SOUZA RODRIGUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n. 1502515-46.2021.8.26.0535.

Contrarrazões apresentadas, a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da Súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da Súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da Súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas

razões recursais (não incidência da Súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados os arts. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, e 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

As análises das razões suscitadas pela origem - aplicação da minorante do tráfico privilegiado na fração máxima e readequação do regime com a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, bem como o abrandamento do regime prisional - indicam desconformidade com o entendimento desta Corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 166-167):

Na derradeira etapa, considerando que o réu é primário, não tem maus antecedentes e por entender que não existem evidências de que esteja envolvido com organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas, o sentenciante reduziu a pena no patamar de 1/2, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, resultando em 02 ano e 06 meses de reclusão e pagamento 250 dias- multa, no valor mínimo legal.

No entanto, entendo que, *in casu*, não é possível aplicar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado “poderá” reduzir a pena fixada ao agente, de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. **No caso dos autos, porém, apesar de o réu ser primário e não ter maus antecedentes, uma vez que inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, bem como inexistirem evidências de que esteja envolvido com organização criminosa, restou amplamente demonstrado que ele se dedicava à atividade criminosa, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de drogas variadas (70 porções de cocaína, com peso de 76g; 78 invólucros de “crack”, com peso de 64g; e 06 papелotes contendo maconha, com peso de 14g), além de significativa quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, o que afasta definitivamente o reconhecimento de tal benefício.**

Nesse contexto, nesta fase da dosimetria, atendendo ao apelo Ministerial, afasto a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, resultando a pena em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena essa que torno definitiva, à míngua de outras causas modificativas.

Com relação à fixação do regime aberto e à substituição da pena privativa liberdade por restritivas de direitos, a sentença também merece reparo, tal como pleiteado pelo Ministério Público.

De fato, diferentemente do disposto na sentença monocrática, o regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar o réu de

pequeno e eventual traficante, tendo em vista a variedade e quantidade de drogas, somadas à quantia em dinheiro, produto da venda de outras porções, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado.

Consigne-se, desta forma, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticado o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção.

Conforme se observa, o Tribunal de origem afastou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado ao argumento de que a quantidade e variedade de drogas, bem como a quantia em espécie apreendida, seriam indicativos de dedicação à atividade criminosa.

Há, portanto, divergência do que se vem entendendo no STJ, conforme se afere do seguinte precedente da Quinta Turma:

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. QUANTIDADE DE DROGA E PROCESSO EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior.

2. Em relação à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de habeas corpus.

3. 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 criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

4. Saliente-se que esta Quinta Turma, no julgamento do HC 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, em 21/9/2021, visando a uniformização do posicionamento de ambas as Turmas sobre o tema, decidiu que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020).

5. Ademais, a Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, realizado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021, decidiu que a aplicação do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser afastada somente com fundamento na natureza, na diversidade e na quantidade da droga apreendida,

sendo necessário que 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.

6. Os argumentos utilizados pela Corte de origem não foram suficientes para afastar a causa de diminuição, uma vez que a Corte de origem mencionou apenas a quantidade da droga apreendida, associadas ao fato do agravante possuir ação penal em curso, sem demonstrar qualquer outra circunstância do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa, o que, de acordo com o entendimento desta Corte Superior, não justificam a não aplicação do tráfico privilegiado. Assim, o fato de o envolvido possuir condenação sem trânsito em julgado não é óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado, tampouco a quantidade de entorpecentes apreendidos, dissociada de outros elementos que demonstrem, de forma cabal, a dedicação dele à atividade criminosa.

7. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução do benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC n. 529.329/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019).

8. No presente caso, a incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deve ser aplicada no patamar de 1/2, em razão da quantidade da droga apreendida (3kg de maconha), o que se mostra razoável e proporcional.

9. No tocante ao regime de cumprimento de pena, a Súmula Vinculante nº 59/STF dispõe que é impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal. Dessa forma, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecido ao acusado o benefício do tráfico privilegiado, o mesmo faz jus ao regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das execuções.

10. Agravo regimental não provido. Habeas corpus concedido para aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 1/2, redimensionando a pena do acusado para 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, e pagamento de 250 dias-multa., e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a ser fixadas pelo Juízo da Execução, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no AREsp n. 2.630.291/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/10/2024, DJe de 29/10/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO DIVERSA QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o REsp n. 1.887.511/SP, bem como o REsp n. 1.977.027/PR, este último sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema n. 1139), firmou o entendimento de que a quantidade, natureza e a variedade de drogas apreendidas, por si sós, não são suficientes para se concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas, além da existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso também não serem suficientes para afastar a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o princípio da presunção de inocência.

2. No caso concreto, a causa especial de diminuição de pena deixou de ser aplicada em razão de os fatos terem envolvido a atuação do agravante em uma rede organizada e voltada para a prática do tráfico de drogas, que visava o transporte de 5.320kg de maconha. Também foi ressaltado o modus operandi da prática delitiva, em que o entorpecente estava acondicionado em veículo previamente preparado, sob promessa de pagamento em dinheiro, além da participação de terceiro na empreitada criminosa.

3. Desse modo, verifica-se que o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para não aplicar a pretendida causa de diminuição de pena não foi exclusivamente a quantidade de droga apreendida, mas também a sua associação a outros elementos que evidenciavam a dedicação do agente ao tráfico de drogas, o que justifica a não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006.

4. Diante da conclusão das instâncias ordinárias, para se acolher a tese de que o agente não se dedicava às atividades criminosas, seria necessário o reexame aprofundado das provas, providência inadmissível na via do apelo nobre, em razão do óbice da Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.417.079/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/6/2024, DJe de 14/6/2024.)

Assim, deve-se reconhecer a ilegalidade do acórdão quanto ao ponto, em razão da fundamentação inidônea.

Passo a redimensionar a pena.

Fica mantida a pena-base em 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa. Na fase intermediária, ainda que presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, a pena não poderia ser diminuída aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231/STJ. Na terceira fase da dosimetria, restauro a sentença condenatória em que houve a aplicação da minorante do tráfico privilegiado na fração de 1/2, considerando a natureza e diversidade de drogas, e fixo a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de 250 dias-multa.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial para redimensionar a pena do recorrente para 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, e pagamento de 250 dias-multa, e determinar a

substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a ser fixadas pelo Juízo da execução, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0335931-5

REsp 2.034.809 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15025154620218260535 20220000263712

PAUTA: 17/12/2024

JULGADO: 17/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. PAULA BAJER FERNANDES

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CLEVER DE SOUZA RODRIGUES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
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 - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.