



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2340864 - PA (2023/0115614-4)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : CLAUDIO DA COSTA CABRAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REVALORAÇÃO JURÍDICA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS OU INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGA (3,728 G DE MACONHA, 0,833G E DE COCAÍNA). DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA. AFASTADA. AGRAVO PROVIDO.

1. Apesar de não ser ínfima a quantidade de drogas, também não é excessiva a ponto de ser devida a elevação da pena-base além do que já foi estabelecido pelo legislador para o delito de tráfico de drogas. Como mencionado, alguma quantidade de drogas necessariamente deve ser apreendida, e, se sempre que houver a apreensão da droga a pena já for elevada, nunca será aplicado o piso mínimo, porque toda e qualquer droga é muito prejudicial à sociedade. (AgRg no HC n. 681.745/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 30/09/2021).
2. Como se sabe, para a aplicação da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delitivas.
3. Parecer favorável do Ministério Público Federal.
4. Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, 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.

Brasília, 12 de março de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2340864 - PA (2023/0115614-4)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : CLAUDIO DA COSTA CABRAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REVALORAÇÃO JURÍDICA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS OU INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGA (3,728 G DE MACONHA, 0,833G E DE COCAÍNA). DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA. AFASTADA. AGRAVO PROVIDO.

1. Apesar de não ser ínfima a quantidade de drogas, também não é excessiva a ponto de ser devida a elevação da pena-base além do que já foi estabelecido pelo legislador para o delito de tráfico de drogas. Como mencionado, alguma quantidade de drogas necessariamente deve ser apreendida, e, se sempre que houver a apreensão da droga a pena já for elevada, nunca será aplicado o piso mínimo, porque toda e qualquer droga é muito prejudicial à sociedade. (AgRg no HC n. 681.745/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 30/09/2021).
2. Como se sabe, para a aplicação da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delitivas.
3. Parecer favorável do Ministério Público Federal.
4. Agravo conhecido e provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto pela Defesa contra decisão proferida Presidência deste STJ que inadmitiu o agravo em recurso especial nos termos da Súmula 7 e 182/STJ.

Consta dos autos que o Juízo *a quo* condenou o ora agravante como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial semiaberto, além de pagamento de 470 dias-multa. (e-STJ fls. 212-218).

O eg Tribunal de origem, em decisão unânime, negou provimento ao

recurso de apelação criminal ali interposto pela Defesa. Eis a ementa do julgado:

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI Nº11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. PRINCÍPIO DAPRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INVIABILIDADE. TRÁFICO CONFIGURADO. MATERIALIDADEE AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS SÓLIDOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE DO ACUSADO. EFICÁCIA PROBATÓRIA INQUESTIONÁVEL. PROVA TESTEMUNHAL SEGURA. DENÚNCIA ANÔNIMA. NATUREZA DA DROGA (MACONHA E COCAÍNA), ACONDICIONAMENTO E CIRCUNSTÂNCIA DA PRISÃO CONDIZENTE COM A TRAFICÂNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE AUTORIZA A CONDENAÇÃO DO RÉU. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR MÁXIMO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). INVIABILIDADE. APELANTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. PROVA SEGURA. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM DE PENA INALTERADO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DOREQUISITO LEGAL DO ART. 44, INCISO I, DO CPB. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. In casu, todo o contexto probatório é consistente no sentido de que a droga estava em poder do recorrente e era destinada à comercialização. A conduta da recorrente amolda-se ao tipo penal do art. 33 da Lei nº11.343/2006, na modalidade trazer consigo substância entorpecente com o claro intuito da comercialização diante das circunstâncias do caso, do acondicionamento, da natureza da droga apreendida (maconha e cocaína) e da denúncia recebida pela polícia militar e civil, além das provas obtidas em juízo, não se mostrando possível a absolvição pretendida.

2. Inexiste motivo para que se coloque em dúvida a veracidade dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado, uma vez que, seguros na narrativa do fato ecoerentes em suas declarações, merecem credibilidade.

3. Resta inviável a aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, ante as peculiaridades do caso, tendo em vista que o apelante se dedica à atividade criminosa. A natureza e o acondicionamento da droga apreendida com o acusado exprimem o fato de que o réu e dedica sim a essa atividade criminosa, fato que o próprio artigo supracitado tem como impedimento para sua aplicação.

4. In casu, deve ser mantido o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, já que inalterado o quantum da reprimenda.

5. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da pena ter sido mantida e do não preenchimento do requisito, em especial o obstáculo de a reprimenda aplicada ter sido superior ao patamar estabelecido para essa concessão (inciso I do art. 44, CP).

6. Recurso conhecido e improvido, à unanimidade."

Sobreveio recurso especial, em síntese, que o acórdão recorrido "o aludido Acórdão contrariou dispositivos de Lei Federal ao violar o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. " (e-STJ fl. 296).

Para tanto, menciona que o acórdão "elevou a pena apenas no que se refere à natureza da droga apreendida, crack, sem se ater à pequena quantidade, 47,8 gramas de drogas no total" (e-STJ fl. 270).

Aduz, outrossim, que é nítida a "e sente recurso tem como objetivo a busca do entendimento do Egrégio Tribunal sobre a pretensão do Recorrente que não se resume à simples reexame de prova; mas, verdadeiramente, à reavaliação da prova e dos argumentos delineados no Voto Conductor, o que é permitido em sede de Recurso Especial. (...) assevera-se que a questão é de direito e não de fato, o que não contraria o disposto no Enunciado da referida Súmula, pois o E. TJE/PA contrariou dispositivos de lei federal (artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal) " (e-STJ fl. 296).

Ao final, requer "que esse C. STJ reconheça que houve violação ao art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, pois se torna imperioso que qualquer condenação seja alicerçada na demonstração inequívoca da prática delitiva; senão, a consequência natural é a absolvição do ora Recorrente da condenação que lhe foi imposta." (e-STJ fls. 299).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 302-305), o especial foi inadmitido na origem pela aplicação da Súmula n. 7/STJ (e-STJ fls. 306-309).

Daí o presente agravo, no qual o agravante repisa os argumentos expendidos no apelo nobre e rebate o fundamento da decisão que o inadmitiu (e-STJ fls. 311-319).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do agravo e pelo provimento do recurso especial e com a concessão da ordem de ofício, para afastar a valoração negativa ante a ausência de referências que justifiquem a exasperação. Eis a ementa do parecer (e-STJ fls. 354-364):

"AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). RECURSO ESPECIAL DEFENSIVO FUNDADO NO ART 105, III, "A", DA CF. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DEREVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. DA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO PENA-BASE. AUSÊNCIA DE REFERÊNCIA A ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A EXASPERAÇÃO. FIXAÇÃO DA BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. VIABILIDADE. RÉU PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, EMBORA EXPRESSIVA, NÃO É DE ELEVADA MONTA. APLICAÇÃO DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 2/3(DOIS

TERÇOS). CABIMENTO DO REGIME ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO AGRAVOREGIMENTAL E PELA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO, PARA FIXAR A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, APLICAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO DE 2/3(DOIS TERÇOS), IMPOR O REGIME PRISIONAL INICIAL ABERTO E SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS."

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida.

Verifico que o reclamo é inadmissível diante da existência de óbice processual.

Com efeito, incide ao caso a Súmula nº 7 do STJ, que dispõe: *"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"*, ou seja, há divergência quanto à situação reconhecida pelo Tribunal, não sendo possível emitir um juízo de valor sobre a questão de direito federal sem antes alterar os elementos de fato.

O cotejo entre a decisão de inadmissibilidade e as razões do agravo revela óbice formal intransponível ao conhecimento do recurso, qual seja, ausência de impugnação específica ao fundamento adotado para inadmissão do recurso especial.

Sobre o tema, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou orientação de que:

"A decisão que não admite o recurso especial tem como escopo exclusivo a apreciação dos pressupostos de admissibilidade recursal. Seu dispositivo é único, ainda quando a fundamentação permita concluir pela presença de uma ou de várias causas impeditivas do julgamento do mérito recursal, uma vez que registra, de forma unívoca, apenas a inadmissão do recurso. [...] A decomposição do provimento judicial em unidades autônomas tem como parâmetro inafastável a sua parte dispositiva, e não a fundamentação como um elemento autônomo em si mesmo, ressoando inequívoco, portanto, que a decisão agravada é incindível e, assim, deve ser impugnada em sua integralidade, nos exatos termos das disposições legais e regimentais" (EAREsp 746.775/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/9/2018, DJe de 30/11/2018).

Contudo, verifica-se a necessidade da concessão da ordem de ofício, visto a flagrante ilegalidade na dosimetria da pena do agravante, assim passo a análise da dosimetria.

Epicentro temático da controvérsia, a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, merece leitura e interpretação cautelosa, com a junção doutrinária e jurisprudencial. Pois, esta tem o condão de minorar a gravidade e o grau da resposta

estatal aplicável ao tráfico em suas modalidades primárias. (SCHIETTI, Rogério, BRAVIN, Fernando Estevam, SOUZA, Sérgio Ricardo. Lei de Drogas: comentada conforme o pacote anticrime. Londrina, PR: Thoth 2021, p. 138).

A causa de diminuição de pena exprime política criminal destinada “ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de socialização” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de legislação criminal especial. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 1.296).

Tanto assim que a Terceira Seção deste Eg. Superior Tribunal de Justiça, acolhendo diretriz emanada do Eg. Supremo Tribunal Federal, decidiu que o “tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo” (Pet 11.796/DF, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe de 29/11/2016).

Os requisitos exigidos pelo art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 foram objeto de paulatina consolidação jurisprudencial por esta Corte, a qual decidiu, quanto ao afastamento da primariedade, ser “necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal”. Já o afastamento dos bons antecedentes, “embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante”. Daí ser “vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06” (REsp 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022).

Posto que o art. 42 da Lei 11.343/2006 outorgue preponderância dosimétrica à natureza e à quantidade da substância apreendida, a Terceira Seção deste Eg. Superior Tribunal de Justiça definiu que “[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 [...] 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” (REsp 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021).

Conclusivamente, “a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial” (AgRg no HC 818.994/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 23/5/2023), procedimento que “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” (AgRg no AREsp 2.168.447/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 30/5/2023).

Em reforço à quantidade e à natureza da droga apreendida, por exemplo, podem obstar a causa especial de diminuição de pena: **(1)** viagens anteriores incompatíveis com a renda declarada (AgRg no AREsp 2.125.737/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 28/4/2023; AgRg no AREsp 2.166.322/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 16/2/2023); **(2)** distância percorrida durante o deslocamento interestadual para transporte da droga (AgRg no HC 581.845/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 15/3/2021; AgRg no AREsp 1.695.774/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 14/10/2022); **(3)** logística envolvida no acompanhamento da carga por escolta armada ou por “batedores” (AgRg no HC 775.410/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 15/12/2022; AgRg no HC 761.575/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 27/9/2022); **(4)** acondicionamento da droga em compartimentos ocultos de veículos adaptados (AgRg no HC 750.274/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022; AgRg no HC 807.712/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 16/5/2023); **(5)** apreensão de armas, petrechos para embalagem/fracionamento dos entorpecentes ou grande quantidade de dinheiro em espécie no mesmo contexto de traficância (AgRg nos EDcl no AREsp 2.283.721/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 18/4/2023; AgRg no AREsp 1.686.707/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 27/3/2023); **(6)** simultânea condenação do réu por associação para o tráfico (art. 35, Lei 11.343/2006), indiciária de sua dedicação a atividades criminosas (AgRg no REsp 1.969.578/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 2/6/2023; AgRg nos EDcl no HC 745.311/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023)

O Juízo de origem deixou de aplicar a a diminuição da pena nos termos do art. 33, § 4ª, por entender que o apelante não fazia jus. (e-STJ fl. 214-217):

"As provas, produzidas durante a instrução probatória não deixam dúvidas de que se trata do crime de tráfico e que o réu mantinha a traficância de entorpecentes pela forma em que a droga foi encontrada em pequenos papелotes individualizados.

Ressalto que no atual sistema judicial brasileiro, é vigente o princípio do livre convencimento motivado, informando que o magistrado é livre para apreciar as provas produzidas nos autos, desde que sua decisão seja motivada e em consonância com os elementos colhidos durante a instrução processual, sem hierarquizar qualquer meio probatório, observando-se o direito ao contraditório e ampla defesa.

(...)

Com efeito, não se pode presumir que a ação dos policiais, investidos pelo Estado em função de vigilância e repressão de crimes, tenha por destinação a incriminação de um cidadão inocente. Nesse sentido, seria preciso a existência de indícios mínimos a respeito, visto que as provas colhidas não revelam qualquer traço de irregularidades na conduta da polícia militar.

Em audiência de qualificação e interrogatório o réu permaneceu em silêncio. Muito embora durante a revista pessoal o réu tenha

afirmado que a quantia de entorpecentes seria para uso, conforme afirmado pela testemunha, a Defesa não foi capaz de elidir do ônus de comprovar sobre a alegada situação. Ora, não foram apreendidos quaisquer utensílios típicos de usuários de drogas na posse do réu durante sua prisão em flagrante, não foi comprovada a origem lícita da quantia em dinheiro e havia mais de uma espécie de entorpecente na posse do réu, várias circunstâncias, devidamente demonstradas pelo acervo probatório colhido nos autos, conspiram para a formação de convicção no sentido de que o réu incorrera no crime de tráfico de drogas tipificado no art. 33 da lei nº 11.343/06.

(...)

Em terceira fase da dosimetria, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da lei nº 11.343/06, uma vez não atendidas as condições do referido parágrafo, bem como levando-se em consideração as condições pessoais da ré, restando DEFINITIVAMENTE em (4 "\ (cinco) anos de reclusão e 470 (quatrocentos e setenta) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

No Tribunal a quo manteve a pena-base do agravante nos termos da sentença de origem, ou seja, 5 anos e 6 meses de reclusão, contrariou a lei federal (artigos 59 e 68 do Código Penal e art. 42 da Lei de Tóxicos) e o artigo 33 e seu parágrafo quarto da Lei 11.343/06. Confira-se (e-STJ fl. 272-291)

Atendendo as diretrizes do art. 59 do Código Penal Brasileiro, na primeira fase verifico que o réu apresenta culpabilidade comum no cometimento do ilícito penal; não apresenta antecedentes criminais; sua conduta social e personalidade não foram auferidas nos autos; injustificáveis os motivos e circunstâncias para a prática do crime; os motivos são inerentes ao delito: busca do lucro fácil; Não vislumbro qualquer contribuição da vítima (sociedade) para o evento criminoso, de modo que para reprovar e prevenir o crime, fixo a pena em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 600 (quinhentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

(...)

No que tange à alegação de que o apelante faz jus à causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei nº11.343/2006, averbo que melhor sorte não o socorre, eis que, para ser aplicada a benesse, é necessário que o acusado preencha os requisitos de forma cumulativa, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar à atividade do tráfico, nem integrar organização criminosa, o que não se constata no presente caso, vez que, em nenhum momento o acusado comprovou qual atividade lícita exercia, o que ratifica que vivia sim da prática do comércio de drogas.

Na espécie, a juíza sentenciante examinou com veemência os elementos fáticos, não aplicando, de forma justa e fundamentada, a diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo. A magistrada assim se pronunciou: "(...) deixo de aplicar a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que não atendidas as condições do referido parágrafo, bem como levando-se em consideração as condições pessoais do réu (...)". Desse modo, as circunstâncias da abordagem policial, após denúncia anônima que apurava a

venda de drogas, aliada a natureza da droga apreendida na posse do réu (maconha e cocaína) demonstram que o acusado se dedicava à atividade criminosa.

Verifica-se, assim, demonstrada que a conduta do réu converge para a difusão ilícita de entorpecentes, potencializando a disseminação do crime de tráfico, o que de fato impossibilita a aplicação da referida benesse (§4º do art.33 da Lei de Drogas), vez que não preenche um dos seus requisitos.

(...)

Dessa forma, vê-se que agiu com boa técnica o juízo a quo, pois, verificou que o apelante não faz jus a aplicação da causa de diminuição de pena, havendo provas nos autos deque ele se dedica a atividade criminosa

Como cediço, a natureza e a quantidade da droga justificam, em tese, a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Contudo, *in casu*, constato que, a despeito da natureza da droga apreendida, a quantidade - "05 (cinco) invólucros de maconha (3,728 gramas) e 03 invólucros de cocaína (0,833 gramas), bem como a quantia em dinheiro, no valor de R\$90,00 (noventa e oito reais, distribuídas em moedas de pequeno valor" (e-STJ fl. 8) - , para além de não ser expressiva, segundo a orientação desta Corte, não é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta.

Pois, não ser ínfima a quantidade de drogas, também não é excessiva a ponto de ser devida a elevação da pena-base além do que já foi estabelecido pelo legislador para o delito de tráfico de drogas. Como mencionado, alguma quantidade de drogas necessariamente deve ser apreendida, e, se sempre que houver a apreensão da droga a pena já for elevada, nunca será aplicado o piso mínimo, porque toda e qualquer droga é muito prejudicial à sociedade. (AgRg no HC n. 681.745/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 30/09/2021).

De fato, da análise dos excertos acima transcritos, verifica-se que o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias está em dissonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal, segundo a qual **"existe manifesta ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto a quantidade apreendida - 5,07g de maconha, 10,95g de cocaína e 1,79g de crack - não se mostra expressiva o suficiente a ponto de justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria"** (HC n. 427.177/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08/03/2018, grifos acrescidos).

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **5 G DE CRACK EM 41 PEDRAS PEQUENAS, 10 G DE CRACK EM UMA PEDRA MAIOR E R\$ 10,50 EM ESPÉCIE. ALEGAÇÃO DE QUE DEVE SER MANTIDA A DOSIMETRIA.** AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REDIMENSIONAMENTO FEITO DE MODO PROPORCIONAL.

1. Apesar de não ser ínfima a quantidade de drogas, também não é excessiva a ponto de ser devida a elevação da pena-base além do que já foi estabelecido pelo legislador para o delito de tráfico de drogas. Como mencionado, alguma quantidade de drogas necessariamente deve ser apreendida,

e, se sempre que houver a apreensão da droga a pena já for elevada, nunca será aplicado o piso mínimo, porque toda e qualquer droga é muito prejudicial à sociedade.

2. Agravo regimental improvido

(AgRg no HC n. 681.745/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 30/09/2021, grifo acrescido).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO CONHECIMENTO DO APELO NOBRE. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO INFIRMADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO AGRAVADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. MANUTENÇÃO. **DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.** AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. Ausente a impugnação específica, concreta e pormenorizada aos fundamentos da decisão agravada, na parte em que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, é inadmissível o regimental, conforme previsão do art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, bem assim pela incidência da Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça.

2. **A fixação da pena-base acima do mínimo legal se deu unicamente em razão da culpabilidade (devido à quantidade de entorpecentes apreendidos) e do art. 42, da Lei de Drogas (quanto à natureza da droga). No entanto, a despeito da natureza da droga apreendida (crack e maconha), a quantidade, na hipótese, segundo a orientação desta Corte, não é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta, sendo correta a concessão de habeas corpus, de ofício, pela decisão agravada.**

3. A falta de insurgência acarreta a preclusão, para a parte interessada, em relação à matéria não oportunamente impugnada.

Contudo, a ausência de recurso defensivo não impede que esta Corte Superior, dentro de sua competência constitucionalmente estabelecida, ao constatar a existência de ilegalidade flagrante em desfavor do condenado, proceda à sua correção, por meio de concessão de habeas corpus, de ofício, segundo o permissivo contido no art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.

4. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nessa extensão, desprovido

(AgRg no AREsp n. 1.764.934/CE, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 18/08/2021, grifo acrescido).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECURSO MINISTERIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AGRAVADO PRIMÁRIO. **REDUZIDA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. 23G DE COCAÍNA.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MEDIDAS CAUTELARES

ALTERNATIVAS. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme exposto na decisão agravada, o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. **Hipótese na qual o agravado foi flagrado com reduzida quantidade de entorpecentes - 23g de cocaína -, sendo insuficientes as menções a respeito de existência de imagens em seu celular de drogas e armas, uma vez que sequer há comprovação de que tais objetos lhe pertenciam. Ressalte-se que a jurisprudência pátria posiciona-se no sentido da impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.**

3. "Se a quantidade de droga apreendida é reduzida e estão ausentes outros elementos que autorizem conclusão acerca do envolvimento profundo ou relevante do agente com o tráfico de drogas, não se justifica a prisão preventiva para resguardar a ordem pública". (HC n. 112.766/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 07/12/2012).

4. Tendo em vista a existência de indícios de reiteração delitiva, consubstanciada nos elementos de provas obtidos a partir das perícia realizada em seu aparelho celular, cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas, de modo a assegurar minimamente a preservação da ordem pública.

5. Agravo ministerial desprovido

(AgRg no HC n. 657.581/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 03/05/2021, grifo acrescido).

Portanto, o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal *a quo* está em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça.

Como se sabe, para a aplicação da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delitivas. E assim é porque a razão de ser da referida causa especial de diminuição.

De fato, no caso dos autos, constata-se que o Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação criminal, para afastar a aplicação da causa especial de diminuição inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, limitou-se a mencionar, tão somente, que *"Verifica-se, assim, demonstrada que a conduta do réu converge para a difusão ilícita de entorpecentes, potencializando a disseminação do crime de tráfico, o que de fato impossibilita a aplicação da referida benesse (§4º do art. 33 da Lei de Drogas), vez que não preenche um dos seus requisitos"* (fl. 280), sem contudo, apresentar fundamento idôneo para a não incidência da referida minorante.

E mais, nos termos do parecer do d. representante do Ministério Público Federal, se manifestou pelo afastamento da valoração negativa conferida em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas, necessita da aplicação da redutora prevista no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 na fração de 2/3, e assim, por consequência alterar o regime prisional para o aberto, substituindo-se a pena de reclusão por duas restritivas de direito (e-STJ fls.354-355):

"No caso, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade na

dosimetria da pena, a reclamar a atuação de ofício dessa E. Corte Superior.

*A Corte de origem manteve a pena-base fixada pelo Juízo sentenciante em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão[...]
Como visto, não há indicação de elementos concretos que justifiquem a exasperação da pena-base, razão pela qual deve ser fixada no mínimo legal.*

Sobre a questão, impende destacar que não é cabível a mera presunção de dedicação ao tráfico de drogas tão somente em decorrência da não comprovação de ocupação lícita. A respeito, já entendeu esse E. Superior Tribunal de Justiça que “O fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita, por si só, não constitui elemento suficiente para afastar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedente.” (HC464.192/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018)

Nesse contexto, verifica-se a inexistência de elementos suficientes que comprovem a dedicação do agravante a atividades criminosas, mormente em razão da necessária observância da primariedade, da ausência de antecedentes criminais e da quantidade de droga apreendida que, como visto, não é de elevada monta, razão pela qual deve ser aplicada a referida minorante na fração de 2/3 (dois terços), devendo ser fixada a pena definitivamente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Redimensionadas as penas e considerando que a quantidade de droga apreendida, embora expressiva, não é de elevada monta; que se trata de réu primário e que não há circunstâncias judiciais desfavoráveis, consoante a presente manifestação, mostra-se adequada afixação do regime prisional inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.”

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA DE REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA NÃO JUSTIFICA A INCIDÊNCIA DE 1/6.** ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA APLICAR O REDUTOR NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não obstante os esforços do agravante, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. **A Corte de origem não apresentou fundamentação idônea para aplicação da causa especial de diminuição da pena na fração mínima de 1/6, justificada apenas pela apreensão de 400g de maconha.** Assim, se faz cogente a aplicação da fração máxima de redução em 2/3.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 815.566/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 29/06/2023, grifo acrescido).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA

INEXPRESSIVA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese dos autos, a Corte a quo manteve o afastamento do benefício, com base na dedicação do paciente às atividades criminosas. Contudo, a quantidade de entorpecente apreendida - "269 porções de cocaína ('crack'), com peso bruto de 25,33g (vinte e cinco gramas e trinta e três centigramas)" (e-STJ fls. 244/245) - não autoriza a conclusão de que ele se dedicava à atividade criminosa.

3. O regime prisional mais gravoso que o patamar de pena aplicada pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, conforme o teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

4. In casu, o regime fechado foi estabelecido pelo Tribunal de origem com base na gravidade abstrata do delito e na quantidade de droga, fundamentação que deve ser afastada, notadamente, diante da não expressiva quantidade de droga. Constatada a primariedade e o quantum da pena privativa de liberdade inferior a 4 anos, faz jus o paciente ao regime semiaberto, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 606.844/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 18/02/2021, grifo acrescido)

Refaço, portanto, a dosimetria da pena.

Na primeira fase, mantém-se a pena nos termos do Juízo de origem, qual seja, 5 (seis) anos de reclusão, mais 470 dias-multa.

Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes e/ou agravantes, pelo que fica a pena mantida no mesmo patamar.

Na terceira fase, contudo, reformo o acórdão recorrido deixou de aplicar a causa especial de diminuição da pena e aplico o §4ª do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos em que requerido no apelo nobre, bem como nos termos do parecer ministerial, fixando a pena, definitivamente, em 1 anos, 8 meses e 157 dias-multa.

Diante do exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, e estabelecer a reprimenda corporal em 1 anos, 8 meses, no regime inicial aberto, mais 157 dias-multa, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* (ou ao Juízo das Execuções) para que proceda à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, como entender de direito, nos termos da fundamentação acima exposta.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0115614-4 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
AREsp 2.340.864 /
PA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 001369421201848140008 00136942120188140008 1369421201848140008
136942120188140008

EM MESA

JULGADO: 12/03/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CLAUDIO DA COSTA CABRAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico
Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CLAUDIO DA COSTA CABRAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

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 provimento ao agravo regimental, 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.