



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2405749 - MG (2023/0234644-8)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : IGOR JUNIO DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 (5,07G DE MACONHA, 10,95G DE COCAÍNA E 1,79G DE CRACK). 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, conhecer do agravo e lhe dar provimento, 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, 05 de março de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2405749 - MG (2023/0234644-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : IGOR JUNIO DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 (5,07G DE MACONHA, 10,95G DE COCAÍNA E 1,79G DE CRACK). 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 por IGOR JUNIO DA SILVA contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que inadmitiu recurso especial nos termos da Súmula 7 deste 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 **10 (dez) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial fechado**, mais 801 dias-multa (e-STJ fls. 162-170).

O eg Tribunal de origem, em decisão unânime, deu parcial provimento ao recurso de apelação criminal ali interposto pela Defesa, para *"decotar a agravante de reincidência e mitigar o regime prisional, concretizando a pena de Igor junio da Silva em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias- multa"* (e-STJ fls. 236-263). Eis a ementa do julgado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - DESCCLASSIFICAÇÃO PORTE DROGAS CONSUMO PESSOAL - DESCABIMENTO - FINALIDADE MERCANTIL EVIDENCIADA - PENA-BASE - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE - REINCIDÊNCIA - DECOTE - VIABILIDADE - CONDENAÇÃO CRIMINAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI W. 11.343/06— INAPLICABILIDADE - LIBERDADE PROVISÓRIA - NÃO CABIMENTO - CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E PERICULOSIDADE DO AGENTE.

- Demonstrado que a droga apreendida pertencia ao acusado e destinava-se ao comércio ilícito, impõe-se a manutenção de sua condenação nas reprimendas do art.33, "caput", da Lei 11.343/06.

- A pena-base deve ser reduzida se estabelecida de maneira exacerbada e irrazoável, sem respaldo nos elementos concretos extraídos do processo.

- Condenação criminal com recurso defensivo pendente de julgamento não configura a agravante da reincidência.

- Não preenchidos os requisitos exigidos pelo art.33, §4º, da Lei de Drogas, inviável o reconhecimento da respectiva minorante.

- Reveste-se de legalidade a decisão que mantém a segregação cautelar do agente, após prolação de sentença penal condenatória, uma vez que subsistem as circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva."

Sobreveio recurso especial, interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual o recorrente alega, em síntese, que o acórdão recorrido *"contrariou 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"* (e-STJ fls. 267-278).

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 *"VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, §4 E ART. 42 DA LEI 11.343/06"*, ao argumento de que o *"Recorrente demonstra que ele é primário e possuidor de bons antecedentes"*, e de que é *"adequado e razoável a incidência da causa especial de diminuição de pena, na proporção de 213, considerando que as circunstâncias judiciais são favoráveis e foi apreendida uma pequena quantidade de entorpecente"* (e-STJ fl. 273).

Ao final, requer *"seja o presente recurso conhecido e provido, reformando-se o v. acórdão combatido para reduzir a pena base, incidir o privilégio legal com a redução da pena em 213 e o regime aberto, substituindo a pena nos moldes do ad. do CP"* (e-STJ fls. 277-278).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 286-293), o especial foi

inadmitido na origem pela aplicação da Súmula n. 7/STJ (e-STJ fls. 295-296).

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. 299-303).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do agravo e pelo provimento do recurso especial para afastar a valoração negativa conferida em razão da natureza e quantidade de drogas apreendidas, aplicar a redutora prevista no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 na fração de 2/3, alterando o regime prisional para o aberto, substituindo-se a pena de reclusão por duas restritivas de direito (e-STJ fls. 324-334). Eis a ementa do parecer:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELO ESPECIAL QUE NÃO FOI CONHECIDO COM BASE NA SÚMULA 7 DO STJ. DESNECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. REVALORAÇÃO JURÍDICA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS OU INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGAS QUE NÃO JUSTIFICA POR SI SÓ O AFASTAMENTO DA REDUTORA OU AUMENTO DA PENA BASE.

- PROVIMENTO DO AGRAVO E PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL PARA AFASTAR A VALORAÇÃO NEGATIVA CONFERIDA À CULPABILIDADE EM RAZÃO DA NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS, APLICAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO DE 2/3, ALTERANDO-SE O REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO, COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITO."

É o relatório.

VOTO

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

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)

Assim, no que diz respeito à alegação de que o acórdão recorrido contrariou 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 (e-STJ fls. 267-278), sob o argumento de que *"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), e de que é nítida a *"VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, §4 E ART. 42 DA LEI 11.343/06"*, pois o *"Recorrente demonstra que ele é primário e possuidor de bons antecedentes"*, e de que é *"adequado e razoável a incidência da causa especial de diminuição de pena, na proporção de 213, considerando que as circunstâncias judiciais são favoráveis e foi apreendida uma pequena quantidade de entorpecente"* (e-STJ fl. 273), identifico que o recurso merece prosperar.

O eg. Tribunal *a quo*, ao dar parcial provimento ao recurso de apelação criminal ali interposto pela Defesa, sobre a questão de direito, no que importa ao caso, assim se manifestou (e-STJ fls. 253-263, grifo acrescido):

"II - DA PENA 01 - Da primeira fase da dosimetria

Pleiteia a defesa a reforma da pena aplicada pelo digno Magistrado Sentenciante sob a alegação de exacerbação no quantum fixado na 1ª fase : dosimetria, o que merece parcial guarida.

É sabido que o universo existente entre a pena mínima e a máxima prevista no tipo penal aliado à análise das circunstâncias judiciais permitem ao magistrado o estabelecimento da pena-base no patamar que seja suficiente aos objetivos da penalização do infrator, de modo que não existe norma que o obrigue a permanecer sempre próximo do quantum mínimo, salvo excesso não fundamentado.

Aliás, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: [...]

No que se refere ao delito de tráfico de drogas (art. 33, caput, Lei 11.343/06), destaca-se ainda o que dispõe o artigo 42 da citada Lei, no sentido de que a natureza, assim como a quantidade de droga apreendida, constitui elementos autônomos e preponderantes de exasperação da pena-base.

Confira-se a redação do dispositivo legal, in verbis: "Art. 42. O juiz, na fixação das penas,, considerará, com preponderância sobre o previsto no ad. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente "L Inicialmente, cabe frisar que ao fixação da pena-base, o magistrado singular avaliou as circunstâncias judiciais da culpabilidade do crime como desfavorável ao apelante, sob o seguinte fundamento:

[...] O réu agiu com culpabilidade evidenciada, pois imputável possuía pleno conhecimento da ilicitude de seus atos, se observa que o acusado camuflou não apenas uma, mas 03 armas de fogo, ademais este efetuou disparos com a finalidade de assustar a adolescente, causando, por conseguinte a ruptura da paz social naquela localidade, assim revelando elevado grau de reprovação em sua conduta. Ademais, a natureza da droga, sendo esta já preparada para o comércio revestem sua conduta de maior gravosidade [...] (fis. 114-v, da Sentença). (grifo nosso)

Da leitura da transcrição acima, constata-se que houve um erro material na r. Sentença ao fazer remissão a fatos diversos ao tratado no presente processo. Contudo não macula ou impede a adequada análise do caso.

Quanto à circunstância judicial da culpabilidade, a parte da sentença que trata do crime de tráfico de drogas propriamente dito, apresenta fundamentação concreta ao afirmar, em razão da natureza da droga apreendida, esta circunstância teria extrapolado os limites do tipo em comento, nos termos do artigo 42 da Lei nº. 11.343106. Observe:

[...] Ademais, a natureza da droga, sendo esta já preparada para o comércio revestem sua conduta de maior gravosidade (.3 (fls. 1 14-v, da Sentença). (grifo nosso)

Nessa esteira, no que se refere à culpabilidade, o pedido defensivo não merece ser acolhido.

Ainda, razão não assiste à defesa no que se refere ao aumento relativo à circunstância judicial da consequência do crime, entendo que o magistrado singular quando fundamentadamente considerou as consequências do crime como desfavoráveis, por causar dependência e colocar em risco a saúde pública, atentou-se ao disposto no Art. 42, da Lei 11.343106.

Ora, a quantidade de droga (14 pedras de crack), aliado ao fato de ser entorpecente que provoca rápida e severa dependência, ocasionando graves efeitos á saúde física e mental, estando associada a um quadro de alta criminalidade e, no mais das vezes, destrói a vida pessoal do indivíduo, no meio familiar e comunitário, justifica a exasperação aplicada.

[...]

Portanto, em que pese às zelosas ponderações apresentadas na r. sentença, a redução da pena é a medida de rigor, uma vez que, no caso concreto, a conduta social não pode ser analisada desfavoravelmente ao embargante.

Feitas essas considerações, ao meu sentir, o aumento da pena-base na fração de 118 para cada circunstância judicial, como imposto pelo MM. Juiz sentenciante foi adequado.

À mercê de tais considerações, realizadas as readequações e mantido o reconhecimento de 02 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduzo a pena-base para 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

[...]

03— Da terceira fase dosimétrica

A defesa pugna também pelo reconhecimento da causa especial de redução de pena disposta no artigo 33, §40, da Lei n.º 11.343/06.

Sem razão, todavia a defesa.

Ora, como bem delineado pelo Sentenciante de 1 0 Grau, as provas colacionadas aos autos comprovam que o apelante se dedica a atividades criminosas.

A começar pelos depoimentos dos policiais militares que participaram da prisão em flagrante de Igor Junio, e narraram de forma detalhada o envolvimento dele com tráfico: de drogas, já mencionado, restando evidente que ele era o proprietário do material ilícito.

Corroborando as declarações das testemunhas, o contexto em que se deu o flagrante, bem como a afirmativa do Apelante deixa claro que Igor era de fato o proprietário do material ilícito arrecadado e fazia do tráfico de drogas, seu meio de vida.

É cediço que a criação da referida causa de diminuição de pena prevista na nova Lei de Drogas teve por escopo diferenciar o traficante "de primeira viagem" do traficante habitual ou profissional, conferindo àquele tratamento menos rigoroso, compatível com a condição de iniciante no comércio de drogas (flagrado, geralmente, na posse de pequena quantidade de droga), a fim de se corrigir eventuais injustiças praticadas sob a égide da lei anterior! (Lei n.º 6.368/76), que não fazia qualquer distinção entre os vários "níveis" de traficância.

Assim, não vejo como aplicar ao Apelante a redução legal prevista no art. 33, § 40 , da Lei n.º 11.343/06, haja vista a comprovação de sua dedicação à criminalidade, o que, a meu ver, não o qualifica como traficante ocasional, impedindo, por consequência, a concessão do benefício.

Nesse sentido é o entendimento firmado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal:

[...]

Assim, entendo que, no presente caso, o apelante não faz jus à aplicação da referida minorante.

À mingua de causas de diminuição ou de aumento de pena, concretizo a pena de Igor Junio da Silva em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Considerando as readequações de pena realizadas, defino o regime semiaberto para o cumprimento da pena, considerando o quantum da pena aplicada, afigurando-se tal regime como o mais correto e adequado ao caso, nos termos do art. 33 §2º e §3º do Código Penal brasileiro, não sendo, na hipótese, possível a fixação de regime menos gravoso. Também, impossível substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por expressa vedação legal, diante do patamar de pena aplicado."

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 - "*14 (quatorze) pedras de crack, com massa total de 47,8 (quarenta e sete gramas e oito decigramas)*" (e-STJ fl. 12) -, 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, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08/03/2018, grifei).

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, NESTA 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.

No que diz respeito à alegação no sentido de que é nítida a *"VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, §4 E ART. 42 DA LEI 11.343/06"*, ao argumento de que o *"Recorrente demonstra que ele é primário e possuidor de bons antecedentes"*, e de que é *"adequado e razoável a incidência da causa especial de diminuição de pena, na proporção de 213, considerando que as circunstâncias judiciais são favoráveis e foi apreendida uma pequena quantidade de entorpecente"* (e-STJ fl. 273), também constato que o recurso merece acolhimento.

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 *"não vejo como aplicar ao Apelante a redução legal prevista no art. 33, § 40, da Lei nº 11.343/06, haja vista a comprovação de sua dedicação à criminalidade, o que, a meu ver, não o qualifica como traficante ocasional, impedindo, por consequência, a concessão do benefício"* (fl. 259), 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. 332-333):

"Por sua vez, no que se refere ao tráfico privilegiado, sabe-se que para viabilizar a aplicação da minorante prevista no § 4o do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o acusado deve preencher cumulati vamente os seguintes requisitos: (i) ter bons antecedentes, (ii) não integrar organização criminosa e (iii) não se dedicar à ati vidade delituosa.

Na espécie, verifica-se que o Tribunal a quo afastou a aplicação

da causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, sem apresentar fundamento idôneo para tal, tendo em vista que o recorrente seria tecnicamente primário.

Realmente, no presente caso, tratando-se de réu tecnicamente primário, sem registros de maus antecedentes, com a maioria das circunstâncias judiciais reconhecidas a ele como favoráveis, a quantidade de droga apreendida que não foi exorbitante, serve para configurar o delito de tráfico de drogas, mas não denota que o recorrente participe de organização criminosa ou se dedique ao delito, devendo, portanto, ser reformada a dosimetria para aplicar a redutora relativa ao privilégio em seu grau máximo.

Outrossim, reconhecida a redutora, mostra-se incabível a aplicação do regime prisional mais severo previsto no Código Penal ao recorrente.

Com efeito, após o ajuste da reprimenda com o reconhecimento do tráfico privilegiado, a condenação do recorrente ficaria abaixo de 4 (quatro) anos de reclusão. Pelo quantum de pena fixado, considerando que o referido réu não é reincidente, nos termos do que dispõe o artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal, o regime adequado ao cumprimento inicial da reprimenda é o aberto. Outrossim, também se tem por devida a substituição da pena corporal a ele imposta por restritivas de direito.

Isso, porque, os requisitos objetivos do artigo 44 do Código Penal estão todos preenchidos, eis que a ele foi aplicada pena corporal inferior a 4 (quatro) anos por delito praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa. Nesse senti do é a jurisprudência dessa Corte Superior, conforme ilustram os precedentes abaixo:

[...]"

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 acórdão do Tribunal de Origem, qual seja, 6 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, mais 625 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 2 anos, 1 mês e 208 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 2 anos e 1 meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais 208 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: 2023/0234644-8

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.405.749 /

MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0105210031040 0105210120413 01204134920218130105 10105210120413001
10105210120413002 10105210120413003 105210031040 105210120413
1204134920218130105

EM MESA

JULGADO: 05/03/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : IGOR JUNIO DA SILVA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, conheceu do agravo e lhe deu provimento, 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.

C54222551819<5221318@ 2023/0234644-8 - AREsp 2405749