



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2491406 - SC (2023/0385753-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : A R B
ADVOGADOS : LUÍS FELIPE OBREGON MARTINS - SC051221
VANIELI FACHINI PASTA - SC030240
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : C DA S C
INTERES. : M E B

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO §4ª DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE QUE O AGRAVANTE SE DEDICAVA AO TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA E OUTROS ELEMENTOS QUE COMPROVAM A TRAFICÂNCIA. DOSIMETRIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A respeito da habitualidade no crime de tráfico de drogas, a jurisprudência deste col. STJ é pacífica no sentido de que é elemento suficiente para negar a aplicação do mencionado redutor.

2. A Corte de Origem, fundamentou o afastamento do § 4ª do art. 33 da Lei n. 11.343/06 considerando, a quantidade, a natureza das drogas apreendidas, a balança de precisão, sacolas plásticas, rolo de plástico filme e dinheiro em espécie, além do agravante no momento da sua prisão destruir seu aparelho celular.

3. A quantidade de drogas não foi argumento exclusivo para afastamento do redutor de tráfico privilegiado na terceira fase, não havendo que se falar ilegalidade.

4. Agravo conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo, mas lhe negar provimento.

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, 21 de maio de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2491406 - SC (2023/0385753-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : A R B
ADVOGADOS : LUÍS FELIPE OBREGON MARTINS - SC051221
VANIELI FACHINI PASTA - SC030240
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : C DA S C
INTERES. : M E B

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO §4ª DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE QUE O AGRAVANTE SE DEDICAVA AO TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA E OUTROS ELEMENTOS QUE COMPROVAM A TRAFICÂNCIA. DOSIMETRIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A respeito da habitualidade no crime de tráfico de drogas, a jurisprudência deste col. STJ é pacífica no sentido de que é elemento suficiente para negar a aplicação do mencionado redutor.

2. A Corte de Origem, fundamentou o afastamento do § 4ª do art. 33 da Lei n. 11.343/06 considerando, a quantidade, a natureza das drogas apreendidas, a balança de precisão, sacolas plásticas, rolo de plástico filme e dinheiro em espécie, além do agravante no momento da sua prisão destruir seu aparelho celular.

3. A quantidade de drogas não foi argumento exclusivo para afastamento do redutor de tráfico privilegiado na terceira fase, não havendo que se falar ilegalidade.

4. Agravo conhecido e não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto pelo ARB contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado que inadmitiu recurso especial fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional. (e-STJ, fl. 339-342).

Consta dos autos que o MM. Juízo de 1º Grau condenou o agravado pela

prática do delito previsto no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais 500 dias-multa (e-STJ, fls. 293).

O E. Tribunal de origem, em decisão unânime, negou provimento ao recurso de apelação criminal ali interposto pela defesa (e-STJ, fls. 293-299). Eis a ementa do julgado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 , CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE EVIDENCIAM A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. APELANTE QUE CONFESSOU A COMERCIALIZAÇÃO DE NARCÓTICOS, O ARMAZENAMENTO DE DROGAS HÁ QUINZE DIAS E A DESTRUIÇÃO DE SEU APARELHO CELULAR COM A FINALIDADE DE NÃO PREJUDICAR SUPOSTOS CLIENTES. RELATOS JUDICIAIS DOS AGENTES DA POLÍCIA CIVIL QUE DENOTAM A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE QUANTIDADE EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES, ALÉM DE DEMAIS PETRECHOS COMUMENTE UTILIZADOS NO NARCOTRÁFICO. REQUISITOS CUMULATIVOS DO DISPOSITIVO LEGAL NÃO PREENCHIDOS. INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILITADA A ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA E A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO DEVIDO AO QUANTUM FIXADO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."

Sobreveio recurso especial, interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual o recorrente alega, em síntese, que houve violação ao § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (e-STJ, fls. 308-324).

Para tanto, menciona que a r. sentença *"deixou de reconhecer incidência da causa especial de diminuição de pena insculpida no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, mesmo tendo ele preenchido integralmente os requisitos legais para tanto"* (e-STJ, fl. 310).

Aduz que *"[...] o simples fato de estar guardando a droga há 15 dias em as residência, somada ao fato de, neste período, fazer eventuais vendas para seus conhecidos mais próximos, não demonstra, sem sombra de dúvidas, que ARB tinha como meio de vida o tráfico de drogas, muito pelo contrário, deixa claro que sim, este*

último fazia uso do entorpecente e que, em ocasiões muito específicas, revendia o material para seus amigos próximos, nunca tendo contato com um público indiscriminado, ademais, ESTAVA INICIANDO EM TAL ATIVIDADE, a qual foi interrompida com sua prisão, que trata de motivos diversos do aqui analisado" (e-STJ fl. 316).

Ao final, requer o provimento do recurso para que (e-STJ fl. 365):

- "a) seja o presente Recurso, uma vez analisados os requisitos de admissibilidade, prontamente conhecido;*
- b) seja o agravado intimado para, querendo apresentarem contrarrazões, nos termos do parágrafo terceiro do 1.042 do Código de Processo Civil;*
- c) a remessa dos autos para o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do parágrafo quarto do artigo supracitado;*
- d) o total provimento ao presente agravo, para reformar a decisão que inadmitiu o recurso especial interposto, a fim de dar seguimento à demanda defensiva junto ao STJ."*

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 330-336), o especial foi inadmitido na origem pela aplicação da Súmula n. 7/STJ (e-STJ, fls. 339-342).

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. 352-365).

O Ministério Público Federal, em parecer, manifestou-se pelo provimento do recurso ou a concessão da ordem de ofício para aplicar a minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, nos termos do art. 44 do CP (e-STJ, fls. 408-414). Eis a ementa do parecer:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO NA FIXAÇÃO DA PENA. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PARECER PELO PROVIMENTO E CONHECIMENTO DO AGRAVO E DO RECURSO ESPECIAL OU PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO."

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo, observado o prazo inscrito no art. 258 do RISTJ.

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 Tribunal de origem assim se manifestou sobre a controvérsia (e-STJ fls. 295-298):

"A defesa requereu, em síntese, a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, sob o fundamento de que o apelante preenche os requisitos legais.

O recurso, adianta-se, não merece provimento.

Compulsando o caderno processual, denota-se que no dia 27 de fevereiro de 2023, por volta das 6h, o apelante, objetivando a narcotraficância, guardava e mantinha em depósito, no interior da sua residência, 4 (quatro) porções da droga popularmente conhecida como "maconha", pesando 1.660,3g (mil, seiscentos e sessenta gramas e três decigramas), acondicionadas em embalagens plásticas e prontas para a comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consignou-se na exordial acusatória que agentes da Polícia Civil se deslocaram ao domicílio do acusado para dar cumprimento aos Mandados de Prisão e de Busca e Apreensão expedidos pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau, nos autos n. 5002204-59.2023.8.24.0008, ocasião que foi apreendido 1 (um) veículo I/Ford Focus TI AT 2.0, placas OKF0H14, 1 (uma) balança de precisão, 1 (um) rolo de plástico filme, 1 (um) rolo de saco plástico, objetos esses utilizados para pesar e embalar os entorpecentes, R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) em espécie e 3 (três) aparelhos celulares.

Finda a instrução, o Apelante foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, nos seguintes moldes:

[...]

Não há contestação à materialidade e à autoria do crime, até porque devidamente comprovada pelos documentos que instruem o Inquérito Policial n. 5005107-67.2023.8.24.0008 - evento 1, doc. 1 -, especialmente pelo boletim de ocorrência (fls. 03/07), auto de exibição e apreensão (?s. 23/24), auto de constatação (fl. 25), Laudo Pericial n. 2023.04.01272.23.002-66 (evento 18, Laudo 1, autos originários), e, ainda, pela prova oral colhida em ambas as fases policial e judicial.

A insurgência cinge-se ao reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

Pois bem, o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 dispõe, in verbis: "§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

[...]

No caso dos autos, o próprio apelante confessou que efetuava a venda de narcóticos para alguns conhecidos, que mantinha em depósito as drogas apreendidas na mochila há

cerca de 15 (quinze) dias e que destruiu seu aparelho celular para não prejudicar ninguém (evento 107, Vídeo 2, autos originários).

De igual modo, o Policial Civil R. M. A. T., sob o crivo do contraditório, afirmou que a guarnição se deslocou até a residência do apelante para dar cumprimento ao mandado de busca e apreensão, todavia, ele não estava no local, sendo apreendido no interior de uma mochila **cerca 1.6kg de maconha, balança de precisão, rolo de plástico 1m, sacolas plásticas transparentes e R\$ 750,00 em espécie**. Esclareceu que, juntamente com outros policiais, buscou localizar o acusado para dar cumprimento ao mandado de prisão em aberto, logrando êxito em tal desiderato. Narrou que durante a prisão do apelante, **ele passou a desferir socos contra o aparelho celular, visando destruí-lo. Destacou que o apelante confessou que realizava pequenas vendas, bem como teria destruído o celular para não comprometer sua clientela (evento 107, Vídeo 2, autos originários).**

Em igual sentido, o Policial Civil G. F., também na fase judicial, declarou **que foi dar cumprimento a mandado de prisão e de busca e apreensão em desfavor do apelante, sendo apreendido no imóvel, no interior de uma mochila, cerca de 1.6kg de maconha, balança de precisão, sacolas plásticas, rolo de plástico filme e dinheiro em espécie**. Esclareceu que o acusado não estava presente no local, sendo necessário realizar diligências para localiza-lo em via pública. Ato contínuo, encontraram o recorrente e efetuaram sua prisão, momento que ele tentou destruir seu aparelho celular. **Destacou que o recorrente já estava sendo investigado pela suposta prática do crime de homicídio, havendo indicativos de que ocupava posição de chefia na organização criminosa conhecida como Primeiro Grupo Catarinense (evento 107, Vídeo 2, autos originários).**

Diante da prova oral produzida ao longo da persecução penal, tem-se que o apelante não se trata de traficante "eventual" ou "de primeira viagem", pois, conforme sua própria confissão, estaria guardando entorpecentes há 15 (quinze) dias, diga-se de passagem cerca de 1.6kg de maconha, bem como que efetuava a venda para conhecidos.

A propósito, não se pode ignorar que os agentes da Polícia Civil informaram que o apelante, durante sua prisão, tentou destruir seu aparelho celular, com a finalidade de não prejudicar/comprometer seus clientes (evento 107, Vídeo 2, autos originários), o que somado a apreensão de demais petrechos comumente utilizados no narcotráfico, demonstram a dedicação às atividades criminosas.

Nesse sentido, bem pontuou o Juízo a quo que "Somado à quantia de drogas, à circunstância de know-how, tem-se também o próprio relato do interrogado, no qual afirmou que estava com aquela droga há aproximadamente 15 dias, e também ao relato dos policiais de que o interrogado já vinha se dedicando ao crime de tráfico há algum tempo. **De todo modo, somado a isso, também não pode ser aplicado o privilégio, porque existem elementos indicativos nos autos de dedicação anterior à atividade delituosa, haja vista que o acusado ostenta uma prisão temporária por investigação de**

um crime de homicídio perante a 2ª Vara Criminal, e também por nessa condição, de estar adido à uma organização criminosa" (evento 107, Vídeo 2, autos originários).

Para corroborar, colaciona-se os seguintes julgados desta Câmara Criminal:

[...]

Ademais, deve ser mantido o regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto, conforme procedido pelo Sentenciante, eis que não há como alterá-la para o regime aberto, em virtude do quantum da pena aplicado (5 anos de reclusão), nos termos do art. 33, §2º, alínea "b", do Código Penal.

Inaplicável, também, a substituição da pena prevista no art. 44 do Código Penal, visto que a reprimenda corporal é superior a 4 (quatro) anos.

Nesse sentido, já decidiu esta Câmara Criminal:

[...]

Portanto, mantém-se inalterada a reprimenda aplicada, bem como as demais cominações da sentença.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento"

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 § 4ª da Lei 11.343/06 sob o argumento na quantidade de entorpecente apreendido além de outros elementos que evidenciam a habitualidade na traficância, identifico que o recurso não merece prosperar.

A respeito da habitualidade no crime de tráfico de drogas, a jurisprudência deste col. STJ é pacífica no sentido de que é elemento suficiente para negar a aplicação do mencionado redutor.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS E IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos:

a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

2. Hipótese em que a Corte local afastou o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, os quais indicam que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Afinal, a Corte local afastou o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, os quais indicam que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Além da

expressiva quantidade das drogas apreendidas - 74kg de maconha e 4kg de haxixe -, as instâncias ordinárias pontuaram que as circunstâncias da prática delitiva denotam habitualidade na traficância, posto que o paciente utilizou veículo previamente preparado, com diversos compartimentos, para ocultar elevada quantidade de entorpecentes. Precedentes.

3. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão das circunstâncias do crime e da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 motivado pela dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelo modus operandi e pela expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 868370/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 12/03/2024, DJe de 18/03/2024.) - grifos acrescidos

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS
CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.
DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA
NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS.
CRITÉRIOS IDÔNEOS E SUFICIENTES PARA A
EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE
EVIDENCIAM A HABITUALIDADE NA TRAFICÂNCIA. REGIME
PRISIONAL. GRAVIDADE CONCRETA, NATUREZA E
QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS
IDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006.

- No caso, a exasperação da pena-base do paciente em 2/5 (fixada em 7 anos de reclusão) fundou-se na natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida - (01 invólucro com 237,20g de cocaína; 10, 61g da mesma substância em 52 eppendorfs; e 48 porções e 10 invólucros com cocaína na forma de crack pesando, respectivamente, 4,98g e 40,19g), bem como a apreensão de 1.000 eppendorfs vazios, 144 embalagens plásticas, 27,98g de pó branco, balança digital, colher e peneira, estas com resquícios de cocaína (e-STJ fls. 29/30). O fundamento utilizado para promover o incremento da pena do paciente é, de fato, motivação idônea para o quantum de exasperação operado, uma vez que, na espécie, a variedade e quantidade de drogas desborda em muito do ordinário do tipo e revela expressividade suficiente a recomendar o aumento em fração superior ao prudencialmente recomendado de 1/6.

Precedentes.

3. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos:

a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

4. No caso, a incidência da minorante do tráfico privilegiado foi denegada porque as instâncias ordinárias reconheceram expressamente que o paciente se dedica a atividade criminosa, tendo em vista não apenas a variedade e a quantidade de droga apreendida, mas, também, as circunstâncias do caso concreto, notadamente o afirmado no sentido de que conforme os firmes relatos dos policiais militares, já era de conhecimento que o acusado praticava o comércio ilícito de drogas, visto que usuários de entorpecentes já o delataram (e-STJ fl. 66), além da circunstância de ter sido apreendido em sua residência apetrechos para o tráfico, como balança de precisão, facas, pó branco para misturar com a cocaína (e-STJ fl. 43) - sendo pouco crível, portanto, que ele se tratasse de um traficante eventual. Ademais, desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. *Precedentes.*

5. Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da pena privativa de liberdade (5 anos e 10 meses de reclusão) admitir, em tese, a fixação do regime semiaberto, tem-se que o Tribunal a quo apresentou fundamentação concreta e idônea a legitimar o agravamento do regime prisional inicial em um patamar, diante da especial gravidade em concreto do crime e reprovabilidade da conduta, que justificou inclusive a majoração da pena-base em 2/5 em razão da diversidade e quantidade de substância entorpecente apreendida, o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou, ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Mantido o quantum da pena do acusado em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos do artigo 44 do Código Penal.

7. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 850190/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 12/09/2023, DJe de 18/09/2023.) - grifos acrescidos

A Corte de Origem, conforme até mesmo já transcrito nesta decisão, fundamentou o afastamento do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 considerando, a quantidade, a natureza das drogas apreendidas, a balança de precisão, sacolas

plásticas, rolo de plástico film e dinheiro em espécie, além do agravante no momento da sua prisão destruir seu aparelho celular. (e-STJ fl. 295)

Ou seja, a quantidade de drogas não foi argumento exclusivo para afastamento do redutor de tráfico privilegiado na terceira fase, não havendo que se falar ilegalidade.

Desta forma e considerando a jurisprudência deste STJ, não há ilegalidade a ser reconhecida de ofício.

Ante o exposto, **conheço e nego provimento** ao agravo.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0385753-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.491.406 /

SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 082023000807888 50022045920238240008 50051076720238240008
50057762320238240008 5005776232023824000850051076720238240008
82023000807888

EM MESA

JULGADO: 21/05/2024
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : A R B

ADVOGADOS : LUÍS FELIPE OBREGON MARTINS - SC051221
VANIeli FACHINI PASTA - SC030240

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES. : C DA S C

INTERES. : M E B

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, mas lhe negou provimento."

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.

C54221249471=411929@ 2023/0385753-0 - AREsp 2491406