AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2520116 - SP (2023/0439306-0)

RELATORA	:	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	VIVIANE APARECIDA DA SILVA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006, EM SEU PATAMAR MÁXIMO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO COMPROVADA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE ENTORPECENTE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto em favor de condenada por tráfico de drogas, a 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais 250 dias-multa, visando à nulidade da prova por quebra da cadeia de custódia, além da revisão da dosimetria da pena e do regime prisional. O acórdão de apelação consignou a idoneidade do laudo pericial, mantendo a pena e o regime prisional aplicados à ré.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. As questões em discussão consistem em verificar se houve quebra da cadeia de custódia, e se a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, na fração de 1/2, e o estabelecimento do regime prisional mais gravoso foram devidamente fundamentados.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. "O instituto da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. No caso, não consta dos autos nenhum indício para se duvidar da preservação da prova colhida. [...]" (AgRg no AREsp n. 2.424.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma,

Documento eletrônico VDA44787145 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 12:59:34
Publicação no DJEN/CNJ de 26/12/2024. Código de Controle do Documento: 26e29c1f-ab3b-48b0-9aed-e9ed6386276f

27/2/2024, DJe 1º/3/2024).

4. No que concerne à causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a jurisprudência desta Corte exige a demonstração concreta de dedicação a atividades criminosas para afastar ou limitar o redutor. De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, a mera menção à quantidade ou mesmo à nocividade dos entorpecentes apreendidos, não são suficientes para tal exclusão.

5. No presente caso, diante da primariedade da ré e da apreensão de 68,67g de cocaína, deve-se aplicar o redutor em seu patamar máximo de 2/3, conforme precedentes do STJ, que tratam de situações similares envolvendo pequenas quantidades de drogas.

6. Considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a primariedade da recorrente, deve ser fixado o regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

IV. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de recalcular a pena da recorrente, estabelecendo-a em 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 167 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 05 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44787145 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 12:59:34
Publicação no DJEN/CNJ de 26/12/2024. Código de Controle do Documento: 26e29c1f-ab3b-48b0-9aed-e9ed6386276f

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0439306-0 **AREsp 2.520.116 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14212020 14212020150075544202082606 17 15007554420208260617

PAUTA: 03/12/2024 JULGADO: 03/12/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	VIVIANE APARECIDA DA SILVA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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

Documento eletrônico VDA44764075 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 04/12/2024 13:27:34
Código de Controle do Documento: D14429E4-2697-4CEA-AF01-CAEC225C325F

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2520116 - SP (2023/0439306-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	VIVIANE APARECIDA DA SILVA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP258374
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006, EM SEU PATAMAR MÁXIMO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO COMPROVADA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE ENTORPECENTE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto em favor de condenada por tráfico de drogas, a 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais 250 dias-multa, visando à nulidade da prova por quebra da cadeia de custódia, além da revisão da dosimetria da pena e do regime prisional. O acórdão de apelação consignou a idoneidade do laudo pericial, mantendo a pena e o regime prisional aplicados à ré.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. As questões em discussão consistem em verificar se houve quebra da cadeia de custódia, e se a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, na fração de 1/2, e o estabelecimento do regime prisional mais gravoso foram devidamente fundamentados.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. "O instituto da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. No caso, não consta dos autos nenhum indício para se duvidar da preservação da prova colhida. [...]" (AgRg no AREsp n. 2.424.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma,

Documento eletrônico VDA44787493 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:52
Código de Controle do Documento: 9b35c2c7-aee0-42c7-9a1e-a162c56ecb62

27/2/2024, DJe 1º/3/2024).
4. No que concerne à causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a jurisprudência desta Corte exige a demonstração concreta de dedicação a atividades criminosas para afastar ou limitar o redutor. De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, a mera menção à quantidade ou mesmo à nocividade dos entorpecentes apreendidos, não são suficientes para tal exclusão.
5. No presente caso, diante da primariedade da ré e da apreensão de 68,67g de cocaína, deve-se aplicar o redutor em seu patamar máximo de 2/3, conforme precedentes do STJ, que tratam de situações similares envolvendo pequenas quantidades de drogas.
6. Considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a primariedade da recorrente, deve ser fixado o regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.
IV. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de recalcular a pena da recorrente, estabelecendo-a em 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 167 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante, com fundamento na Súmula n. 7 do STJ.

Contraminuta apresentada, em que a parte recorrida postula o des provimento do recurso.

Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento do agravo e desprovimento do recurso especial (e-STJ, fls. 412-416).

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

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

Documento eletrônico VDA44787493 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:52
Código de Controle do Documento: 9b35c2c7-aee0-42c7-9a1e-a162c56ecb62

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

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados os seguintes dispositivos (artigo 158-D, §4°, do Código de Processo Penal; artigos 33, §4°, e 42, ambos da Lei n. 11.343/06; e artigos 33, §§2° e 3°, 44 e 59 do Código Penal), ao entendimento de não haver prova segura acerca da materialidade do delito, em razão da quebra da cadeia de custódia da prova, além de constrangimento ilegal devido ao reconhecimento da minorante do tráfico em patamar diverso do máximo, devendo ser fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Consta dos autos que a recorrente como incursa no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, a 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 250 dias-multa. Interposta apelação, o recurso defensivo foi desprovido.

Quanto à alegada quebra da cadeia de custódia, não se verifica a apontada a nulidade, estando o acórdão assim fundamentado (e-STJ, fls. 334-335):

> *A materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 02/05), auto de exibição e apreensão (fls. 19/20), foto (fls. 22), laudo de exame químico toxicológico positivo para substância entorpecente (fls. 65/67, 194/196), além dos demais elementos acostados aos autos.*
>
> *Nesse ponto, não vinga a argumentação de ausência de materialidade, pelo fato de não ter sido lacrada a amostra retida no momento do laudo de constatação para feitura de laudo definitivo, uma vez que o descumprimento da formalidade não comprometeu a lisura do procedimento.*
>
> *O laudo de constatação (fls. 24) e o laudo de exame químico toxicológico foram elaborados na mesma data pela mesma perita Jéssica Guimarães Pereira, a qual ressaltou (fls. 66):*
>
> > *"Todo material recebido encontrava-se acondicionado em invólucro(s) plástico(s) lacrado(s)"*
> >
> > *(...)*
> >
> > *Cabe consignar que não consta lacre de entrada, pois a(s) contraprova(s) utilizada(s) para os exames definitivos foram retida (s) por esta perita, neste laboratório, quando dos exames provisórios.*
>
> *Assim, nenhuma dúvida resta quanto à idoneidade do laudo e seu*

Documento eletrônico VDA44787493 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:52
Código de Controle do Documento: 9b35c2c7-aee0-42c7-9a1e-a162c56ecb62

resultado positivo.

"O instituto da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. No caso, não consta dos autos nenhum indício para se duvidar da preservação da prova colhida. [...]" (AgRg no AREsp n. 2.424.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, 27/2/2024, DJe 1º/3/2024).

Desse modo, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, no sentido de reconhecer a quebra da cadeia de custódia da prova, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

Por outro lado, acerca da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11/3473/06, a análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta Corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ, fls. 341-343):

> *1ª fase. Diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi corretamente aplicada no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.*
>
> *2ª fase. Ausentes atenuantes e agravantes, a reprimenda permaneceu inalterada.*
>
> *3ª fase. Nesta derradeira etapa, ausentes causas de aumento, verifica-se que a ré é primária, sem maus antecedentes, não havendo elementos que indiquem a dedicação a atividades criminosas. Desse modo, fez jus ao benefício preconizado no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.*
>
> *Por outro lado, não se olvide que, em regra, quando presentes todos os requisitos legais, de rigor a aplicação dessa benesse, observando-se o patamar máximo de redução. Entretanto,* ***não se pode ignorar as peculiaridades do caso concreto, sob pena de afronta aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, devendo o percentual de redução ser condizente com quantidade, natureza, variedade da droga e o contexto da abordagem.***
>
> *[...]*
>
> *Assim, tem-se que o percentual máximo de redução é reservado às hipóteses de apreensão de menor quantidade de drogas, em relação ao caso em questão, associada às demais condições legais.*
>
> *[...]*
>
> *Portanto,* ***considerando as particularidades do caso, haja vista que a quantidade e natureza de alto poder viciante da droga é circunstância a ser ponderada para a modulação da fração de diminuição, reputo adequada a adoção da fração de 1/2, como aplicada pelo d. Magistrado de primeiro grau****, totalizando 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 250 (duzentos e*

Documento eletrônico VDA44787493 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:52
Código de Controle do Documento: 9b35c2c7-aee0-42c7-9a1e-a162c56ecb62

> *cinquenta) dias-multa, sanção que se torna definitiva à míngua de outras circunstâncias modificadoras. (Grifos acrescidos).*

Vê-se que a Corte *a quo* não apresentou fundamentação concreta para justificar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado no patamar diverso do máximo, razão pela qual, tratando-se de ré primária e não tendo sido indicado qualquer elemento adicional que demonstre sua dedicação dedicação a atividades criminosas, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo de 2/3, é medida que se impõe, mormente porque apreendida quantidade não relevante de drogas - 68,67g de cocaína (e-STJ, fls. 334). Confira-se:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. MINORANTE. PATAMAR. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. FRAÇÃO MÁXIMA RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.*
>
> *2. A Terceira Seção, em decisão proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicio namento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.*
>
> *3. Em que pese a natureza nociva das drogas apreendidas (crack), a quantidade não justifica a aplicação de fração diversa de 2/3 (dois terços) para a minorante do tráfico privilegiado.*
>
> *4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 2.493.011/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 20/3/2024).*

Outrossim, considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a primariedade da recorrente, deve ser fixado o regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de recalcular a pena relativa ao delito do art. 33 da Lei Antidrogas aplicada, estabelecendo-a em 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa, a ser cumprida no regime aberto, substituída a pena corporal por **duas**

Documento eletrônico VDA44787493 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:52
Código de Controle do Documento: 9b35c2c7-aee0-42c7-9a1e-a162c56ecb62

restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo de origem.

Se estiver presa, a recorrente deverá ser imediatamente posta em liberdade, salvo se outro motivo não justificar sua prisão.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44787493 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 05/12/2024 13:01:52
Código de Controle do Documento: 9b35c2c7-aee0-42c7-9a1e-a162c56ecb62