



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2113507 - SP (2023/0439329-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : LUCAS ELVIS LOPES PINHEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
JULIANA GONÇALVES MIELE - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO COMPARTILHADO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO. QUANTIDADE INCOMPATÍVEL COM SIMPLES USO (60 COMPRIMIDOS DE ECSTASY). APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. A MINORANTE HAVIA SIDO AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA, SEM ELEMENTOS CONCRETOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que deu provimento ao recurso da acusação e negou provimento ao apelo defensivo, condenando o recorrente à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado, sem aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

2. O recorrente alega violação aos artigos 33, §§ 3º e 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 33, § 2º, *b*, do Código Penal, requerendo a desclassificação da conduta para uso compartilhado ou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Analisar a possibilidade de desclassificação da conduta para uso compartilhado, conforme art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006, e a ocorrência de erro na dosimetria da pena, pela ausência de fundamentação idônea para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Apesar de o recorrente ter dito que as drogas compradas eram para uso compartilhado com seus amigos, não comprovou tal alegação, além de a quantidade de droga apreendida (60 comprimidos de *ecstasy*) não ser compatível com o simples uso ou com o uso compartilhado com amigos.

5. A configuração do crime de tráfico de drogas não exige a comprovação de atos de comércio, bastando a prática de uma das condutas descritas no art. 33 da Lei de Drogas.

6. A reanálise do acervo fático-probatório é inviável em sede de recurso especial, conforme a Súmula 7 do STJ.

7. A jurisprudência desta Corte entende que a quantidade e a natureza da droga apreendida, por si só, não servem de fundamento para o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem a demonstração de elementos concretos que evidenciem a dedicação a atividades criminosas.

8. A quantidade de 60 comprimidos de *ecstasy* não é considerada exacerbada, permitindo a aplicação da redutora no patamar máximo de 2/3, conforme precedentes desta Corte.

IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA RECONHECER O TRÁFICO PRIVILEGIADO E REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE.

ACÓRDÃO

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2113507 - SP (2023/0439329-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : LUCAS ELVIS LOPES PINHEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
JULIANA GONÇALVES MIELE - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO COMPARTILHADO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO. QUANTIDADE INCOMPATÍVEL COM SIMPLES USO (60 COMPRIMIDOS DE ECSTASY). APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. A MINORANTE HAVIA SIDO AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA, SEM ELEMENTOS CONCRETOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que deu provimento ao recurso da acusação e negou provimento ao apelo defensivo, condenando o recorrente à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado, sem aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

2. O recorrente alega violação aos artigos 33, §§ 3º e 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 33, § 2º, *b*, do Código Penal, requerendo a desclassificação da conduta para uso compartilhado ou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Analisar a possibilidade de desclassificação da conduta para uso compartilhado, conforme art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006, e a ocorrência de erro na dosimetria da pena, pela ausência de fundamentação idônea para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Apesar de o recorrente ter dito que as drogas compradas eram para uso compartilhado com seus amigos, não comprovou tal alegação, além de a quantidade de droga apreendida (60 comprimidos de *ecstasy*) não ser compatível com o simples uso ou com o uso compartilhado com amigos.
 5. A configuração do crime de tráfico de drogas não exige a comprovação de atos de comércio, bastando a prática de uma das condutas descritas no art. 33 da Lei de Drogas.
 6. A reanálise do acervo fático-probatório é inviável em sede de recurso especial, conforme a Súmula 7 do STJ.
 7. A jurisprudência desta Corte entende que a quantidade e a natureza da droga apreendida, por si só, não servem de fundamento para o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem a demonstração de elementos concretos que evidenciem a dedicação a atividades criminosas.
 8. A quantidade de 60 comprimidos de *ecstasy* não é considerada exacerbada, permitindo a aplicação da redutora no patamar máximo de 2/3, conforme precedentes desta Corte.
- IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA RECONHECER O TRÁFICO PRIVILEGIADO E REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 357-358 (e-STJ):

Trata-se de recurso especial interposto por LUCAS ELVIS LOPES PINHEIRO, contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao recurso da acusação e negou provimento ao apelo defensivo.

O Acórdão fustigado condenou o apelado à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado e negou a aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas.

No recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, o recorrente alega violação aos artigos 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e 33, § 2º, “b”, do Código Penal, por ter sido fixado regime inicial mais gravoso.

Ao final, requer a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº 11.343/2006, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

As contrarrazões foram apresentadas pugnando pelo improvimento.

O recurso foi parcialmente admitido na origem, apenas no tocante à fixação do regime prisional.

Vieram os autos, digitalizados, com vistas ao Ministério Público Federal para manifestação.

É o relatório.

A defesa alega, em síntese, a necessidade de desclassificação da conduta, pois o recorrente teria adquirido as drogas para consumo entre amigos, o que se enquadraria na figura do art. 33, § 3º, da lei n. 11.343/2006. Ademais, afirma a ocorrência de erro na dosimetria da pena, tendo em vista a ausência de fundamentação idônea para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

Requer o provimento do recurso especial para que seja desclassificada a conduta ou reduzida a pena.

É o relatório.

VOTO

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da Súmula n. 284 do STF).

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

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

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

Com parcial razão a defesa.

O acórdão assim se manifestou quanto à condenação e dosimetria (e-STJ, fls. 236-239):

O recurso comporta provimento.

A materialidade delitiva está provada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 4/6), pelo Auto de Exibição e Apreensão (fl. 13), pelo Laudo de Constatação (fls. 14/16), pelo laudo de exame toxicológico (fls. 124/126) e pela prova oral.

A autoria é certa.

O acusado, em Juízo, disse que foi até o ponto de drogas para comprar entorpecentes para usar, com 12 amigos, em uma festa rave, no sítio do Casarão, em Itaquera (fl. 160).

Suas escusas não encontram respaldo na prova acusatória e, portanto, devem ser rechaçadas.

O agente de segurança da CPTM Rubens Santos da Silva informou que, por ocasião dos fatos, estava com roupas civis, em ronda pela estação Utinga, com o objetivo de coibir o comércio ambulante. Em determinado momento, Lucas Elvis desembarcou do trem, na plataforma 1, sentido Brás, questionando sobre a localização da favela. Indicou a direção.

Como se tratava de uma “biqueira”, o indivíduo foi acompanhado, à distância. Cerca de cinco minutos depois, o acusado retornou à estação, sentando-se em um banco. O depoente sentou-se ao lado dele e perguntou o que ele havia ido fazer naquele local. Ele respondeu que tinha ido comprar umas “balinhas”. Identificou-se como segurança e pediu para que o indivíduo entregasse as substâncias, que consistiam em 60 comprimidos de ecstasy. Lucas Elvis disse que levaria o entorpecente para outras pessoas no baile funk (fls. 7 e 160).

No mesmo sentido, o depoimento do segurança da CPTM, Marcos Rogerio Aguilera (fls. 8 e 160).

O acusado afirmou que consumiria a droga com doze amigos, todavia, não comprovou tal fato, tampouco sua condição de usuário da droga.

Ora, pela quantidade da substância entorpecente apreendida (60 comprimidos de ecstasy, com massa líquida de 22,8 gramas), pela forma como ocorreu a apreensão, tudo demonstra que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros. Desta forma, não se pode desclassificar a conduta para a figura do art. 28 ou art. 33, par. 3º, da Lei n. 11.343/06.

Com efeito, a quantidade de 60 comprimidos de ecstasy, é incompatível com o simples uso ou com o uso compartilhado com amigos.

Outrossim, é de ter em conta que nos locais em que ocorre o tráfico de entorpecentes, impera a lei do silêncio, razão pela qual é extremamente difícil arrolar pessoas dispostas a testemunhar contra traficantes.

O fato de Lucas Elvis alegar que é usuário, não o impede de traficar. É sabido que muitos dependentes químicos acabam por praticar a nefasta mercancia, para sustentar o próprio vício.

Não há dúvidas, portanto, de que o acusado, por ocasião dos fatos, praticava o tráfico de entorpecentes, na modalidade trazer consigo, sem autorização legal, para fins de entrega a consumo de terceiros (fls. 1/2).

Assim, a condenação é medida que se impõe.

Passo a dosar a pena.

Na primeira fase, com fundamento nas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no do mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, restando mantida, nas demais fases, ante a ausência de agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou de diminuição, a serem consideradas na terceira fase da dosimetria.

Frise-se que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, por sua vez, não representa direito subjetivo do acusado. O legislador, ao adotar a expressão “poderão”, quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra “deverão”, oriunda do verbo “dever”, que significa obrigação, necessidade, etc.

Assim, como o texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”, não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz, que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, e também o artigo 42, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Com efeito, o “ecstasy”, também chamada de droga do “amor”, além de matar, pode causar lesões no fígado, rins e cérebro.

Somente uma pessoa destituída de amor ao próximo, visando, exclusivamente, o lucro, vai a uma festa para incentivar o uso do entorpecente.

Desta forma, na terceira fase, tendo em vista a natureza e quantidade da droga, o comportamento social e a ousadia do réu, ele não faz jus ao redutor legal.

Isto posto, resta mantida a pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

O regime prisional é mesmo o fechado.

[...]

Como visto, consignou-se que, apesar de o recorrente ter dito que as drogas compradas eram para uso compartilhado com seus amigos, não comprovou tal alegação, além de a quantidade de droga apreendida (60 comprimidos de ecstasy) não ser compatível com o simples uso ou com o uso compartilhado com amigos.

Ressalta-se que a configuração do crime de tráfico de drogas não exige a comprovação de atos de comércio, bastando a prática de uma das condutas descritas no art. 33 da Lei de Drogas.

No mesmo sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma, cujo entendimento se assemelha ao adotado pelo acórdão recorrido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE NA ABORDAGEM E BUSCA PESSOAL. REITERAÇÃO DE MATÉRIA DECIDIDA EM HABEAS CORPUS. DIREITO AO SILÊNCIO NÃO OBSERVADO DURANTE A ABORDAGEM POLICIAL. OBSERVÂNCIA DURANTE A FASE POLICIAL E JUDICIAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO COMPARTILHADO DE ENTORPECENTE. ART. 33, §3º, DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE DE REANÁLISE DE PROVA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356, AMBAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DO

COTEJO ANALÍTICO. DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA USO PESSOAL. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO PREQUESTIONAMENTO ACERCA DA TESE. SÚMULAS N. 282 E N. 356, AMBAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INVIABILIDADE NA HIPÓTESE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A alegação de nulidade da busca pessoal, com violação aos arts. 157, §1º, 240, §2º e 244, todos do Código de Processo Penal - CPP já foi examinada no julgamento do Habeas Corpus n. 784.984/RO, de minha relatoria, o qual também foi impetrado contra o mesmo acórdão impugnado no apelo nobre. Na ocasião, a referida tese defensiva foi analisada, ocasião na qual, à luz do entendimento que prevalecia à época do seu julgamento, se entendeu correto o entendimento do Tribunal de origem. Assim, verificada a reiteração de pedido, fica obstado o conhecimento do recurso nesse ponto.

2. O acórdão impugnado encontra consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual, "a legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio (Aviso de Miranda), uma vez que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial" (AgRg no HC n. 809.283/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 24/5/2023).

2.1. O reconhecimento de nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo, por aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, o que, conforme consignado na origem, não restou demonstrado no caso em análise, tendo em vista que a confissão realizada no momento da abordagem policial não foi considerada para a condenação do agente.

3. As instâncias ordinárias afastaram a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o crime de posse para uso compartilhado de entorpecentes, indicando a ausência de provas de que as pessoas com quem as drogas seriam compartilhadas eram do seu relacionamento, bem como em razão de haver prova concreta acerca da prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Nesse contexto, para se concluir de modo diverso, seria necessário o revolvimento fático-probatório, vedado conforme Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

4. Quanto à alegação de ocorrência de inversão do ônus da prova o recurso carece do adequado e indispensável prequestionamento.

Incidentes, por analogia, as Súmulas n. 282 ("[é] inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada") e 356 ("[o] ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento"), ambas do Supremo Tribunal Federal.

5. Inviável o conhecimento do recurso especial no tocante à interposição com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, uma vez que o recorrente não procedeu ao necessário confronto analítico entre os julgados, nos termos dos arts. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil - CPC, e 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ, limitando-se a transcrever a ementa do acórdão, contrariamente à determinação contida no § 2º do art. 255 do RISTJ.

6. A alegação relativa à suposta incidência do Tema 506 do Supremo Tribunal Federal, que descriminalizou o porte de maconha para uso

peçoal à hipótese dos autos, trata de inovação recursal, contendo tese que sequer foi debatida nas instâncias ordinárias. Dessa forma, o recurso carece do adequado e indispensável prequestionamento.

Incidentes, por analogia, as Súmulas n. 282 ("[é] inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada") e 356 ("[o] ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento"), ambas do Supremo Tribunal Federal.

7. Com lastro na interpretação sistemática dos arts. 647-A e 654, § 2º, ambos do CPP, esta Corte Superior entende que a concessão da ordem de ofício é de iniciativa exclusiva do julgador, quando se deparar com flagrante ilegalidade em procedimento de sua competência. Todavia, não se vislumbra essa conjuntura na hipótese.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.451.366/RO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/9/2024, DJe de 3/10/2024.) [grifei]

Por fim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte.

Por outro lado, a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas foi vedada única e exclusivamente com base na quantidade de entorpecente apreendida, o que, contudo, não possui respaldo na jurisprudência desta corte, conforme se extrai do seguinte precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO D E ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE DE DROGA E PELA CONDIÇÃO DE MULA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. FRAÇÃO DE 1/6. ADEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Posteriormente, o referido colegiado aperfeiçoou o entendimento anteriormente exarado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria.

3. Na espécie, o fundamento de que o agente transportava grande quantidade de droga a serviço de terceiros não se presta a sustentar o afastamento da benesse, uma vez que evidencia, de plano, apenas a condição de mula e não de dedicação a atividades criminosas. E, nos termos da jurisprudência desta Corte, a condição de mula, per se, não tem o condão de impedir o reconhecimento do privilégio em comento, de modo que faz jus o agravado à incidência da minorante na fração de 1/6.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 842630 / SC, RELATOR Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 18/12/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 21/12/2023. Grifo Acrescido)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA REALIZAÇÃO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTO INIDÔNICO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado ao ora agravado, na fração de 1/6.

2. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.

3. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que o "mero transporte eventual ou esporádico de droga - ainda que em grandes quantidades -, sem outros elementos que evidenciem o envolvimento do agente com organização criminosa, não é suficiente para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no AREsp n. 2.321.950/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023.)

4. No caso dos autos, o Tribunal local utilizou-se do fato de o paciente ter realizado transporte interestadual de elevada quantidade de entorpecente - 6,25 kg (seis quilos e vinte e cinco gramas) de cocaína - para negar a aplicação do benefício ao réu.

Entretanto, da leitura dos autos, não se verifica a presença de outros elementos que permitam concluir com clareza a dedicação ao tráfico de forma habitual, revelando-se inidônea, em consequência, a motivação utilizada para a negativa do privilégio.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 849305 / MS, RELATOR Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 19/09/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 26/09/2023)

Em se tratando da apreensão de 60 comprimidos de ecstasy, a jurisprudência desta Corte vem entendendo pela aplicação da redutora em seu patamar máximo, qual seja o de 2/3, conforme precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 NO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Segundo o disposto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. O quantum de diminuição deve ser aplicado de forma razoável e proporcional, levando-se em consideração as características do caso em análise.

2. Na hipótese, tendo em vista a qualidade e a quantidade de droga apreendida - 9 comprimidos de ecstasy, com peso total de 2,88g, e 3 buchas de cocaína, pesando 1,67g -, deve ser aplicada a diminuição no patamar máximo de 2/3, ainda mais quando todas as circunstâncias judiciais analisadas na fixação da pena-base foram consideradas favoráveis, alcançando as sanções o patamar de 1 (ano) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido.

3. No tocante ao regime prisional, considerando as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria, que estabeleceu pena inferior a 4 anos de reclusão, a ausência de circunstâncias judiciais negativas, bem como a inexistência de grande quantidade de droga apreendida, o regime inicial de cumprimento de pena adequado é o aberto.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.480.835/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 2/8/2019.)

Passo à dosimetria.

Tendo em vista que a pena definitiva havia sido fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, a incidência da causa de diminuição do tráfico privilegiado no máximo legal reduz a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais o pagamento

de 166 dias-multa. Considerando-se a quantidade final de pena e as circunstâncias judiciais favoráveis, é cabível a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser determinada pelo Juízo das execuções.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial a fim de reconhecer o tráfico privilegiado e redimensionar a pena do recorrente ao patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0439329-8

REsp 2.113.507 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021519120218260554 0002151912021826055415003561820218260540
00021519120218260554150035618202182605405422021
15003561820218260540 21519120218260554
2151912021826055415003561820218260540
21519120218260554150035618202182605405422021 5422021

PAUTA: 17/12/2024

JULGADO: 17/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. PAULA BAJER FERNANDES

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUCAS ELVIS LOPES PINHEIRO
ADVOGADOS : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA GONÇALVES MIELE - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

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

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