

RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.561 - RO (2019/0086586-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : WESLEI RAFAEL MARQUES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JOÃO DE CASTRO INÁCIO SOBRINHO - RO000433A
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. ACÓRDÃO PARADIGMA ORIUNDO DE JULGAMENTO DE **HABEAS CORPUS**. VIOLAÇÃO AO ART. 580 DO CPP. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE ELEMENTOS FÁTICOS E PROBATÓRIOS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **WESLEI RAFAEL MARQUES DE OLIVEIRA**, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado (fls. 434-435):

"Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Preliminares. Exame de dependência toxicológica. Preclusão. Perícia em aparelho celular. Autorização judicial. Legalidade. Preliminares afastadas.

Não afirmando o réu se tratar de dependente químico, não deve ser acolhido pleito de realização de exame toxicológico, sobretudo, quando postulado a destempo.

Não haverá nulidade na perícia de dados e registros em aparelho celular quando devidamente representada e autorizada pela autoridade judiciária.

Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Absolvição. Conjunto probatório harmônico. Desclassificação. Art. 28 da Lei de . Drogas. Impossibilidade. Causa especial de diminuição. Possibilidade. Requisitos presente. Restituição de bem. Legitimidade. Uso Habitual. Desnecessário. Recurso provido parcialmente.

Não há que se falar em absolvição quando o conjunto probatório colacionado nos autos é suficiente a demonstrar a prática de mercância de substâncias entorpecentes através de perícia realizada no telefone de um dos réus bem como a prisão em flagrante, confirmando a denúncia anônima recebida pela polícia.

Comprovando que a droga era destinada para o comércio, incabível a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Presentes os requisitos do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, aplica-se 3 causa especial de diminuição, na fração máxima, considerando a quantidade de entorpecente apreendido (16g), conforme entendimento deste Tribunal.

Inviável a análise de restituição de bem quando o pleito não é requerido por pessoa legitimada, além do mais, informo não ser necessária a comprovação da utilização habitual do bem na prática do delito de tráfico de drogas. Precedentes do STF."

Nas razões do recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, a parte recorrente sustenta:

i) violação ao art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, objetivando "o reconhecimento da aplicabilidade da redutora do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 e que seja então concedido ao recorrente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito" (fl. 458).

ii) quanto ao **dissídio jurisprudencial**, o recorrente indica como paradigmas, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC n. **456.110**, HC **434.438** e HC **451786** (fls. 455-458).

Alega que "Conforme se verifica pelo que restou exposto nos itens precedentes, efetivamente a decisão impugnada via apelo excepcional contrariou julgado deste Superior Tribunal de Justiça" (fl. 461).

iii) violação ao artigo 580 do Código de Processo Penal, assinalando que "está havendo desigualdades na medida da aplicação da pena, uma vez que o recorrente e correus a exemplo do Patrício Araujo dos Santos, pois estes estão com a mesma imputações e situação idênticas e as

penas foram diferentes, ou seja, houve aplicação para Patrício quanto a redutora do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 e é bom observar que ambos são menores de 21 anos, primários, de bons antecedentes e não integram organização criminosa, e quanto a quantidade da droga foi de 16gm de maconha, logo quantidade compatível com uso." (fl. 460).

Pleiteia pelo provimento do apelo nobre, para a incidência da causa minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 295-303), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **não provimento** do recurso especial (fls. 237-239).

É o relatório.

Decido.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 275-282).

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação interposta pelo ora recorrente (fls. 434-444).

No que diz respeito ao pedido de aplicação da **causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06**, o recorrente alega o preenchimento dos requisitos legais para a sua incidência.

No ponto, colhe-se do v. acórdão guerreado os excertos, **verbis** (fls. 440-441):

A defesa de Weslei também postula a aplicação do tráfico privilegiado - § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 - sendo, portanto, necessário que o réu seja primário, tenha bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Contudo, mantenho a decisão do juiz singular de não aplicação

do referido benefício, uma vez fundamentado que Weslei não preenche o último requisito em razão do envolvimento com os investigados e processados nos autos da "Operação Fortress", em especial com Marlon Souza Barba, preso em flagrante com 150kg de cocaína."

Dá análise dos excertos acima transcritos, **mostram-se corretos os fundamentos tecidos pelo acórdão objurgado**, que manteve a sentença de primeiro grau, tendo em vista que se encontram em consonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que *"nos termos do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa"* (AgRg no AREsp n. 911.058/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/6/2017).

Nesse sentido, confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso levaram à conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas.

[...]

Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 387.622/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 14/6/2017).

Quanto ao apontado dissídio jurisprudencial, o recurso não

comporta conhecimento.

É que a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que não se prestam para o conhecimento do apelo pelo art. 105, III, c, da Constituição Federal, os julgamentos proferidos em mandado de segurança e **habeas corpus**, os quais têm um âmbito cognitivo muito mais amplo do que o recurso especial, destinado exclusivamente à uniformização da interpretação da legislação federal.

Dessa forma, no que pertine ao manejo do reclamo com fundamento na alínea c, constata-se que o recorrente utilizou-se, como paradigmas, de acórdãos proferidos em **habeas corpus**, inservíveis, no caso, como comprovação de divergência jurisprudencial.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMAS PROFERIDOS EM HABEAS CORPUS E CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não se admite como paradigma, para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial, acórdãos proferidos em habeas corpus e conflito de competência.

2. Agravo regimental improvido" (AgRg nos EREsp n. 1102270/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 1º/10/2014).

Por fim, quanto à apontada **violação ao artigo 580 do Código de Processo Penal** e o pretendido efeito extensivo da decisão que aplicou a causa minorante ao corréu Patrício Araújo dos Santos, o recorrente assinala que *"estão com a mesma imputações e situação idênticas e as penas foram diferentes, ou seja, houve aplicação para Patrício quanto a redutora do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 e é bom observar que ambos são menores de 21 anos, primários, de bons antecedentes e não 9intregam organização criminosa, e quanto a quantidade da droga foi de 16gm de maconha, logo quantidade compatível com uso"* (fl. 459).

De início, ressalto a impossibilidade de extensão da decisão

proferida ao corrêu, primeiro, em razão da não aplicabilidade da causa minorante ao ora recorrente, por sua dedicação à organização criminosa.

Segundo, porque o acórdão vergastado entendeu pela aplicação da redutora ao corrêu Patrício (fls. 443-444), ao assinalar que:

"E, de acordo com a sentença, a benesse não foi aplicada em razão do réu não atender ao terceiro requisito, pois o juiz a quo considerou que o réu se dedica às atividades criminosas devido ao fato de os réus terem sido apreendidos de posse de uma balança de precisão.

Contudo, não entendo que a quantidade de droga apreendida, cerca de 16g, juntamente da balança de precisão, por si sós, comprovem a dedicação à atividade criminosa, além disso, o réu é primário e não teve sequer circunstâncias judiciais valoradas negativamente.

Assim, aplico a causa especial de diminuição, na fração de 2/3, conforme entendimento desta Câmara, considerando a quantidade de entorpecente, totalizando-se a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 dias-multa, em razão do preceito legal do § 2º do art. 33 do CP, altero o regime para o aberto."

Ressalto que para análise do pleito extensivo da referida decisão, necessário se faz o reexame de elementos fáticos e processuais relativos ao ora recorrente e ao corrêu, para verificar a identidade dos mesmos, o que demanda o revolvimento do substrato fático, vedado pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, inviável o redimensionamento da dosimetria conforme requerido no recurso especial.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso II, do Regimento Interno do STJ, **conheço em parte do recurso especial, e nesta extensão, nego-lhe provimento**, nos termos da fundamentação retro.

P. e I.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator