RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.872 - SC (2019/0035842-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	LUCAS MOACIR COSTA
ADVOGADO	:	NICOLAS PEDRON - DEFENSOR DATIVO - SC047527
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DE DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. SÚMULA N. 7/STJ. APLICAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA. PARECER FAVORÁVEL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **LUCAS MOACIR COSTA**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O MM. Juízo de primeiro grau **condenou** o recorrente como incurso nas sanções do art. 33, caput, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão,** no regime inicial **semiaberto**, mais 416 dias-multa (fls. 172-184).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de **apelação criminal**, com vistas à reforma da sentença condenatória. No Tribunal de origem, o recurso foi **parcialmente provido**, para reduzir a reprimenda corporal para **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, alterado o regime inicial para o **aberto**, mais 250 dias-multa. Houve substituição por penas restritivas de direitos (fls. 253-270).

Opostos **embargos de declaração**, pelo ora recorrente, foram eles

rejeitados, à unanimidade de votos (fls. 305-310). Eis a ementa do acórdão:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CRIME CONTRA A SAUDE PÚBLICA. TRÁFICO È DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). ALEGADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO, QUANTO A ANÁLISE DA TESE DEFENSIVA DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. VÍCIO INEXISTENTE. MATÉRIA DEVIDAMENTE ENFRENTADA. EXPOSIÇÃO EXPLÍCITA SOBRE AS E PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 619 DO CPP. EMBARGOS REJEITADOS."*

Nas **razões do recurso especial**, interposto com fulcro na alínea **c**, do permissivo constitucional, a parte recorrente sustenta a ocorrência de dissídio jurisprudencial, por violação ao artigo 33, **caput**, e § 4°, inciso I, do Código Penal, e aos artigos 158 e 167, ambos do Código de Processo Penal. Para tanto, argumenta que:

a) Deve ser absolvido do delito de tráfico, pois "*[...] a única suposta prova de posse de drogas pelo Recorrente é o testemunho de Adriano João Correia, quando supostamente revistou o Recorrente, porém é somente referente às duas pequenas porções de cocaína de 0,4 gramas e duas pequenas porções de maconha (4 gramas) das 22 totais porções apreendidas (43,6 gramas), o que representaria 4,4 gramas, menos de 5 gramas"* (fl. 324);

b) "***o Recorrente deverá ser absolvido por ausência de provas de autoria em razão da ausência de provas de vinculação com as maiores quantidades de droga encontradas no terreno, o que enseja a respectiva aplicação do princípio da insignificância (atipicidade) pela pequena quantidade de droga encontrada no corpo***" (fl. 326);

c) Deve haver a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, na medida em que "*conforme indicado no anterior item 1 destas alegações finais, mas não seja aplicado o princípio da insignificância para a quantidade encontrada no corpo do Recorrente, dever-se-á aplicar a desclassificação para o crime de consumo do art. 28 da Lei de Drogas, porque o Recorrente era consumidor de drogas e viciado,*

conforme laudo pericial (fls. 145-147), e foi encontrado com uma quantidade ínfima de drogas (4,4 gramas), equivalente à quantidade própria para consumo" (fl. 326).

d) Deve ser alterado o **quantum** de redução pela causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois "*Referente às quantidades, o total supostamente encontrado com o Recorrente foi de 0,4 gramas de cocaína (2 porções) e 43,6 g de maconha (22 porções), quantidades muito pequenas para tráfico, o que torna absurda a redução em grau intermediário (1/2), como se o Recorrente fosse um traficante de porte médio*" (fl. 327).

Apresentadas as **contrarrazões** (fls. 349 -358), o recurso foi **admitido** na origem (fls. 360-366) e os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, em seu d. parecer, manifestou-se pelo **parcial provimento do recurso especial** (fls. 375-378).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece parcial acolhimento.

Inicialmente, busca o recorrente, em síntese, nas suas razões recursais, a absolvição ou a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que "***deverá ser absolvido por ausência de provas de autoria em razão da ausência de provas de vinculação com as maiores quantidades de droga encontradas no terreno, o que enseja a respectiva aplicação do princípio da insignificância (atipicidade) pela pequena quantidade de droga encontrada no corpo***" (fl. 326), e de que deve haver a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, na medida em que "*conforme indicado no anterior item 1 destas alegações finais, mas não seja aplicado o princípio da insignificância para a quantidade encontrada no corpo do Recorrente,*

dever-se-á aplicar a desclassificação para o crime de consumo do art. 28 da Lei de Drogas, porque o Recorrente era consumidor de drogas e viciado, conforme laudo pericial (fls. 145-147), e foi encontrado com uma quantidade ínfima de drogas (4,4 gramas), equivalente à quantidade própria para consumo" (fl. 326).

O eg. Tribunal **a quo**, ao julgar o recurso de apelação criminal da Defesa, sobre a **quaestio**, no que importa ao caso, consignou, **verbis**:

"A materialidade do crime está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 11-12), pelo termo de apreensão (fl. 15) e pelo laudo pericial (fls. 78-81), o qual demonstra que a substância apreendida com o acusado se tratava de maconha e cocaína.

Quanto à autoria delitiva, em que pese as razões lançadas no recurso, os depoimentos colhidos durante a instrução processual, amparados nos demais elementos probatórios, demonstram de forma clara que o Apelante comercializou entorpecentes.

Cumpre esclarecer, em virtude da oitiva judicial das testemunhas e do interrogatório terem ocorrido por meio de sistema audiovisual, adotar-se-á a narrativa efetuada pela Magistrada singular, uma vez que fiel ao que consta nos 5 depoimentos gravados (fls. 26 e 108).

[...]

Sob o crivo do contraditório, negou a autoria delitiva, aduzindo que as drogas que foram encontradas no terreno baldio não lhe pertenciam. Afirmou, ainda, que estava na frente da casa de seu patrão, versão esta que diverge o daquela apresentada na fase policial (audiovisual - fl. 26), ocasião em que relatou que estava na casa de seu tio. A propósito (audiovisual - fl. 108):

[...]

Assim, apesar da negativa de autoria, não há nos autos outros È elementos de provas que embasem a versão apresentada pelo apelante. Ao contrário, os depoimentos prestados pelos agentes públicos foram uníssonos ao relatarem a comercialização de drogas pelo apelante Lucas Moacir.

In casu, dessume-se que as declarações dos policiais revelam a sequência dos acontecimentos, de modo a fornecer elementos convincentes quanto à prática do crime de tráfico de drogas. Outrossim, não constam nos autos elementos para derribar essas o declarações, porquanto coerentes em sua essência e livres de qualquer mácula ou suspeita. Registre-se, por necessário, ser pacífico o entendimento de que os depoimentos dos policiais devem ter o mesmo valor probante que os de qualquer ã outra testemunha compromissada, mormente quando harmônicos com as demais provas amealhadas nos autos." (fls. 253-270, grifei)

Como se vê do excerto em referência, o eg. Tribunal **a quo**, apreciando detalhadamente a prova produzida nos autos, concluiu pela caracterização do delito de tráfico de drogas e pela impossibilidade de desclassificação para o delito previsto no art. 28, **caput**, da Lei n. 11.343/2006. Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da **Súmula n. 7/STJ**, que dispõe, **verbis**: "*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

Na hipótese, entender de modo diverso ao que estabelecido pelo Tribunal **a quo**, como pretende o recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório delineado nos autos, providência inviável na via eleita.

A propósito:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.* ***TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DO STJ****. INSURGÊNCIA IMPROVIDA.*
>
> *1.* ***O Tribunal local, após aprofundada análise dos elementos colhidos no curso da instrução criminal, concluiu que restou provada a materialidade e a autoria que dão suporte à condenação do réu pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, e entender de modo diverso, no intuito de abrigar o pleito defensivo de desclassificação para a figura delitiva descrita no art. 28 da Lei de Tóxicos demandaria o revolvimento no material fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias e vedada a este Sodalício em sede de recurso especial, ante o óbice do Enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte****.*
>
> *2. O tipo previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 é de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se com a prática de quaisquer das condutas nele previstas.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento*" (AgRg no AREsp n. 762.686/DF, **Quinta Turma,** Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 22/6/2016, grifei).

Por outro lado, no que concerne à alegação de violação ao art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no sentido de que deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena em seu patamar máximo, diviso que o pleito merece acolhimento. O eg. Colegiado **a quo**, ao se manifestar sobre a referida causa especial de diminuição de pena, assim fundamentou o acórdão recorrido, **verbis**:

"*No caso, afigura-se viável alterar o patamar adotado pelo Juízo de Primeiro Grau na mitigação da reprimenda, todavia, em patamar intermediário. Isso porque, em que pese não existir esclarecimentos sobre quais critérios devem ser examinados pelo Magistrado na escolha entre a menor e a maior fração para a concessão do benefício, a doutrina e a jurisprudência indicam que deve pautar-se na prevenção e repreensão da atividade criminosa, com especial atenção, sobretudo, à natureza e quantidade do entorpecente comercializado, com fulcro no art. 42 da Lei Antidrogas, além das particularidades do delito.*

Assim, o alto poder lesivo da cocaína, a sua quantidade (0,4 g), a maconha confiscada (43,6g) e as demais circunstâncias do caso concreto são fatores que autorizam a redução em patamar de 1/2, conforme já se decidiu:

[...]

Portanto, operando-se no cômputo da pena o patamar de diminuição em 1/2, o quantum sancionatório final do apelante fica estabelecido em 2 anos e 6 meses de reclusão, além de 250 dias-multa. No que tange ao regime inicial para cumprimento da reprimenda, em razão do reconhecimento do redutor descrito no § 4° do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com a fixação da pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser modificado." (fls. 253-270).

Dá análise dos excertos acima transcritos, **mostra-se incorretos o v. acórdão objurgado**, tendo em vista que não se encontra em consonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que "*diante das circunstâncias do caso concreto, especialmente a pequena quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado (73,3 g de maconha e 5,1 g de cocaína), autorizam a aplicação da fração redutora no patamar máximo de 2/3 (dois terços)*" (AgRg no AREsp n. 1.235.415/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/6/2017).

Nesse sentido, confira-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO

PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POUCA QUANTIDADE DE DROGA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, sendo este o caso dos autos.

II - Na espécie, a pequena quantidade da droga apreendida, aliada à inexistência de circunstância judicial desfavorável, autoriza a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3), reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

III - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que a fixação do regime inicial do crime de tráfico de entorpecente deve observar os preceitos constantes dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. No caso, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal (circunstâncias judicias favoráveis), tendo ainda sido aplicada, nesta oportunidade, no grau máximo, a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4°, da Lei de Drogas. Assim, sendo primário o paciente e considerado o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

IV - Finalmente, o Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso.

> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, para fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena do paciente e para determinar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, a ser estabelecido pelo Juízo da Execução."* (HC n. 407.466/RJ, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 23/6/2017).

Assim, considerando que o acórdão recorrido **não** está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, incide, **in casu**, a **Súmula n. 568/STJ**, que assim dispõe, **verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Como dito pelo d. representante do **Parquet** Federal, em seu parecer: "*deve ser parcialmente provido o recurso especial, para que seja reconhecida a diminuição pela minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, mantidos os demais termos do acórdão, que já fixou o regime prisional inicial aberto e concedeu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos*" (fl. 378).

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, I e III, do Regimento Interno do STJ, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento, para aplicar a causa especial de diminuição de pena no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços) e determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal **a quo** para que refaça a dosimetria, e mantenha a substituição por penas restritivas de direitos.

P. I.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator