RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.078 - RS (2014/0082265-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE	:	JANDIRLEI DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	HIRAM BANDEIRA PAGANO E OUTRO(S) - RS088282
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por JANDIRLEI DE OLIVEIRA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Ao recorrente foram impostas penas de 7 anos de reclusão, em regime fechado, e de 600 dias-multa, pelo delito de tráfico de drogas, caracterizado pelo porte de **4,7g (quatro gramas e sete decigramas) de cocaína, além do total de 189 cápsulas de substância não identificada**.

Os fatos delitivos foram narrados nestes termos pela inicial acusatória (e-STJ fls. 1/2):

> *No período entre março a 21 de abril de 2012, de forma contínua, em Estância Velha, o denunciado tinha em depósito, trazia consigo, expunha a venda, vendia e entregava a consumo, para indivíduos não identificados, droga do tipo cocaína, a qual determina dependência e é dotado de princípio ativo prejudicial à saúde além de cápsulas de substância ainda não identificada (auto de constatação da fl. 12 e apreensão fl. 89).*
>
> *Por sua vez, no dia 21 de abril de 2012, por volta das 00h15min, na Rua Carlos Graeff nº 375, Bairro Rincão dos Ilhéus,* ***o denunciado trazia consigo, no interior de sua cueca, para fins de tráfico, vinte e uma (21) trouxinhas de cocaína, envoltas em plástico, pesando aproximadamente 4,7 gramas além de quarenta e cinco (45) comprimidos de cor branca e azul, cinquenta e um (51) comprimidos na cor branca e roxa, bem como noventa e três (93) comprimidos na cor branca e verde de substância ainda não identificada****, conforme autos de apreensão e constatação da substância (fls. 89 e 100 do IP).*
>
> *Na ocasião,* ***após várias notícias de que o denunciado estaria efetuando o tráfico no local****, policiais militares realizaram operação, sendo apreendidas de posse do denunciado as porções acima delineadas. Cuja* ***abordagem foi efetivbada logo após a chegada de consumidores ao local que tripulavam um veículo modelo Corsa de cor prata****.*
>
> *Por fim, fora* ***ainda apreendido no local o valor de R$741,85***

> ***(setecentos e quarenta e um reais e oitenta e cinco centavos), uma pistola de pressão e um aparelho celular marca Nokia****, indicativos da prática do tráfico. Diante do que, a polícia concretizou a prisão do imputado.* (Grifei.)

Inconformada, a defesa interpôs apelação, à qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para minorar a fração de elevação da pena-base, para reduzir a pena de multa e para fixar o regime semiaberto, ficando as sanções estabilizadas em 5 anos e 10 meses de reclusão e 500 dias-multa (e-STJ fls. 307/308).

Os embargos de declaração oposto pela defesa foram rejeitados por unanimidade de votos (e-STJ fls. 325/344).

Nas razões do recurso especial, a defesa requer a fixação da pena-base no mínimo legal por ausência de fundamentação idônea para justificar sua elevação em 10 meses.

Requer, ainda, a aplicação do redutor no patamar máximo em razão da primariedade do recorrente, dos seus bons antecedentes e da diminuta quantidade de droga – **4,7g (quatro gramas e sete decigramas) de cocaína**.

Pleiteia, caso seja admitida a redução da pena na fração de 2/3, a conversão da pena corporal em restritivas de direitos e a fixação do regime aberto.

Contrarrazões às e-STJ fls. 364/373.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 394/397, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

O Juízo da condenação fixou a reprimenda-base em 7 anos de reclusão pela consideração negativa da culpabilidade, da conduta social e dos motivos do crime, nestes termos (e-STJ fl. 238):

> ***A culpabilidade é em grau elevado, eis que o agente tinha consciência de seu ato e podia determinar-se de forma diversa, aliado à grande censurabilidade do delito em apreço****. Tecnicamente primário.* ***A conduta social não é boa, vez que expôs em perigo, com sua prática delituosa, a vida de grande número de pessoas****. A sua personalidade não denota desvios.* ***Os motivos são evidenciados pelo desejo de auferir lucro fácil às custas do sofrimento alheio****. As circunstâncias e conseqüências dos delitos são aquelas próprias do*

> *tipo penal. O comportamento das vítimas em nada contribuiu para a prática do delito, tendo em vista tratar-se da coletividade.*
>
> *Frente a analise balizadora acima,* ***fixo a pena base em 07 (sete) anos de reclusão****. Considerando a ausência de causas modificadoras da pena, concretizo a pena como definitiva.*
>
> *A pena de multa resta em 600 (seiscentos) dias-multa, no valor mínimo legal.* (Grifei.)

Como se vê, a instância local não se desincumbiu do dever de justificar concretamente a negativação de quaisquer das vetoriais apontadas como desfavoráveis, devendo, assim, a pena-base ser fixada no mínimo legal.

Quanto ao privilégio do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a Corte o fixou em 1/6 com lastro nestes fundamentos (e-STJ fls. 304/306):

> *DA INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06.*
>
> *Busca a defesa, ainda, a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.*
>
> *De acordo com este parágrafo, nos crimes previstos no caput do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, 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 e nem integre organização criminosa.*
>
> *No presente caso,* ***por ser o réu primário, sem antecedentes criminais e não haver nos autos comprovação de que integre organização criminosa, tenho que o apelante faz jus a redução da pena em 1/6****.*
>
> ***Em que pese constar a apreensão de cocaína, substância reconhecidamente lesiva, saliento que a quantidade não se mostra significativa (4,7 gramas)****. Como tal, foi observado, para fins de aplicação da precitada minorante, o teor do artigo 42 da Lei de Drogas, que diz que, na fixação das penas, o magistrado considerará a natureza e a quantidade da substância apreendida, a personalidade e a conduta social do réu.*
>
> *Dessa forma, a pena definitiva resta arbitrada em* ***05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão****.* (Grifei.)

Contudo, tenho que, não obstante se tratar de substância altamente deletéria à saúde, a quantidade de cocaína apreendida – **4,7g (quatro gramas e sete decigramas)** –, aliada à primariedade e aos bons antecedentes do recorrente, permite a fixação do redutor no máximo legal.

No sentido dessa orientação:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ***PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. A PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA PERMITE A INCIDÊNCIA DA REDUTORA NA FRAÇÃO MÁXIMA LEGAL. REPRIMENDA REDUZIDA.*** *REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO E SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NEGADA SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PACIENTE PRIMÁRIO, COM ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.*

[...]

- Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ou, até mesmo, para justificar a não incidência da redutora, quando, juntamente com outros elementos presentes nos autos, indicarem a dedicação do agente à atividade criminosa. *Precedentes.*

- Todavia, a hipótese tratou de pequena quantidade de entorpecente (35 g de cocaína) e, em decorrência, com o devido respeito à proporcionalidade, deve incidir a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, alcançando as penas o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Precedentes.

[...]

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena definitiva do paciente ao patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, além de fixar o regime inicialmente aberto e substituir a prisão por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz singular. (HC 480.783/RJ, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019, grifei)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ***TRÁFICO DE DROGAS.***

> ***PEQUENA QUANTIDADE. PRIVILÉGIO. PATAMAR MÁXIMO****. CABIMENTO. REGIME INICIAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO NOVO QUANTUM DA PENA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]
>
> *II - Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do quantum de diminuição.*
>
> *III -* ***In casu, o eg. Tribunal de origem considerou a natureza e a quantidade da droga apreendida - 11 (onze) gramas de cocaína - para afastar a causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), existindo desproporcionalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.***
>
> *IV -* ***A pequena quantidade de droga apreendida, aliada à inexistência de circunstância judicial desfavorável, autoriza a incidência da redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3).***
>
> [...]
>
> *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, bem como fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena do paciente e 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 a quo.* (HC 467.323/MS, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018, grifei)

Em suma, revejo a particularização das reprimendas para fixar a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, devendo permanecer nesse patamar em razão da falta de atenuantes e de agravantes. Por fim, fica reduzida de 2/3 por força do reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, totalizando o montante final de **1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa**.

Em razão do novo montante da pena corporal, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal apresenta-se patente, devendo ser reconhecida de ofício.

Com efeito, partindo-se da sentença condenatória proferida em

25/4/2013 (e-STJ fl. 239) e a redução da pena privativa de liberdade para 1 ano e 8 meses de reclusão, verifica-se a implementação do lapso de quatro anos, haja vista a não ocorrência de nenhum outro marco interruptivo da prescrição desde o édito condenatório, nos termos do disposto nos arts. 107, IV, 109, V, e 117, IV, do Código Penal.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial para retornar a pena-base ao mínimo legal e fixar o redutor no máximo de 2/3, redimensionando a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão e, de ofício, declaro **a extinção da punibilidade** do recorrente em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator