

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.403.430 - CE (2018/0311751-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : IVAN BRENO FERREIRA APOLINÁRIO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE EXASPERADA EM 1 (UM) ANO. 7 (SETE) GRAMAS DE COCAÍNA ASSOCIADA À NEUTRALIDADE DAS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PEQUENA QUANTIDADE. REDIMENSIONAMENTO DEVIDO AO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES. TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO HÁBIL À DEMONSTRAÇÃO DA DEDICAÇÃO DO AGENTE À PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO MANTIDO. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL INICIAL MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A 8 (OITO) ANOS, RÉU PRIMÁRIO E PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 440/STJ. ABRANDAMENTO DO FECHADO PARA O SEMIABERTO. PERTINÊNCIA. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por IVAN BRENO FERREIRA APOLINÁRIO contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que inadmitiu recurso especial manifestado contra acórdão prolatado na Apelação Criminal n.º 0032997-69.2015.8.06.0001.

Consta dos autos que o Agravante foi condenado, pelo Juízo singular, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2.006, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, acrescida do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal local negou provimento.

No recurso especial, interposto com respaldo no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, o Recorrente sustenta, em síntese, de forma cumulativa:

I. Contrariedade aos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, conjugados à

Superior Tribunal de Justiça

dicção do art. 42, da Lei de Drogas, ao argumento de que a pena-base, exasperada em 1 (um) ano, "*foi aplicada de forma intensamente desproporcional e irrazoável*" (fl. 226), porquanto despida de "*motivação idônea*" (fl. 233). Dessa forma, pugna pelo seu redimensionamento ao mínimo legal;

II. Negativa de vigência ao art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sob a alegação de que, por ser primário, sem antecedentes, não se dedicar à consecução de atividades criminosas, tampouco integrar organização de tal natureza, sendo mero traficante "*eventual ou ocasional*" (fl. 237), a concessão do aludido redutor, à razão de 2/3 (dois terços), com o conseguinte abrandamento do regime prisional, é medida de rigor.

Contrarrazões apresentadas às fls. 249-255.

A Corte de origem não admitiu o recurso especial, motivo pelo qual subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça por intermédio do presente agravo.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 309-317).

É o relatório. Decido.

Evidenciada a viabilidade do agravo, passa-se à análise do recurso especial.

Quanto às questões em debate, convém repisar os fundamentos externados pelo Tribunal estadual, ao quantificar as penas cominadas ao Sentenciado (fls. 201-214):

"A denúncia, promovida pelo Ministério Público do Estado do Ceará, com base no Inquérito Policial acostado aos autos, noticia que no dia 28/03/2015, por volta de 03:30hs., policiais militares avistaram Ivan Breno Ferreira Apolinário, o qual já era conhecido da polícia como traficante, em atitude suspeita no cruzamento das ruas Olinto Arruda e Olegário Memória, o qual tentou se evadir, mas acabou sendo abordado. Ao ser revistado, nada foi encontrado em seu poder. Porém, indagado sobre sua conduta àquela hora, Breno levou os policiais até um pé de macaúba em frente a sua casa, situada na rua Olinto Arruda, 377, de onde desenterrou 20 (vinte) papelotes de cocaína.[...]

Análise da dosimetria da pena.

[...]

*Da análise da fundamentação esposada pelo douto magistrado de piso, vê-se que embora tenha entendido como desfavoráveis ao réu quatro vetores, quais sejam, conduta social do acusado, motivo, circunstâncias e consequências da prática delituosa, **acertadamente, considerando o capitulado no art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, o qual***

Superior Tribunal de Justiça

*estatui que, 'o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a **quantidade** da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente', **afastou a pena-base do mínimo legal em apenas 01 (um) ano, fixando-a em 06 (seis) anos de reclusão, o que se mostrou correto, razoável e proporcional.***

[...]

Na 3ª fase dosimétrica, também não foram reconhecidas causas de aumento e/ou diminuição, causando, neste tópico, a irrisignação do acusado, ora apelante, o qual requesta a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 211.343/2006.

*Pois bem, quanto a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, para sua incidência é exigida a reunião dos seguintes requisitos pelo agente: I) primariedade; II) bons antecedentes; III) não dedicação a atividades criminosas; e IV) não integração a organização criminosa. **No caso dos autos, verifica-se que o apelante é tecnicamente primário e sem antecedentes, mas há elementos que demonstram que o mesmo se dedica a atividade delituosa, não sendo possível a aplicação da causa de diminuição de pena.***

[...]

Noutra vertente, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça, inclusive desta Câmara Julgadora, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. [...]

Ora, conceder o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para o réu que responde a ações penais ou que esteja submetido a investigação policial, é equipará-lo com aquele que numa única ocasião na vida se envolveu com as drogas ou crime de outra natureza, situação que ofenderia o princípio da individualização da pena previsto na Constituição Federal (art. 5º, inc. XLVI).

Logo, o fato de o réu responder a inquéritos policiais ou a ações penais sem condenação definitiva, pode sim ser utilizado pelo magistrado como argumento para negar a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Na hipótese em julgamento, conforme se verifica da certidão de antecedentes criminais de pág. 101, consta, contra o apelante, além do presente feito, os seguintes processos criminais em curso: Ação penal n.º 0072475-55.2013.8.06.0001 (homicídio qualificado) e Ação Penal n.º 0063608-73.2013.8.06.0001 (roubo majorado), além dos Autos de Inquérito n.º. 0072474-70.2013.8.06.0001 e a apuração de ato infracional n.º 0769090-24.2014.8.06.0001.

*Não há como desconsiderar, ainda, que por ocasião da diligência que resultou na prisão em flagrante do réu, [...], conforme auto de apresentação e apreensão de pág. 12, sendo **o réu conhecido na região como traficante**, fazendo-se inferir, como isso, que o apelante se dedicava à atividade criminosa de forma habitual, não se tratando de um*

Superior Tribunal de Justiça

traficante eventual.

[...]

Por tais razões, mantenho o entendimento esposado no decisum impugnado, uma vez que o réu não preenche os requisitos do § 4º do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006."

Da compreensão dos trechos destacados, verifica-se que acórdão recorrido, no tocante à primeira extensão objeto de insurgência, está em dissonância ao entendimento propalado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o Julgador, ao definir o apenamento basilar do crime de tráfico de entorpecentes, deve sopesar – além das circunstâncias ordinárias previstas no art. 59, *caput*, do CP –, à luz da discricionariedade motivada e com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente as moduladoras especiais da **quantidade**, da natureza e/ou da diversidade do material estupefaciente apreendido em poder do agente.

Assim, é cediço para esta Corte Superior que a **pequena** quantidade de entorpecentes traficada pelo agente, associada à neutralidade das demais circunstâncias judiciais legais, não justifica o incremento da pena-base, sob pena de *bis in idem* e vedada enaltação ao direito penal do autor, e não **dos fatos**.

Na espécie, conforme consignado perante as instâncias locais, o Apenado foi flagrado na posse de "7 gramas de cocaína", dividida "em 20 papélotes" (fl. 104; grifos diversos do original), delineamento inapto a justificar, pela prevalência normativa do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a desarrazoada exasperação da pena-base em 1 (um) ano. A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FALTA DE ELEMENTOS VÁLIDOS QUE INDIQUEM A HABITUALIDADE DELITIVA DO RÉU. APLICAÇÃO. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA E DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. Na hipótese, verifica-se ser manifesta a ilegalidade imposta ao ora agravado, pois as instâncias ordinárias sopesaram considerações genéricas e elementos inerentes ao próprio tipo penal, bem como a pequena quantidade de droga apreendida (82g de maconha) para

Superior Tribunal de Justiça

majorar a pena-base. Necessidade de readequação da pena-base.

[...]

7. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 503.421/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 02/09/2019; grifos diversos do original.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. COCAÍNA. PEQUENA QUANTIDADE. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO RECRUDESCIDO. AGRAVO PROVIDO.

[...]

2. **Em apreensões de não relevante quantidade isolada de maconha, cocaína ou crack, embora não excluída a tipicidade do crime de tráfico de drogas, tampouco pode ser esse fato justificador de tratamento anormalmente gravoso – seja como critério da pena definitiva (na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou na definição de penas substitutivas), seja como valor para a prisão processual, então desnecessária.**

3. Agravo Regimental provido para redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório." (AgInt no HC 372.899/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 15/03/2017; grifos diversos do original.)

Noutro enfoque, acerca da invocada negativa de vigência ao art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, infere-se que provimento recorrido converge ao atual entendimento sufragado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal, no sentido de que, em observância à máxima da vedação à proteção estatal deficiente, afigura-se possível a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso, ainda que consubstanciadas em condenações **sem trânsito em julgado**, como fundamento hábil a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, sem qualquer afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade.

In casu, embora o Condenado seja tecnicamente primário e sem antecedentes, sua habitualidade com atividades criminosas ficou evidenciada, pois, além do presente feito, consta no histórico de sua vida pregressa "os seguintes processos criminais em curso: Ação penal n.º 0072475-55.2013.8.06.0001 (homicídio qualificado) e Ação Penal n.º 0063608-73.2013.8.06.0001 (roubo majorado), além dos Autos de Inquérito n.º. 0072474-70.2013.8.06.0001 e a apuração de ato infracional n.º

Superior Tribunal de Justiça

0769090-24.2014.8.06.0001" (fl. 212), delineamento apto a justificar a não concessão do redutor almejado.

Nessa perspectiva:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS. ACÓRDÃO RECORRIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AÇÃO PENAL EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ERESP N. 1.431.091/SP, TERCEIRA SEÇÃO, DJE 1º/2/2017. [...] PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPROCEDÊNCIA. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 44, I, DO CP.

1. A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem entendido que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (EResp n. 1.431.091/SP, Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 1º/2/2017).

2. Não obstante o agravado não ostentar condenação apta a caracterizar a reincidência, **a constatação de que ele está respondendo a outro processo criminal já é fundamento idôneo e suficiente para obstar a concessão do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.**

[...]

5. Agravo regimental provido, a fim de reconsiderar a decisão agravada, para, com fundamento no art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento." (AgRg no REsp 1.761.672/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019; grifos diversos do original.)

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIAS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de

Superior Tribunal de Justiça

determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

[...]

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça." (EResp 1.431.091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017; grifos diversos do original.)

Dessa forma, com amparo na explanação acima, tem-se por necessária a neutralização do vetor especial estipulado no art. 42 da Lei de Drogas.

Por conseguinte, não remanescendo a negatificação de outras circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, *caput*, do CP, redimensiona-se a pena-base do Apenado para o mínimo legal, de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda e terceira fases, conquanto presente a circunstância atenuante da menoridade relativa, *ex vi* do art. 65, inciso I, do CP, o apenamento alhures se mantém em definitivo, consoante inteligência da Súmula n.º 231/STJ e à minguagem de outras causas de aumento ou de diminuição incidentes.

Por fim, reputa-se devido, nos moldes da Súmula n.º 440/STJ, e em atenção aos fins pedagógicos, preventivos e repressivos ao delito de tráfico, o abrandamento do regime prisional fechado para o semiaberto, haja vista o realinho da sanção corporal do Apenado, primário, em patamar abaixo de 8 (oito) anos, e cuja pena-base ficou determinada no mínimo legal, diante da inexpressiva quantidade de drogas apreendida em seu domínio, face à prevalência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, sobre as demais circunstâncias judiciais ordinárias, consoante interpretação sistemática dos arts. 33, § 2º, alínea *b*, e 3º, e 59, *caput*, ambos do Código Penal.

Em casos análogos:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS AFASTADO. PACIENTE PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. WRIT CONCEDIDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não se justifica a imposição de regime inicial fechado a

Superior Tribunal de Justiça

*paciente primário, condenado à pena reclusiva de 5 anos e 10 meses, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus o paciente ao regime semiaberto, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal, mesmo que tenha sido **apreendida 8,78g de cocaína** e existido participação de adolescente, pois não sopesados na origem.*

[...]

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 465.742/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 22/08/2019; grifos diversos do original.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. **QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA (9,48 GRAMAS DE COCAÍNA)**. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL – CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Sendo a quantidade de drogas apreendidas ínfima (9,48g de cocaína), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a **pena-base fixada no mínimo legal e a pena aplicada superior a 4 e inferior a 8 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso, devendo ser imposto o regime semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea 'b', do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.**

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 390.530/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017; grifos diversos do original.)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER do recurso especial e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e, por conseguinte, redimensionar as sanções impostas, em definitivo, a 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, bem como estabelecer o regime inicial semiaberto, mantendo-se, no mais, as disposições constantes da sentença.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

