

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.504.959 - MS (2019/0143378-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : WALLACE ARAUJO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **WALLACE ARAUJO DA SILVA** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação do art. 59 do Código Penal e do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Assevera que "a quantidade de drogas transportada não configura elemento desfavorável porque se encontra dentro dos padrões normais para o caso de tráfico." (e-STJ, fl. 366)

Alega que "considerando os bons antecedentes e a ausência de qualquer prova questionadora de boa conduta social do réu ou personalidade sã, não há que se manter a pena-base imposta acima do mínimo legal." (e-STJ, fl. 366)

Argumenta que "a gravidade abstrata do delito não pode impor pena mais gravosa, tanto quanto não é apta a fixar regime de cumprimento mais severo." (e-STJ, fl. 366)

Por fim, aduz que o réu faz jus à fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima.

Requer, assim, a redução da pena-base e a aplicação da minorante da Lei de Drogas em seu grau máximo.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 379-395).

O recurso não foi admitido (e-STJ, fls. 397-405).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 446-453).

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

Quanto à suposta violação do art. 59 do Código Penal, o Tribunal de origem consignou:

"Dosimetria da pena

Do crime previsto no art. 33, caput, c.c. o art. 40, 1, da Lei nº 11.343/2006

Na primeira fase, o juízo *a quo* fixou a pena-base privativa de liberdade em 8 (oito) anos de reclusão, acima do mínimo legal, levando em consideração, além dos maus antecedentes do acusado (fls. 54), as circunstâncias e consequências do crime relacionadas à quantidade de droga apreendida (**1.698,200 quilos de maconha**). As demais circunstâncias judiciais (CP, art. 59) foram consideradas normais à espécie.

O MPF requer a majoração da pena-base para, no mínimo, 10 (dez)

Superior Tribunal de Justiça

anos de reclusão.

Observo que os apontamentos indicados na sentença não podem servir como maus antecedentes, ante a orientação da Súmula nº 444 do STJ.

Todavia, assiste razão ao MPF quanto ao montante da pena-base, pois, considerando-se somente a vultosa quantidade e a natureza da droga apreendida com o acusado (mais de uma tonelada e meia de maconha), a exacerbação da pena-base pode ser maior do que aquela fixada na sentença, tudo nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006. Em razão disso, elevo a pena-base para 12 (doze) anos de reclusão e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

O juízo aplicou a atenuante da confissão espontânea na fração de 1/3 (um terço), mas o MPF requer o afastamento dessa atenuante, ou, ao menos, que a fração de redução seja inferior a 1/3 (um terço).

O MPF tem razão quanto à inaplicabilidade dessa atenuante. Com efeito, assim fundamentou o juízo *a quo* o reconhecimento da atenuante:

Na segunda fase da dosimetria, interpretando o art. 67 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça entende que a atenuante da menoridade e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas, via de regra. Igualmente, o réu confessa perante os policiais e tal confissão foi indicada como meio de prova.

Assim, diminuo a pena na razão de 1/3.

Pois bem. Não se trata aqui de confissão, pois, como dito antes, o acusado exerceu o seu direito ao silêncio perante a autoridade policial (fls. 5) e também perante a autoridade judiciária (cf. CD - fls. 140).

Ora, se o acusado exerceu o seu direito ao silêncio, esse silêncio não poderia ser tido por confissão, ainda que o beneficiasse na aplicação da pena.

É o que está expressamente dito no parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal:

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Ademais, nos termos do art. 65, III, "d", do Código Penal, para que a pena seja atenuada, é necessário que o agente tenha "confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime". A que autoridade se refere a lei? Obviamente à autoridade policial ou à autoridade judiciária, mas não ao agente policial que efetua a prisão em flagrante.

Além de tudo isso, é de se observar que a DPU, em suas razões de apelação, nega a autoria do crime. Essa negativa é incompatível com a confissão.

Portanto, não houve confissão, razão pela qual afasto a incidência dessa atenuante, mantendo apenas a circunstância atenuante da menoridade.

Assim, havendo uma circunstâncias atenuante, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), passando para 10 (dez) anos de reclusão e 1.000 (mil) dias-multa.

Na terceira fase, foi correta a aplicação da causa de aumento prevista no inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, relativa à transnacionalidade do delito, haja vista que ficou bem delineado na instrução probatória tratar-se de droga proveniente do exterior.

Superior Tribunal de Justiça

O aumento na fração de 1/6 (um sexto) foi razoável e condizente com a orientação firmada nesta Turma: ACR 0003048-86.2011.4.03.6005, Rel.

Des. Federal Nino Toldo, j. 25.08.2015, e-DJF3 Judicial 1 28.08.2015; ACR 0006410-53.2007.4.03.6000, Rel. Des. Federal José Lunardelli, j. 06.10.2015, e- DJF3 Judicial 1 15.10.2015; ACR 0008341-15.2013.4.03.6119, Rel. Des. Federal Cecilia Mello, j. 06.10.2015, e-DJF3 Judicial 1 14.10.2015.

Assim, a pena passa para 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 1.166 (mil cento e sessenta e seis) dias-multa.

O juízo a quo afastou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois o grau de sofisticação no transporte da droga, com envolvimento de outro parceiro, evidencia que o réu está inserido em organização criminosa voltada ao tráfico de drogas. De fato, o veículo dirigido pelo acusado estava preparado para o transporte da droga e incluía rádio transceptor instalado, o que denota tratar-se de tráfico organizado, o que afasta a incidência da referida minorante.

Desse modo, não havendo outras causas de aumento ou diminuição da pena, fica ela definitivamente fixada em 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 1.166 (mil cento e sessenta e seis) dias-multa. Mantenho o valor do dia-multa fixado na sentença." (e-STJ, fls. 256-258)

Preliminarmente, convém anotar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, **o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.**

Na hipótese, observa-se que a Corte de origem, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a maior reprovabilidade da conduta do réu, evidenciada na expressiva quantidade de droga apreendida (**1.698,200 kg de maconha**), para majorar a pena-base em 7 anos de reclusão.

Tendo sido apresentado elemento idôneo, uma vez que, de fato, é gigantesca a quantia de entorpecente localizado com o réu, não se identifica a alegada violação ao art. 59 do CP, sobretudo quando tal vetor está previsto legalmente como circunstância preponderante, e as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão.

No mesmo sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 33, CAPUT, C.C ART. 40, I, AMBOS DA LEI N. 11.343/06 . DOSIMETRIA. PENA-BASE. SÚMULA 83/STJ. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O aumento operado na primeira fase de dosimetria não se mostra desarrazoado ou excessivo, sobretudo considerando-se a pena mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito constante do

Superior Tribunal de Justiça

art. 33 da Lei 11.343/06, que prevê pena reclusiva de 5 a 15 anos.

2. *omissis*

3. *omissis*

4. *omissis*

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 927.489/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 26/6/2017);

"DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. ATENUANTE DE PENA. CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o quantum ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado, sendo que, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, deve o magistrado, dentro dessa discricionariade juridicamente vinculada, atentar para as singularidades do caso concreto.

2. Tratando-se de delito previsto na Lei Antidrogas, impõe-se ao Juiz considerar, com preponderância sobre as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

3. Na hipótese dos autos, a pena-base foi fixada acima do patamar mínimo legal, com base em elementos concretos do delito, sendo, portanto, idônea a exasperação da reprimenda, mormente em razão da elevada quantidade do entorpecente apreendido (520kg de maconha).

4. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1.041.527/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2017, DJe 7/6/2017).

Em relação à alegada contrariedade do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, melhor sorte não assiste ao recorrente.

A teor 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.

O entendimento desta Corte é de que a mencionada norma tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida (AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017; AgRg no AREsp 1.046.139/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 28/6/2017).

Tem-se decidido também que, na falta de parâmetros legais, a quantidade de droga apreendida, dentre outras circunstâncias do delito, pode servir para a definição do patamar de redução – de um sexto até dois terços – e para impedir a aplicação do referido benefício quando evidenciar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no REsp 1.635.522/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 17/05/2017; AgRg no REsp 1.644.417/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 29/03/2017).

Na hipótese, segundo se verifica, o Tribunal de origem entendeu que as circunstâncias fáticas do autos indicam que o recorrente é habitual no comércio ilícito de drogas, pois o "veículo dirigido pelo acusado estava preparado para o transporte da droga e incluía rádio transceptor instalado." Logo, a alteração dessa conclusão - a fim de fazer incidir a minorante - encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

Confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. SÚMULA N. 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Uma vez que a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 se pautou nas circunstâncias do caso concreto, entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o acusado não se dedicaria a atividades delituosas, demanda revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que é vedada em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. O agravado, além de ser primário e possuidor de bons antecedentes, foi beneficiado com a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a qual visa, justamente, a beneficiar o chamado "traficante ocasional", de modo que não há como afirmar que a substituição da pena não se mostra uma medida socialmente recomendada.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1006890/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AUMENTO PROPORCIONAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTES QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. MODIFICAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. SÚMULA 7/STJ. MAJORANTE DO ART. 40, I, DA LEI N. 11.343/2006. CARACTERIZADA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM A TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. SUFICIÊNCIA. DELITO CONSUMADO. TIPO PENAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[....]

3. A teor 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 criminosas.

4. Na hipótese, a "quantidade de droga e o modus operandi" em

Superior Tribunal de Justiça

que cometido o delito evidenciam a habitualidade delitiva dos recorrentes, que aderiram a grupo criminoso responsável pelo tráfico internacional de drogas, razão pela qual não é possível a aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A revisão desse entendimento demanda o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

[...]

8. Recursos especiais não providos.

(REsp 1.391.929/RJ, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016).

Ademais, impende ressaltar que, segundo a jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal, não configura *bis in idem* a aferição, concomitante, da quantidade de droga para exasperar a pena inicial e para afastar a incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando, neste último caso, tal circunstância evidencia o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes.

Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES (CRACK E MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS - CRACK (1.095 GRAMAS) E 339 GRAMAS DE MACONHA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O RÉU NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade e natureza das drogas, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das circunstâncias da quantidade/diversidade das drogas apreendidas, inviabilizando a concessão do benefício.

2. A utilização concomitante da quantidade e natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura *bis in idem*.

3. Quanto ao regime prisional, a natureza e a expressiva quantidade de drogas - Crack (1.095 gramas) e 339 gramas de maconha - demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.571.728/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe

Superior Tribunal de Justiça

29/11/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. TRAFICÂNCIA HABITUAL. MINORANTE DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A elevada quantidade de entorpecentes constitui elemento idôneo para se aferir a traficância habitual e, consequentemente, afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

2. Na hipótese dos autos, inexistente ilegalidade na dosimetria da pena, tendo em vista o entendimento consolidado neste Sodalício, no sentido de que "não há bis in idem quando a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar a elevação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de seu reconhecimento, por indicar que o agravante fazia do tráfico ilícito de drogas seu meio de vida." (AgRg no REsp 1580686/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017).

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.660.470/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 29/11/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b" do RISTJ, **conheço do agravo para conhecer parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **negar-lhe provimento**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator