

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.603.888 - MA (2019/0312407-0)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

AGRAVANTE : K DE C P C

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

EMENTA

PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO NO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **K. de C. P. C.** contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado (fls. 385-392):

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. SEGUNDA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. SÚMULA Nº 231 DO STJ. INCIDÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º DA LEI ANTIDROGAS). PERCENTUAL MÁXIMO. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. DIAS MULTA. COMPLEMENTAÇÃO DE OFÍCIO.

I. Fixada a pena -base no mínimo legal, não há falar em redução da sanção privativa de liberdade na segunda fase da dosimetria, em atenção ao enunciado da Súmula nº 231 do STJ.

II. A natureza e a quantidade da droga apreendida justificam a inaplicabilidade da redutora constante do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo.

III. De rigor a complementação da sentença, de ofício, tão somente para nela constar quantificação dos dias multas, nos termos do art. 49, § 10 do CP, para fins de aplicação da sanção pecuniária.

IV. Recurso desprovido. Complementação, de ofício, para fixar o valor unitário da sanção pecuniária."

No **recurso especial**, a defesa alegou, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Para tanto, aduziu que a natureza da droga não pode ser justificativa para a aplicação da minorante na fração mínima prevista na lei.

Assevera que devem ser observadas a quantidade e variedade da droga, bem como eventual associação criminosa. Alega que a quantidade de droga apreendida não é expressiva.

Apresentadas as contrarrazões, sobreveio juízo negativo de admissibilidade à consideração de que a análise do acórdão recorrido implicaria em revolvimento de matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ).

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **não conhecimento** do agravo ou, ainda, pelo **desprovemento** do recurso especial (fls. 470-473).

É o relatório.

Decido.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial.**

No que diz respeito ao redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, colhe-se do v. acórdão guerreado (fls. 391-392):

"A bem de ver, na situação em testilha, fora apreendida na residência da apelante a quantidade de 24,873g (vinte e quatro gramas e oitocentos e setenta e três miligramas) de alcaloide cocaína, na forma pasta base, permitindo, assim, a conclusão de que a ré, em razão, da natureza e da quantidade, da droga referida, não faz jus à aplicação da redutora em seu patamar máxima.

Desse modo, é que, ao aplicar a mencionada redutora em seu patamar mínimo de 1/6 (um sexto), o magistrado sentenciante, com acerto, discorre sobre a quantidade de entorpecente apreendido com a apelante, bem como as consequências para o "(...) quadro psiquiátrico e físico dos usuários, para a segurança da comunidade e para o aumento da criminalidade" (cf. f. 227), de sorte que não há falar, na situação em apreço, em inidoneidade de fundamentação no tocante à terceira fase da dosimetria.

Por essa razão, mantenho a reprimenda fixada na sentença combatida em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, impondo-se, contudo, complementação desse dedsum,

de ofício, para nele constar, nos termos do art. 49 do CP7, que o valor unitário da sanção pecuniária deve ser arbitrado à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato."

Cumprе registrar que o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 dispõe que *"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 nem integre organização criminosa"*.

Sobre o tema, importa ressaltar que os requisitos dessa causa de diminuição de pena (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da minorante.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E SUBSTITUIÇÃO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

3. No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da variedade das drogas - 9,5g de cocaína e 9g de maconha -, não deve ser aplicada a redutora no patamar máximo. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais" (HC n.

309.230/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2016).

Na presente hipótese, embora tenha sido aplicado o redutor ao ora agravante devido o preenchimento de todos os requisitos necessários para a sua obtenção, verifica-se que tal benesse foi aplicada em 1/6 (um sexto) com fundamentação baseada apenas na quantidade da droga apreendida. No entanto, considerando as peculiaridades do caso vertente (natureza, diversidade e quantidade não exacerbada da droga - 24,873 gramas de alcaloide cocaína - fl. 391, além de tratar-se de réu primário e não apresentar maus antecedentes), entendo que é possível a majoração da fração redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Nesse sentido:

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação da reprimenda, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. Ainda que o crack tenha um alto poder de lesividade, a inexpressiva quantidade de tóxicos apreendidos, aliados à favorabilidade das outras circunstâncias judiciais, recomenda a aplicação da causa de diminuição em seu grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

3. Agravamento regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1044533/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 05/05/2017)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 COM BASE NA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS. PECULIARIDADES DO CASO. PEQUENA QUANTIDADE DE

ESTUPEFACIENTES APREENDIDA. PRIMARIEDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO LEGAL.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (precedentes) -, ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena.

II - In casu, a quantidade de drogas apreendidas (8 gramas de cocaína e 4 pedras - 1,7 gramas - de crack), por si só, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da fração máxima da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o agravante dedicar-se-ia à atividade do tráfico.

III - Assim, tendo em vista que o agravante é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao agravante, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

*Agravo regimental provido para aplicar o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo a quo examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal." (AgRg no REsp 1635522/ES, **Quinta Turma, de minha relatoria**, DJe 17/05/2017)*

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FRAÇÃO DE 1/2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. NECESSIDADE. PATAMAR MÁXIMO. PLEITO PARA O RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. VALORAÇÃO DA QUANTIDADE E

NATUREZA DA DROGAS NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DE DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. NE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. SÚMULA 267/STJ. APLICAÇÃO. DEFERIMENTO.

1. Não sendo indicado fundamento concreto para justificar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/2, deve ser aplicada a fração máxima.

2. A Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, adotou orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/MG, de 17/2/2016) de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o princípio da presunção de inocência, entendimento reafirmado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em 5/10/2016, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental improvido, determinando-se a execução provisória da pena." (AgRg no AREsp 840.974/GO, **Sexta Turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 02/02/2017)

Sendo assim, imperioso aplicar a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, no patamar máximo legal, devendo a reprimenda do recorrente ser redimensionada para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**.

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, c, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, nos termos da fundamentação retro.

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo

(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator