AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.596.149 - MT (2019/0298052-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE	:	NAOMI RIBEIRO DE MORAES
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PRECEDENTES. SÚMULA 568/STJ. INCIDÊNCIA. PARECER DO MPF FAVORÁVEL. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **NAOMI RIBEIRO DE MORAES** contra decisão que inadmitiu o recurso especial em razão da incidência da **Súmula 83/STJ** (fls. 367/370).

Consta dos autos que a parte agravante foi condenada, como incursa nas sanções do 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, à pena de **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão**, no regime inicial **semiaberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa** (fls. 259-270).

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo defensivo para redimensionar a reprimenda para **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, além do pagamento de **250 (duzentos e cinquenta dias-multa)**, no regime inicial **aberto.** A pena corporal foi substituída por restritivas de direitos. Eis a ementa do Julgado (fls. 323/324):

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – AUSÊNCIA DE LAUDO DEFINITIVO, DROGA APREENDIDA DESTINADA A USO PRÓPRIO E APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – PEIDO DE ABSOLVIÇÃO, DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO OU REDUÇÃO DAS PENAS – AUSÊNCIA DE LAUDO DEFINITIVO*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F411A5F4-66F0-412F-AFFC-70EF01F0DBFF

– PRESCINDIBILIDADE – LAUDO DE CONSTATAÇÃO ELABORADO POR PERITO CRIMINAL OFICIAL – PREMISSA DO STJ – MATERIALIDADE COMPROVADA – DESCLASSIFICAÇÃO – ENVOLVIMENTO DO APELANTE NA TRAFICÂNCIA DEMONSTRADO – NARRATIVAS SEGURAS DOS AGENTES POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELO FLAGRANTE – ASSERTIVA DE QUE OS ENTORPECENTES DESTINADOS SOMENTE AO CONSUMO PESSOAL – INVEROSSÍMIL – CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO ELIDE A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELO TRÁFICO DE DROGAS – FIGURA DO USUÁRIO-TRAFICANTE – ENUNCIADO CRIMINAL 3 DO TJMT – CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA OU MISTO ALTERNATIVO – CONSUMAÇÃO COM A PRÁTICA DE QUALQUER DAS CONDUTAS DESCRITAS NO TIPO PENAL – RESPONSABILIDADE PENAL DO APELANTE MANTIDA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NOCIVIDADE DA DROGA [COCAÍNA] – ÓBICE À INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS) – FIXAÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO EM 1/2 (METADE) – ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TJMT – PREQUESTIONAMENTO – PRECEITOS NORMATIVOS OBSERVADOS E INTEGRADOS À FUNDAMENTAÇÃO – DIRETRIZ DO TJDFT – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE PARA READEQUAR AS PENAS IMPOSTAS A APELANTE.

Se o Laudo de Constatação foi elaborado pelo perito oficial, o qual possui condições técnicas de atestar a natureza e quantidade da droga, este supre a ausência de laudo definitivo (STJ, AgRg no REsp nº 1542110/MG – Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca – 15.3.2019). "A condição de usuário de drogas não elide a responsabilização do agente pelo delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006" (TJMT, Enunciado Criminal 3). O tráfico de drogas constitui crime de ação múltipla ou misto alternativo e, portanto, consuma-se com a prática de qualquer das condutas nele descritas, dentre as quais "trazer consigo" substância entorpecente com destinação mercantil (TJMT, Ap nº 9130/2018). "O acervo probatório é convincente a caracterizar o crime de tráfico de entorpecente, o que torna incabível a absolvição e a desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei n. 11.434/06." (TJMT, Ap nº 156910/2017) A natureza altamente nociva da droga apreendida em poder do apelante [cocaína] obsta a incidência da fração máxima de 2/3 (dois terços). "Sendo o réu primário, de bons antecedentes e não havendo prova concreta de que se dedica à atividade criminosa nem integra organização criminosa, o reconhecimento do tráfico privilegiado é medida impositiva, nos termos do art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006, limitando-o à fração

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F411A5F4-66F0-412F-AFFC-70EF01F0DBFF

> *de 1/2 (metade), diante da natureza do entorpecente apreendido [cocaína], que possui inequívoco poder destrutivo e viciante.' (Ap nº 145946/2016)" (TJMT, Ap 65358/2018) Quando os preceitos normativos são observados e integrados à fundamentação, afigura-se "desnecessário que o julgador esmiúce cada um dos argumentos e dispositivos legais tidos por violados, bastando que esclareça os motivos que o levaram à determinada conclusão" (TJDF, RESE nº 20120510091147)."*

Foi interposto, então, recurso especial (fls. 346/355), com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, o qual não foi admitido em razão da aplicação do verbete acima mencionado e, como consequência, a presente irresignação, onde se sustenta a não incidência do referido óbice.

Nas razões que embasaram o apelo nobre, a Defesa sustentou, em síntese, que o aresto hostilizado violou ao art. 33, §4°, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que se deve ser fixada a redutora no máximo legal, qual seja, 2/3 (dois terços), tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida.

O Ministério Público Federal opinou pelo **provimento** do agravo em recurso especial (fls. 407/410), nos termos da seguinte ementa:

> *"AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL FUNDADO NA ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE.* ***PARECER PELO PROVIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL****."*

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**.

Nas razões recursais, busca a parte insurgente o

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F411A5F4-66F0-412F-AFFC-70EF01F0DBFF

redimensionamento da reprimenda corporal, pela aplicação da causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, no patamar de 2/3 (dois terços).

Para melhor delimitar a presente **quaestio** trago à baila os fundamentos lançados no v. acórdão vergastado, **verbis** (fls. 332/336, grifei):

"DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI DE DROGAS.

No presente caso, pela certidão de antecedente que ora se faz juntar nestes autos, verifica-se que a acusada não possui outra passagem policial por crime idêntico, sendo o fato narrado nestes autos último episódio em que ela estava envolvida em ocorrência policial, do que se conclui que ela não se dedica à atividade criminosa de traficância.

*Aliado a isso, **vê-se que a droga apreendida em poder da acusada não era de grande monta – pouco mais de 3g (três gamas) –, apesar de comprovado que se destinava ao vil comércio**.*

Ante o exposto, sendo primária e preenchendo os demais requisitos, a minorante do tráfico privilegiado mostra-se aplicável, o que será realizado.

Diante do exposto, e tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na denúncia de f. 05-06 para CONDENAR a ré NAOMI RIBEIRO DE MORAES, já qualificada nos autos, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

DA DOSIMETRIA DA PENA.

[...]

A pequena quantidade de droga apreendida, aliado à inexistência de elementos aptos a formação de uma avaliação negativa da personalidade e conduta social da acusada não induz à elevação da pena base.

*Desta feita, **fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**, por entender ser este quantum o suficiente para que a pena atinja sua dupla finalidade.*

*2ª Fase – Atenuantes e Agravantes: **Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes a serem consideradas**, pelo que passo a 3ª fase da aplicação da pena. 3ª Fase – Causas de Aumento e Diminuição: Ausentes causas de aumento no caso em tela. Todavia, **conforme fundamentado alhures, a acusada faz jus ao benefício da redução da pena previsto no artigo 33, § 4º da Lei de drogas.***

*Assim, **a despeito das circunstâncias judiciais lhes serem favoráveis, não há qualquer elemento concreto apto a ensejar a redução em seu patamar máximo, seja pela ausência de colaboração espontânea da acusada e aliado ao fato da droga destinada ao comércio ser de intensidade***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F411A5F4-66F0-412F-AFFC-70EF01F0DBFF

nociva acima do padrão normal, fixo a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. *[...].*

DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. Nos termos do art. 33, §2º, alínea "b", e § 3º, fixo como regime inicial de cumprimento da pena o regime semiaberto."

[...]

Em ***relação ao tráfico privilegiado, mostra-se recomendável a fixação do patamar de diminuição em 1/2 (metade), haja vista que a natureza altamente nociva da droga apreendida em poder da apelante [cocaína] obsta a incidência da fração máxima de 2/3 (dois terços)****, conforme entendimento desta e. Câmara:*

[...]

Logo, ***ausente causas de aumento, totaliza-se a pena definitiva da apelante em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa****, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.*

Sobre o regime, redimensionada a pena [inferior a quatro anos] e considerada as circunstâncias judiciais favoráveis, mostra-se recomendável a ***fixação do inicial aberto*** *(CP, art. 33, § 2º, 'c').*

Igualmente, verifica-se hipótese em que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, ausência de reincidência e circunstâncias judiciais favoráveis. Por efeito, preenchidos os requisitos dispostos no art. 44 do CP, impõe-se ***a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direito****, a critério do Juízo da Execução Penal (LEP, art. 66, V, 'a')."*

Pois bem.

Para a fixação do percentual de redução previsto no artigo 33, § 4°, da Lei n. 11.343/2006, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendidas, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No presente caso, o eg. Tribunal de origem considerou, tão somente, a quantidade de droga apreendida — **3,3 g de cocaína** — para não aplicar a causa especial de diminuição de pena no seu patamar máximo, lançando, portanto, fundamentação inidônea, o que justifica a concessão da benesse em seu patamar máximo.

Dessarte, a pequena quantidade de droga apreendida, aliada à inexistência de circunstância judicial desfavorável, autoriza a incidência da

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F411A5F4-66F0-412F-AFFC-70EF01F0DBFF

redutora do tráfico privilegiado no seu patamar máximo.

Verifica-se, pois, que o acórdão recorrido está em desconformidade com o entendimento consolidado no âmbito desta eg. Corte Superior, no sentido de que "*[...] a quantidade de droga apreendida foi pequena (17,81g de maconha), o que justifica a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3), conforme o entendimento de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça que julgam matéria penal. Precedente*" (HC 493263/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 20/5/2019, grifei).

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO PROCESSO. PROVAS ILÍCITAS. APREENSÃO DE CELULAR. ILEGALIDADE. DILIGÊNCIA POLICIAL EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. [...] DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO. REQUISITOS ATENDIDOS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 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 a atividades criminosas e não integre organização criminosa.*
>
> *2. Neste caso,* ***a eg. Corte de origem deixou de aplicar o benefício em seu patamar máximo sem fundamentar adequadamente a fração escolhida, sendo certo 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)****.*
>
> *3. Considerando-se o quantum final de pena aplicado, além da favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se viável no caso concreto o estabelecimento do regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F411A5F4-66F0-412F-AFFC-70EF01F0DBFF

> *4. Da mesma forma, preenchendo o paciente os pressupostos objetivos elencados no art. 44 do Código Penal e por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime em que findou condenado, sendo ainda socialmente recomendável, diante das especificidades já apontadas, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução criminal.*
>
> *5. Agravo regimental parcialmente provido."* (AgRg no AREsp 1235415/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, QDJe 17/08/2018, grifei).

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE FIXADA NO PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. 27,40G DE COCAÍNA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.*
>
> *1. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas (AgRg no HC 272.773/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/6/2016, DJe 21/6/2016).*
>
> *[...]*
>
> *3. No caso, a quantidade do entorpecente apreendido - 27,40g (vinte e sete gramas e quarenta centigramas) de cocaína - não é expressiva a ponto de justificar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em fração diversa da máxima, nem a imposição do regime mais gravoso.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido* (AgRg no AREsp 1013327/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe 14/11/2017).

Assim, pelas razões acima expostas, merece reforma o acórdão impugnado no tópico, uma vez que a quantidade da droga apreendida não se mostra relevante, motivo pelo qual **inadmissível a aplicação da redutora em patamar inferior a 2/3 (dois terços).**

Conforme consignado pelo d. representante do **Parquet** Federal,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F411A5F4-66F0-412F-AFFC-70EF01F0DBFF

em seu parecer: "*[...] a não fixação da fração máxima de 2/3 foi desarrazoada, vez que se trata de ré primária, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a quantidade de cocaína apreendida é tão pequena que não configurada a 'alta nocividade' apontada no acórdão recorrido*" (fl. 409).

Portanto, 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.*"

Considerando a fundamentação exposta, imperioso se **revisar a dosimetria** da pena.

Na **primeira fase**, mantém-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, **5 (cinco) anos de reclusão**, e 500 (quinhentos) dias-multa (fl. 327).

Na **segunda fase**, não foram reconhecidas atenuantes ou agravantes, pelo que fica a pena mantida no referido patamar.

Na **terceira fase**, aplico a causa especial de diminuição de pena inserta no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, qual seja, em 2/3 (dois terços), motivo pelo qual torno definitiva a pena em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, mantido o regime inicial **aberto**, mais **166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**. De igual modo, mantém-se a **s**ubstituição da pena corporal por penas **restritivas de direitos**, operada pelas instâncias ordinárias (fl. 330).

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, **c**, do Regimento Interno do STJ, acolho o parecer do Ministério Público Federal para **conhecer do agravo** e **dar provimento ao recurso especial**, nos ternos da fundamentação supra.

P. e I.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F411A5F4-66F0-412F-AFFC-70EF01F0DBFF

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F411A5F4-66F0-412F-AFFC-70EF01F0DBFF