RECURSO ESPECIAL Nº 1.842.153 - RS (2019/0300702-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	WILSON GARDINO DOS SANTOS HENNIKA
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA INFERIOR A 8 (OITO) E SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/2006. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado daquele Estado, assim ementado (fl. 410):

> *"APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.*
>
> *Patrulhamento de rotina. Abordagem ao réu e apreensão da mochila contendo **7 tijolos e 1 bucha de maconha (2,7kg)**.*
>
> ***Tráfico de drogas.** Posse demonstrada. Depoimentos uníssonos dos policiais militares. Réu permaneceu em silêncio. Tipicidade igualmente demonstrada. Quantidade relevante. Diálogos obtidos em quebra de sigilo telefônico indicativos de traficância. Condenação mantida.*
>
> ***Associação para o tráfico.** Ausência de prova do vínculo estável e permanente para fins de tráfico. Absolvição.*

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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3

> ***Penas.*** *Redimensionamento da pena-base. Afastamento da majorante do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas. Aplicação da minorante do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, em 2/3.*
>
> ***Extinção da punibilidade pela prescrição,*** *considerando a pena em concreto.*
>
> *RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO"*

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** sustenta a violação dos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei nº 11.343/2006, ao argumento de que *"ao aplicar a minorante do tráfico privilegiado ao caso dos autos, a Câmera julgadora contrariou o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, porquanto as premissas fática admitidas pelo próprio acórdão guerreado (apreensão de **2,7 quilos de maconha**) evidenciam tratar-se o acusado de indivíduo que se dedica à traficância como meio de vida"* (fl. 432).

Afirma ainda que, *"consoante expressamente reconhecido no aresto objurgado, a "droga apreendida, em que pese a única natureza, é de monta expressiva - **2,7 quilos de maconha**". Ora, tal aspecto - significativa quantidade de droga apreendida - constitui, por si só, ao contrário do afirmado no acórdão, elemento idôneo para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, justamente em face da interpretação conjugada daquele dispositivo com o art. 42 da Lei Antidrogas, consoante posição há muito firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca do alcance da norma neles contida"* (fl. 434).

Pretende, ao final, o afastamento da minorante e restabelecida a pena imposta na sentença condenatória.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 447-445), o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 474-483).

É o relatório.

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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3

Decido.

Consta dos autos que o recorrido **Wilson** foi condenado, em primeiro grau, à pena de **9 (nove) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, em regime **fechado**, além de 1322 (mil, trezentos e vinte e dois) dias-multa, pelos delitos previstos nos arts. 33, **caput**, c/c art. 40, inc. III , e 35, todos da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo da defesa, para afastar a condenação pelo delito de associação ao tráfico de drogas, bem como a causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei de Drogas e, por fim, aplicar a minorante do tráfico privilegiado e redimensionar a pena para **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, em regime **aberto**, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, reconhecendo, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva estatal declarando extinta a punibilidade.

A questão a ser analisada cinge-se a aplicação da minorante do tráfico privilegiado no presente caso. Aduz o **Parquet** que *"ao aplicar a minorante do tráfico privilegiado ao caso dos autos, a Câmera julgadora contrariou o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, porquanto as premissas fática admitidas pelo próprio acórdão guerreado (apreensão de **2,7 quilos de maconha**) evidenciam tratar-se o acusado de indivíduo que se dedica à traficância como meio de vida"* (fl. 432).

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 419-421):

*"**IV – Penas***

Há irresignação defensiva em relação às penas, as quais foram fixadas no patamar de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, para o crime de tráfico de drogas.

A pena merece reparos na primeira fase, com o afastamento da valoração negativa das consequências. A fundamentação da Juíza de origem baseou-se em fatores que já integram o tipo penal e a própria criminalização da conduta, como a danosidade à saúde pública e à ordem social. Tais fundamentos não são idôneos à exasperação da pena.

Quanto a exasperação da pena-base pelas circunstâncias, entendo que merece ser mantida, tendo em vista a quantidade relevante de

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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3

entorpecente apreendido (2,6 quilos de maconha).

Assim, mantenho a exasperação da pena-base no patamar de 6 meses, em observância aos parâmetros utilizados por esta Câmara. Fixo a pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, presente a atenuante da menoridade (o réu tinha 19 anos ao tempo do fato), reduzo a pena ao patamar de 5 anos de reclusão.

Na terceira fase da dosimetria, impositivo o afastamento da majorante do artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, uma vez que não restou demonstrado vínculo da conduta do acusado com a escola referida, tampouco que o réu se utilizava do estabelecimento para a prática de tráfico de drogas. Conforme mapa juntado aos autos (fl. 05), a aludida escola fica situada a uma distância de 900 metros do local onde ocorreu a apreensão.

Ainda na terceira fase, a magistrada deixou de aplicar a minorante do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, pois "evidenciado o envolvimento dos réus em tráfico organizado e de grande porte" (fl. 249v).

No entanto, consigno que não há, nos autos, elementos investigativos que indiquem o envolvimento reiterado do acusado em atos de traficância (a abordagem ocorreu em contexto de patrulhamento de rotina). Não há, nesse contexto, indicativos de que o réu "se dedicava às atividades criminosas", o que obstaria a incidência da minorante do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas.

Decerto, a "dedicação às atividades criminosas" não pode ser extraída somente a partir da quantidade de droga apreendida. É o entendimento já adotado neste Tribunal (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70072155393, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 10/02/2017) e nas Cortes Superiores (RHC 138715, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/05/2017 e HC 489.043-SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. em 28/02/2019).

Some-se a isso o fato de o réu ser absolutamente primário e não ostentar maus antecedentes, conforme se extrai de certidão atualizada no sistema Themis.

Assim, o réu preenche aos requisitos da minorante do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas. Entendo adequada a aplicação da minorante em 2/3, considerando que a quantidade de droga já foi fundamento para a exasperação da pena-base.

Desse modo, a pena vai redimensionada ao patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias multa"

Da análise do excerto colacionado, verifico que a Corte de origem invocou fundamentos para a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas que vão de encontro ao entendimento deste Tribunal, senão vejamos.

Com efeito, esta Corte vem decidindo que a expressiva

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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3

quantidade de droga apreendida, **aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto**, ora pode impedir a incidência do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa -, 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.

Com efeito, o art. 42 da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a **natureza e a quantidade da substância** ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

Na hipótese, tenho que a grande quantidade de droga apreendida com o recorrido - **2,7 kg de maconha** (fl. 410) - revela-se apta a evidenciar que ele dedicar-se-ia à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, **máxime** diante de comprovados diálogos obtidos por meio de interceptações telefônicas obtidas com autorização judicial que reforçam ainda mais a dedicação do recorrido a atividades delitivas concernentes ao comércio espúrio, conforme reconhecido pelo acórdão recorrido às fls. 416-417.

Colaciono precedentes desta Corte que corroboram a tese ora aventada, **verbis**:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REEXAME DE PROVAS. QUANTIDADE DA DROGA. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a significativa quantidade de droga, circunstância do delito que pressupõe a dedicação à*

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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3

atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Fixada a pena em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, "o regime fechado (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante" (HC 361.407/SP, desta relatoria, QUINTA TURMA, DJe de 2.9.2016).

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1672617/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 20/10/2017)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. BIS IN IDEM. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

3. O Supremo Tribunal Federal firmou a compreensão de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da reprimenda, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa, sob pena de incorrer-se no inadmissível bis in idem.

4. Mostra-se perfeitamente possível ao julgador que, ao julgar recurso interposto pelo Ministério Público, possa, em estrita observância ao princípio da razoabilidade (que norteia a atividade discricionária do juiz na fixação da pena), reavaliar a pertinência de determinada circunstância que, a exemplo do que ocorre com a quantidade de drogas apreendidas, seja compatível tanto com a primeira fase quanto com as demais.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp

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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3

1390118/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe 30/5/2017)

Necessário, portanto, afastar a causa de diminuição de pena, ficando a pena definitiva do recorrido redimensionada em **5 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa, conforme fixado pelo acórdão recorrido (fl. 420)**.

Passo ao exame da fixação do **regime**.

A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes - crime equiparado a hediondo - deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, § 2º e 3º do Código Penal. Ou seja, será definido de acordo com o **quantum** da pena aplicada e em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

Contudo, é necessário fazer uma observação. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente*".

In casu, fixada a **pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, a pena definitiva ficou em **5 anos de reclusão, em face da aplicação da atenuante da menoridade relativa na segunda etapa dosimétrica**. Desse modo, necessária a fixação do regime **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar de ser o recorrido primário, pela **existência de circunstância judicial negativa**, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, considerando a grande quantidade do entorpecente apreendido.

Quanto ao tema, confiram-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA INFERIOR A 8 (OITO) E SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE*

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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3

RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É incabível o pedido de sustentação oral, bem como o de inclusão do processo em pauta para intimação das partes, no julgamento de agravo regimental na esfera penal, pois, nos termos dos arts. 159, inciso IV, e 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o agravo regimental em matéria penal deve ser trazido para julgamento em mesa.

2. Considerando a pena imposta - 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão - e a existência de circunstância judicial negativa - quantidade (4,95 kg) e natureza da droga (cocaína) -, cabível a fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Agravo desprovido."(AgRg no HC 518.285/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 28/11/2019, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. WRIT IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ATINGIDA PELA PERÍODO DEPURADOR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.

5. No caso em análise, com base na forma como era realizado o transporte e na grande quantidade de droga apreendida, o Tribunal de origem concluiu que os pacientes dedicam-se à atividade criminosa.

6. "Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração

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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3

em organização criminosa" (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe de 21/08/2018).

7. Com relação ao pleito de abrandamento do regime prisional, não se verifica a ilegalidade arguida, pois, consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixada a reprimenda em patamar superior superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se adequado o estabelecimento do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, c/c o § 3º, do Código Penal.

8. Agravo regimental desprovido."(AgRg no HC 515.615/MS, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe 25/10/2019)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos, não há ilegalidade na definição do regime inicial fechado para o cumprimento da sanção reclusiva, diante da análise desfavorável das circunstâncias judiciais (natureza e quantidade do entorpecente apreendido), como posto no acórdão impugnado, nos exatos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido."(AgRg no HC 524.292/RS, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 12/9/2019)

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 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. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial para redimensionar a pena, nos termos da fundamentação retro.

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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3

P. e I.

Brasília, 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: 8ABAF6D2-07C5-4D84-B4F9-3AB794A408A3