RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.151 - RJ (2019/0002879-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO	:	LUCAS ALEXANDRE RODRIGUES GONCALVES
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PLEITO DE AFASTAMENTO DO REDUTOR. AÇÃO PENAL EM CURSO PELA PRÁTICA DE TRÁFICO. FUNDAMENTO HÁBIL À DEMONSTRAÇÃO DA DEDICAÇÃO DO AGENTE À PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa na Apelação Criminal n.º 0002469-88.2017.8.19.0011.

Segundo os autos, o Juízo de primeiro grau condenou o Recorrido às penas de 6 (seis) anos, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, pela prática de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006) em concurso material com posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n.º 10.826/2003).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para conceder ao Recorrido a redutora prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006; para fixar o regime inicial de pena aberto; e para substituir a pena reclusiva por duas penas restritivas de direitos (fl. 407).

Segundo a Acusação, nas razões do recurso especial, apesar do Relator do *decisum* afirmar "*que caberia ao Ministério Público provar a existência de uma investigação anterior contra o réu, que indicasse a sua dedicação a atividade criminosa*" (fl. 471), "*a própria magistrada consignou na sentença que o réu respondia, perante aquele Juízo, a outra ação penal pelo mesmo delito de tráfico de entorpecentes*" (fl.

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: E233DAC8-DEB8-45E7-A8B3-FB239D1B8F77

471).

Ao final, nesse contexto, pede a reforma do acórdão recorrido para cassar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas com o redimensionamento dos demais benefícios (fl. 471).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 477-534).

O recurso especial foi admitido (fls. 536-538).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da impugnação especial (fls. 553-558).

É o relatório.

Decido.

O recurso especial comporta conhecimento e provimento.

Na hipótese em apreço, o Juízo sentenciante individualizou a pena nos seguintes termos (326-327; sem grifos no original):

> *"DA DOSIMETRIA*
>
> *Conforme disposição do art. 5°; XLVI, da Constituição da República, seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo à individualização e fixação da pena a ser imposta ao condenado Lucas (sic).*
>
> *PENA BASE*
>
> *Atento ao que dispõe o art. 59 do Código Penal, passo à fixação da pena base.*
>
> *Quanto à culpabilidade do réu, expressada pela reprovabilidade de sua conduta, tenho por considerar como neutra esta circunstância, eis que as condutas, em ambos os crimes, não ultrapassam aquelas descritas no tipo penal.*
>
> *Quanto aos antecedentes, esclareço que somente podem ser consideradas as condenações definitivas e que não impliquem em reincidência, a teor do que determina a Súmula n° 444 do Superior Tribunal de Justiça. Inexistem anotações em desfavor do réu que possam ser consideradas para elevação da pena base.*
>
> *Quinto à conduta social do réu, se revela ser circunstância neutra, eis que no que diz respeito aos papéis que desempenha na comunidade que integra, não há nos autos elemento que permita aferir as reais condições devida pregressa do Condenado, pelo que deve ser presumida como boa.*
>
> *A personalidade do agente, por sua vez, não poderá ser valorada de forma negativa, nos termos, da jurisprudência abaixo:*
>
> > 'Deve ser igualmente afastada a valoração negativa do vetor personalidade, pois, conforme o entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, 'a falta 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: E233DAC8-DEB8-45E7-A8B3-FB239D1B8F77

elementos concretos a provocar uma negativa valoração da personalidade do paciente é causa de flagrante ilegalidade, permissiva de modificação da pena cominada, de modo a afastar o fundamento inidôneo e, proporcionalmente, aplicar os demais, diminuindo à reprimenda estabelecida' *(AgRg no HC 380.576/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 4/4/2017).*

A motivação não revela maior reprovabilidade, nos dois crimes, do que aquelas que já se fazem presentes, na figura delituosa, sendo circunstância neutra.

No que concene às circunstâncias dos crimes, tenho por considerá-las inerentes aos tipos, sendo circunstância neutra.

Quanto às consequências do crime, são, igualmente, inerentes ao tipo penal de tráfico e ao crime de posse irregular de arma, portanto, circunstância neutra.

Quanto ao comportamento da vítima, trata-se de dois crimes vagos, e, ainda que não fosse, esta não pode ser utilizada em desfavor do réu, como já firmado pelos tribunais superiores, sendo necessariamente neutra.

Assim, ***a pena base há de ser fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, para o crime do art. 33,*** **caput** ***da lei 11.343/06. Fixo a pena base em 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias multa para o crime do art. 12 da lei 10.826/03****.*

PENA INTERMEDIÁRIA

Inexistem circunstâncias agravantes *a serem consideradas em desfavor do réu.*

Apesar de reconhecer presentes duas circunstâncias atenuantes em favor do réu, a da menoridade relativa, pois contava com 20 (vinte) anos de idade na data do flagrante, e da confissão espontânea para o crime do art. 12 da lei 10.826/03, não há como reduzir a pena para os delitos. ***Ambas as penas foram fixadas em patamar mínimo nos dois delitos, não cabendo redução para patamar inferior****. A súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça corrobora este entendimento:* 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'.

Sendo assim, deve ser mantida a pena fixada na primeira fase, de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, para o crime do art 33, caput*, da lei 11.343/06, e de 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa para o crime do art. 12 da lei 10.826/2003.* (sic)

PENA DEFINITIVA

Não há causas de aumento nem de diminuição de pena a serem aplicadas ao caso concreto.

Cabe consignar que ***pelo fato do réu estar respondendo por processo de igual natureza perante esta mesma Vara Criminal afasta a possibilidade de aplicação da redução prevista no § 4º do art. 33 da lei 11.343/06. Ainda que este processo não seja capaz de aumentar a pena base, por não configurar maus antecedentes, este indica a dedicação a esta atividade criminosa por parte do réu, não estando preenchidos os***

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: E233DAC8-DEB8-45E7-A8B3-FB239D1B8F77

> ***requisitos para redução da pena***.
>
> *Assim, tudo sopesado, fixo a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, para o crime do art. 33,* caput, *da lei 11.343/06. Fixo a pena definitiva em 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias multa, para o crime do art. 12 da lei 10.826/03.*
>
> *Fixo o valor do dia multa em 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos.*
>
> *DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES*
>
> *Os delitos pelos quais o réu foi condenado foram cometidos em concurso material, nos termos do art. 60 do Código Penal, uma vez que a posse da arma não estava atrelada a prática da conduta de tráfico de drogas. O réu possuía a arma em sua residência de forma autônoma e destacada da prática do crime de tráfico.*
>
> *Diante do exposto as penas devem ser somadas, pelo que temos um* ***total de 6 (seis) anos e 510 (quinhentos e dez) dias multa****.*
>
> *Considerando o* quantum *da pena, e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu na primeira fase da dosimetria,* ***fixo o REGIME SEMIABERTO*** *como regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º,* 'b' *do Código Penal.*
>
> *Diante da pena aplicada, o réu* ***não preenche os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, conforme art. 44, I do Código Penal****.*
>
> *Incabível a suspensão condicional da pena em razão da pena aplicada, nos termos do art. 77 do Código Penal.*"

O Tribunal *a quo*, ao reformar parcialmente a sentença para reconhecer a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas e consectários, lançou a seguinte fundamentação (fl. 416; sem grifos no original):

> "*Na 3ª fase, a magistrada não reconheceu a causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, sob o argumento de que o réu estaria respondendo a outro processo de igual natureza perante a mesma Vara Criminal.* ***Todavia, não cabe ao magistrado inferir que o agente é dedicado às atividades criminosas por estar ele respondendo a processo diverso por tráfico, sem qualquer condenação****, ressalte-se, e sim à acusação provar tal alegação, o que não se vê nos presentes autos. E, ademais, o réu foi absolvido pelo crime de associação para o tráfico de drogas pela própria sentenciante.*"

Contudo, segundo entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, e em observância ao postulado da vedação à proteção estatal deficiente, **afigura-se possível a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso, ainda que predicadas com condenações sem trânsito em julgado, como fundamento hábil a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas** e, por

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: E233DAC8-DEB8-45E7-A8B3-FB239D1B8F77

conseguinte, afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado de minha relatoria:

> "[...]
> *3. Segundo entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, e em observância ao postulado da vedação à proteção estatal deficiente, afigura-se possível a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso, ainda que predicadas com 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 primado da presunção de não culpabilidade.*
> *4. Na espécie, embora o Condenado seja tecnicamente primário e sem antecedentes, sua habitualidade com atividades criminosas ficou evidenciada pelo fato de já ter sido condenado em outras 3 (três) ações movidas contra ele por tráfico internacional de drogas, sempre mediante a remessa postal ao exterior, delineamento apto a justificar a não concessão do redutor vindicado.*
> [...]
> *6. Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no AREsp 1.434.296/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 03/09/2019.)

E mais: AgRg no HC 530.329/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2019 (DJe 18/10/2019); AgInt no HC 466.836/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019 (DJe 29/08/2019).

Desse modo, aplica-se, quanto ao tema do recurso, o disposto no Enunciado n.º 568 desta Corte, do seguinte teor: "*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, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso especial para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 e **restabelecer a sentença** proferida no Processo n.º 0002469-88.2017.8.19.0011, da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Cabo Frio/RJ.

Publique-se. Intimem-se.

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: E233DAC8-DEB8-45E7-A8B3-FB239D1B8F77

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

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: E233DAC8-DEB8-45E7-A8B3-FB239D1B8F77