SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1608951 - SP (2019/0320730-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE	:	MAURICIO DONIZETE BERNI
ADVOGADO	:	JOÃO MÁRIO DE CAMPOS PAES - SP259156
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	:	GUSTAVO HENRIQUE DA SILVA
CORRÉU	:	MARCOS AURELIO FERREIRA DOS SANTOS
CORRÉU	:	LEANDRO RIBEIRO MATOS PESSOA
CORRÉU	:	WELLINGTON FERNANDES DA SILVA

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. REVISÃO CRIMINAL. DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N.º 7/STJ. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO NO MÁXIMO PREVISTO NO PRECEITO SECUNDÁRIO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS, **4,042KG (QUATRO QUILOS E QUARENTA E DOIS DECIGRAMAS) DE COCAÍNA E DE 51,413KG (CINQUENTA E UM QUILOS E QUATROCENTOS E TREZE GRAMAS) DE MACONHA.** FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUMENTO DESPROPORCIONAL. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por MAURICIO DONIZETE BERNI contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial fundamentado no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal (Revisão Criminal n.º 0056881-07.2017.8.26.0000).

Consta nos autos que o Agravante, e outros quatro comparsas, foi condenado, como incurso no art. 35 da Lei de Drogas, às penas de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, além de 1.088 (mil e oitenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo legal; e à sanção de 17 (dezessete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 1.750 (mil setecentos e cinquenta) dias-multa, pelo crime de tráfico interestadual de drogas, caracterizado pela apreensão de, aproximadamente, **4,042kg (quatro quilos e quarenta e dois decigramas) de cocaína e de 51,413kg (cinquenta e um quilos e quatrocentos e treze gramas) de maconha** (fl. 40).

Acerca dos fatos delitivos, eis o contido na inicial acusatória (fls. 41-44):

"*Conforme narra o inquérito policial, a Polícia Federal investigava pessoas*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25001988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Laurita Vaz Assinado em: 01/04/2020 18:33:53
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 1e6d9315-38d5-4c1a-b9c2-3b074d9068ab

envolvidas com o tráfico de drogas na região, quando descobriu que uma negociação de entorpecentes ocorreria na cidade de Mogi Guaçu, envolvendo o denunciado MAURÍCIO, que realizaria a venda de drogas em sua loja do automóveis, usada como fachada para o comércio espúrio.

Diante dessa informação, policiais federais passaram a realizar vigilância nas imediações da loja (campana), com o objetivo de identificar todos os envolvidos na negociação, bem como a realização da eventual prisão em flagrante delito dos infratores.

De fato, enquanto permaneciam na vigilância, os policiais visualizaram a chegada de dois veículos da marca Fiat, cor prata, modelo Pálio, sendo um com placas de Minas Gerais e o outro com placas da Bahia (17). Três pessoas ocupavam esses veículos, e posteriormente foram identificados como LEANDRO, MARCO AURÉLIO e WELLINGTON, sendo que todos adentraram na loja de MAURÍCIO.

Os policiais viram quando GUSTAVO, funcionário de MAURÍCIO, ambos já conhecidos em razão das investigações da loja em companhia de LEANDRO, embarcando em um dos veículos FIAT, dirigindo-se até o condomínio Jacarandá, localizado nas proximidades.

No referido condomínio, os policiais avistaram GUSTAVO entregando para LEANDRO vários tabletes de substância aparentando ser entorpecente. Diante disso, os policiais realizaram a abordagem da dupla e constataram que, de fato, aquela substância era mesmo entorpecente, consistente em mais de cinquenta tabletes de maconha, além de um pouco de pasta-base de cocaína.

Em continuidade das diligências, os policiais federais adentraram a residência que era usada por GUSTAVO naquele condomínio, e no seu interior localizaram mais uma porção de cocaína, bem como o revólver calibre 32 e as munições.

Concomitantemente, policiais militares que foram acionados para apoiarem os policiais federais, adentraram na loja de automóveis onde encontraram MAURÍCIO, que estava em companhia de MARCO AURÉLIO e WELLINGTON, todos aguardando o retorno de GUSTAVO e LEANDRO.

Em revista no local, os policiais militares encontraram em uma sacola, a quantia de R$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais), que posteriormente confirmou-se que se destinava ao pagamento da droga (fl. 14). Ainda em revista no interior da loja, foi localizada mais uma quantia em dinheiro, totalizando R$ 74.310,00 (setenta e quatro mil, trezentos e dez reais) (fl. 83).

Utilizando um cão farejador, os policiais militares também encontraram dentro do veículo marca Land Rover, modelo Freelander, placas DZV 0008, de propriedade de MAURÍCIO, mais uma pequena porção de maconha e as 30 (trinta) munições calibre .40 (ponto quarenta).

Apurou-se que os acusados LEANDRO, MARCO AURÉLIO e WELLINGTON vieram da cidade de Ubá/MG, para comprar a droga de MAURÍCIO e GUSTAVO, e para lá retornariam com o entorpecente."

Em revisão criminal, o Tribunal de origem manteve a condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas e a individualização das penas do crime de tráfico de drogas da forma como realizada pelo Juízo da condenação, nos termos desta ementa (fl. 265):

"*REVISÃO CRIMINAL Tráfico de drogas e associação para o tráfico ALEGAÇÃO DE QUE A CONDENAÇÃO FOI CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS E AO TEXTO EXPRESSO DA LEI PENAL Inocorrência Requerente que busca mera reapreciação de teses anteriormente apreciadas e rejeitadas Em sede de revisão, descabe reformar a pena aplicada segundo critérios normais e de discrição do juiz, mas somente em casos de erro na imposição da sanção Pedido de extensão dos efeitos da decisão emanada do Colendo STJ que deve ser formulado perante aquela Corte Superior Revisão indeferida.*"

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25001988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Laurita Vaz Assinado em: 01/04/2020 18:33:53
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 1e6d9315-38d5-4c1a-b9c2-3b074d9068ab

Os embargos de declaração de defesa foram rejeitados (e-STJ fls. 286-291).

Nas razões do recurso especial, a Defesa aponta ofensa aos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal; aos arts. 35, caput, e 42, ambos da Lei de Drogas e aos arts. 5.º, caput, e inciso XLVI; e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal.

Aduz, em relação à individualização das sanções do tráfico de drogas, que a elevação da pena-base no patamar máximo do preceito secundário mostra-se desproporcional e carente de fundamentação idônea, pugnando, assim, pelo redimensionamento dela.

Pleiteia a absolvição do Recorrente do delito de associação para o tráfico de drogas porque "[n]*ão há prova suficiente no processo da existência de uma verdadeira associação permanente e duradoura entre o recorrente MAURÍCIO e o corréu GUSTAVO voltada à prática do tráfico ilícito de drogas, não há comprovação de que o bem jurídico tutelado pela norma — a paz pública — tenha sido efetivamente atingido pela conduta dos agentes. A prova produzida pela acusação cinge-se à prática do crime naquele local e momento, não restando demonstrado que se tratava de atividade estável e permanente por parte dos acusados.*" (fl. 327).

O recurso especial não foi admitido pelo Tribunal a quo (fls. 340-341).

Interposto o agravo em recurso especial (fls. 343-354), o Ministério Público estadual apresentou contrarrazões (fls. 357-364).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso especial (fls. 382-387).

É o relatório.

Decido.

O agravo é tempestivo e impugnou os fundamentos da decisão agravada, razão pela qual passo à análise do recurso especial.

Assiste parcial razão ao Recorrente.

A condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas foi mantida intacta pela Corte de origem, por ocasião do julgamento da revisão criminal, nestes termos (fls. 269-270):

> *"Com efeito, o acórdão bem afastou o pedido absolutório em relação ao delito de associação para o tráfico, nos seguintes termos:*
>
> 'Também restou caracterizado o crime do art. 35 da Lei n. 11.343/06 em relação aos réus Maurício e Gustavo, por ter ficado evidente a associação entre eles para o atingimento da finalidade criminosa.
>
> De acordo com os relatos policiais, corroborados pelas transcrições das escutas telefônicas autorizadas judicialmente, esses réus faziam parte de uma organização, com clara divisão de tarefas, em que a loja do réu Maurício era utilizada como fachada para a prática do crime de tráfico de drogas em larga escala.
>
> Com efeito, em local onde, anteriormente, o agente federal Kevin afirmou ter notado uma movimentação de pessoas que não correspondia à de um comércio de veículos, foram apreendidas significativas quantias de drogas e dinheiro.
>
> Enquanto o réu Maurício tinha a função de atender as pessoas, o réu Gustavo ficava do lado de fora, observando a eventual aproximação de

policiais. Ainda, sob a ordem do réu Maurício, o réu Gustavo foi designado para acompanhar o corréu Leandro até a casa onde estava guardada a droga, efetuando a ele a entrega.

Como se vê, o liame subjetivo entre os réus para o comércio ilícito de entorpecentes ficou evidente nos autos e, mais, que se tratava de uma associação estruturada, destinada à prática reiterada do crime. Destarte, prevalecem os delitos autônomos, como alinhado na denúncia e r. sentença.' (fls. 1.214/1.215 dos autos originários)."

Verifica-se das transcrições que a Corte local concluiu pela caracterização do delito de associação para o tráfico de drogas com lastro em relatos de policiais, corroborados por escutas telefônicas, por meio dos quais descortinou-se a existência de uma associação bem estruturada, com divisão explícita de tarefas entre os agentes, havendo entre eles patente liame subjetivo para práticas delitivas.

Diante desse quadro, para decidir em sentido contrário, seria necessário o reexame de fatos e provas, providência terminantemente vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006). PLEITO ABSOLUTÓRIO SOB O ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE ANIMUS *ASSOCIATIVO. ENUNCIADO N.º 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

2. Na hipótese vertente, em que o Tribunal a quo concluiu estarem presentes todos os elementos típicos do crime de associação para o tráfico, inclusive o animus *associativo estável e permanente, consignando que os Agravantes atuavam como batedores do transporte de grande quantidade de drogas (220kg de maconha), não é possível elidir a análise probatória das instâncias antecedentes, com o fim absolutório, pois a revisão das premissas fáticas implicaria reexame probatório, o que não é possível nesta via recursal, conforme se extrai do Enunciado n.º 7 desta Corte.*

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AgRg no AREsp 1580165/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 10/12/2019)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STJ. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO PARA 1/6. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Quanto à condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, inafastável a incidência da Súmula n. 7 desta Corte. Com efeito, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, no sentido de reconhecer que não há provas nos autos da estabilidade e permanência entres os acusados, inevitável o reexame do conjunto probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

[...]

3. Agravo regimental parcialmente provido, para reduzir a pena na segunda etapa em 1/6, pela incidência da atenuante da confissão espontânea." (AgRg no REsp 1741133/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA,

julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019)

No mais, com o propósito de estabelecer uma distinção jurídica entre os diferentes graus de gravidade concreta que um mesmo crime abstratamente previsto pode implicar, a análise da proporcionalidade da valoração da primeira etapa da dosimetria da pena deve guardar correlação com o número total de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal reconhecidas como desfavoráveis ao réu, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais a gravidade do delito justifique exasperação diferenciada em uma ou outra circunstância judicial particular.

Assim, embora não haja vinculação a critérios puramente matemáticos – como, por exemplo, os de 1/8 (um oitavo) ou 1/6 (um sexto) por vezes sugeridos pela doutrina –, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (*accountability*) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um juízo de coerência entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos parecidos.

No caso, o juízo da condenação sopesou negativamente as consideráveis quantidades de drogas, – **4,042kg (quatro quilos e quarenta e dois decigramas) de cocaína e de 51,413kg (cinquenta e um quilos e quatrocentos e treze gramas) de maconha** ,– e elevou a pena-base no limite máximo do preceito secundário, nestes termos (fls. 152-154; sem grifos no original):

> "*Do acusado Maurício Donizete Berni*
>
> ***Quanto ao crime de tráfico de drogas**, em primeira fase, verifica-se que houve a apreensão de **grande quantidade de maconha e também de quantidade significativa de cocaína, totalizando 55 quilogramas de drogas**, o que demonstra a acentuada culpabilidade e o alto grau de periculosidade, sendo nefastas as consequências que adviriam do comércio espúrio de tamanha quantidade de drogas, tudo a justificar a imposição da pena-base bem acima do mínimo legal.*
>
> *Deve-se, ainda, relembrar o teor do art. 42 da Lei de Drogas, que dispõe 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 a conduta social do agente.*
>
> *Nesse sentir, **fixo sua pena em 15 anos de reclusão e pagamento de 1500 dias-multa** pela prática do crime descrito no art. 33, capta, da Lei n. 11.343/06.*
>
> [...]
>
> *Em segunda fase, não há atenuantes, mas **está presente a agravante da reincidência**, conforme certidão de folhas 44/45 do apenso de FA, sem reflexo sobre a pena imposta, pois já fixada no patamar máximo, de modo que a pena é mantida em 15 anos de reclusão e pagamento de 1500 dias-multa, pois, nesta etapa, é inviável que a pena supere o máximo previsto no preceito secundário do art. 33 da lei n. 11.343/06.*
>
> [...]
>
> *Em terceira fase, como reconhecido na fundamentação, aplica-se a causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da lei n. 11.343/06, pois os crimes de tráfico e associação para o tráfico ocorreram entre estados da federação.*
>
> *Portanto, majoro a pena imposta aos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da lei n. 11.343/06 em 1/6, resultando, para o crime de tráfico de drogas, pena privativa de liberdade de 17 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 1750 dias-*

multa, e para o crime de associação para o tráfico de drogas, pena privativa de liberdade de 4 anos, 9 meses e 5 dias de reclusão e pagamento de 1088 dias-multa.

Ainda em terceira fase, não incide a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4°, da lei 11.343/06, pois o acusado Maurício também praticou o crime de associação para o tráfico de drogas e, nessa hipótese, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, perfilhado por este magistrado, é o de que não cabe o benefício, pois comprovado o envolvimento em atividades criminosas:

[...]

Ademais, como demonstrado, o acusado Maurício é reincidente, o que igualmente impede a aplicação do benefício."

O Tribunal *a quo*, na apreciação da revisão criminal, manteve a elevação da pena-base nos termos acima transcritos (fls. 271-274).

Contudo, considerando-se o intervalo da pena abstrata cominada ao crime de tráfico de drogas (5 a 15 anos de reclusão), mostra-se desproporcional e desarrazoado o aumento da pena-base no máximo abstratamente fixado. Assim, considerada a gravidade concreta do delito retratada pelas consideráveis quantidades de drogas apreendidas – **4,042kg (quatro quilos e quarenta e dois decigramas) de cocaína e de 51,413kg (cinquenta e um quilos e quatrocentos e treze gramas) de maconha** –, e a natureza altamente deletéria da cocaína, considero suficiente para justificar a maior reprovabilidade da conduta a fixação da pena-base em **8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa**.

A propósito, *mutatis mutandis*, cito o seguinte precedente acerca do tema:

"HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO DA PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO QUE SE IMPÕE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NOVA ORIENTAÇÃO PERFILHADA PELA SUPREMA CORTE E POR ESTE STJ. ADEQUAÇÃO DA PRISÃO AO REGIME IMPOSTO.* WRIT *NÃO CONHECIDO, ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

2. Embora devidamente fundamentado o aumento da pena-base, em razão da consideração desfavorável das circunstâncias e consequências do delito, que refogem à esfera normal do tipo penal, o aumento da pena-base em seu patamar máximo mostra-se flagrantemente desproporcional, impondo-se seu redimensionamento. Para cada circunstância judicial desfavorável, a jurisprudência do STJ, via de regra, recomenda o aumento no patamar de 1/6, destarte, ao redimensionar a reprimenda imposta, considerando que o modus operandi e as lesões transcendem a esfera e as consequências normais descritas para o tipo penal violado, a pena-base deve ser elevada na fração de 2/6.

[...]

Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício, para redimensionar a pena imposta e compatibilizar a prisão do paciente ao regime prisional fixado.*" (HC 360.825/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017, sem grifos no original.)

Na segunda etapa, reconhecida a agravante da reincidência (fl. 152), elevo a pena em 1/6

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25001988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Laurita Vaz Assinado em: 01/04/2020 18:33:53
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 1e6d9315-38d5-4c1a-b9c2-3b074d9068ab

(um sexto), perfazendo o montante de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa.

Na terceira etapa, mantenho o aumento da pena em 1/6 (um sexto) pela interestadualidade (fl. 153), chegando ao patamar final de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 1088 (mil e oitenta e oito) dias-multa.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER EM PARTE do recurso especial e, nessa extensão, DAR-LHE PROVIMENTO para, reduzindo o quantum de acréscimo da pena-base imposta para o delito de tráfico de drogas, fixar a pena definitiva do Recorrente em **10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 1088 (mil e oitenta e oito) dias-multa**, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 01 de abril de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25001988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Laurita Vaz Assinado em: 01/04/2020 18:33:53
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 1e6d9315-38d5-4c1a-b9c2-3b074d9068ab