RECURSO ESPECIAL Nº 1.867.908 - RS (2020/0068162-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	GABRIEL DE LIMA (PRESO)
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVANTE	:	MARCOS MARTINS ANTUNES
ADVOGADA	:	ANDRÉA GARCIA LOBATO - RS069836
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO MINISTERIAL. RECRUDESCIMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA ELEVADA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 568/STJ. INCIDÊNCIA. 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 daquele Estado.

Consta dos autos que a parte recorrida foi condenada às penas de **i)** Gabriel de Lima **05 (cinco) anos de reclusão**, em regime inicial **semiaberto**, mais **600 (seiscentos) dias multa**, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 c/c. os artigos 29 e 65, inciso III, alínea **d**, ambos do Código Penal, com incidência na Lei n. 8.072/90 e **ii)** Marcos M. Antunes: **08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, em regime inicial **fechado**, mais **700 (setecentos) dias multa**, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 c/c. os artigos 29, 61, inciso I e 62, inciso I, todos do Código Penal, com incidência na Lei n. 8.072/90. (fls. 265/268)

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 2A6D1DBC-2336-4AD3-ACCE-EB0F17B18CC0

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo negou provimento** aos apelos interpostos pelo ora recorrente e por Marcos M. Antunes e **deu parcial provimento** ao recurso de Gabriel de Lima para revogar sua prisão preventiva. Eis a ementa do julgado (fls. 430/431):

> *"APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE DEMONSTRAM SUFICIENTEMENTE MATERIALIDADE E AUTORIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PENA. REGIME CARCERÁRIO INICIAL.*
>
> *1. Não há exigência legal, para o juízo de adequação típica da conduta, de que seja quantificado o índice de reagente na substâncias periciadas. Basta que o exame pericial constate a presença do princípio ativo da substância. Precedentes. No caso, o exame constatou a presença de tetrahidrocannabinol. Preliminar de nulidade do laudo rejeitada..*
>
> *2. Não verificada inépcia da denúncia, pois presentes os requisitos contidos no artigo 41 d diploma processual penal. Preliminar rejeitada.*
>
> *3. Elementos dos autos que, sopesados autorizam concluir pela existência d materialidade e autoria de ambos os réus e relação ao crime de tráfico de entorpecentes art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Manutenção da condenação que se faz impositiva, no caso concreto.*
>
> *4. Não se verificam reparos na fixação da pena, mormente no tocante aos vetores do artigo 5 do Código Penal, pois esta se deu de form parcimoniosa, proporcional e atenta ao disposto nos comandos legais. A dosimetria da pena está atrelada ao juízo de discricionariedade d sentenciante, que está mais próximo do agente, comportando a reprimenda ajuste somente quando malferidos os parâmetros legais o dotada de evidente desproporcionalidade, o que não é a hipótese dos autos. Pena inalterada Inaplicabilidade da atenuante de confissão espontânea e da minorante do art. 33, §4'2, d Lei n° 11.343/06 ao caso concreto.*
>
> *5. Impossibilidade de isenção da pena pecuniária, a qual apresenta suporte no artigo 5°, XLVI, da Constituição Federal, bem como consta do preceito secundário do tipo penal incriminador. Eventuais pedidos de suspensão ou exclusão, mormente se baseados a incapacidade financeira do postulante, dever.o ser formulados no Juízo da Execução.*
>
> *6. Inexistência de previsão legal para o pedido de isenção das custas processuais. Manutenção da suspensão da*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 2A6D1DBC-2336-4AD3-ACCE-EB0F17B18CC0

exigibilidade da referida verba.

7. Manutenção do regime inicial de cumprimento de pena corporal imposto ao réu G. L., tendo em vista a pena definitiva fixada ao recorrente, nos termos do artigo 33, §2°, alínea c, do Código Penal. Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do artigo 2°, §1°, da Lei n.° 8.072/90, com redação dada pela Lei n.° 11.464/07, o qual determinava o regime inicial fechado obrigatório.

8. Reexaminadas as peculiaridades fáticas, vêse que o corréu G. L. tem confirmada condenação de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. Destarte, afigura-se constrangimento ilegal a manutenção do réu em regime mais gravoso (fechado, decorrente de prisão preventiva) àquele a que tem direito (semiaberto, diante da condenação provisória). Precedentes da Câmara e do Supremo Tribunal Federal.

PRELIMINARES REJEITADAS.

RECURSOS MINISTERIAL E DO CORRÉU M. M. A. DESPROVIDOS.

RECURSO DO CORRÉU G. L. PROVIDO EM PARTE."

Nas razões do recurso especial (fls. 473/483), o **Parquet** sustenta violação ao artigo 42 da Lei n° 11.343/2006, c/c. o artigo 59,e 33, §2°, alíneas **a** e **b**, e §3°, ao argumento de que "*(...) ainda que se trate de réu primário condenado a pena inferior a oito (08) anos de reclusão,* ***a grande quantidade de entorpecente justifica a fixação de regime inicial fechado.****"* (fl. 480). No ponto, acrescenta que "*conforme reconhecido pelo acórdão, fora apreendidos com o ora recorrido "nada menos do que* <u>*seis mil e cem rama (6.100g)*</u> *de maconha, suficientes a confeccionarem entre este mesmo número d cigarros de maconha* <u>*até 12.200 (doze mil e duzentos) baseados*</u>" (fl. 319 - grifos original)" (fl. 480).

Aduz, outrossim, que "*para além da extraordinária quantidade de entorpecente encontrada na posse do réu* - ***circunstância suficiente por si só para a fixação de regime prisional mais gravoso*** - *o acórdão reconhece que "a integração do acusado à organização criminosa PCI - Primeiro Comando do Interior restou robustamente demonstrada pelos elementos de prova coligidos ao feito*" (fl. 322).

Requer, ao final, "*a admissão do presente recurso especial e, ao*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 2A6D1DBC-2336-4AD3-ACCE-EB0F17B18CC0

final, seu integral provimento nessa Superior Instância, com a reforma do decisum proferido pela SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, ao efeito de restabelecer o regime inicial fechado para cumprimento da pena." (fl. 483).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 510/517), o recurso foi admitido na origem (fls. 519/537) e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **desprovimento** do recurso especial, conforme a seguinte ementa (fl. 585):

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO."*

É o relatório.

Decido.

Compulsando a tese aventada na seara recursal, tenho que suas premissas **merecem prosperar**.

No que tange à manutenção do regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena do ora recorrido, Gabriel de Lima, asseverou a e. Corte de origem (fls. 463/464, destaquei):

"Veja-se que a este acusado, primário, foi imposta pena de aquém de 08 (oito) anos de reclusão, enquanto persiste a ***valoração favorável das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal****.* ***A única vetorial valorada negativamente, relativa à quantidade de narcóticos, não detém o condão de, isoladamente, recrudescer o regime carcerário imposto, sobretudo quando todas as demais vetoriais são favoráveis ao acusado. O próprio envolvimento do acusado em organização criminosa, por sua vez, já***

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 2A6D1DBC-2336-4AD3-ACCE-EB0F17B18CC0

justificou não lhe fosse alcançada a benesse do art. 33, §4°, da Lei n° 11.343/06, de modo que não reputo adequado que tal circunstância reflita em nova punição ao condenado. *Assim, imperativa a manutenção da decisão para que este se dê no regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2°, b, do Código Penal.*

[...]

A propósito, o Supremo Tribunal Federal declaro incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2°, §1°, da Lei n.° 8.072/90, com redação dada pela Lei n.° 11.464/07, que determinava regime inicial fechado obrigatório. A decisão, proferida no HC n.2 11184 pelo Plenário da Suprema Corte no dia 27.06.2012, tem orientado a recentes decisões da Corte Constitucional, conforme recente decisão proferida no HC n.° 113683, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes."

É cediço que a definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes, 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.

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*" (grifei). Portanto, a circunstância judicial referente à **quantidade** e à **variedade** da droga poderá incidir na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena. Dessarte, será utilizada para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena.

Saliento, ademais, que, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso, pois não haveria sentido admitir tal possibilidade somente quando valorada na fixação da pena-base.

In casu, fixada a **pena-base acima do mínimo legal** (fl. 269), isto é, em **5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão** e, desse modo, por haver, **in casu**, **circunstâncias judiciais desfavoráveis,** impede a fixação do regime

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 2A6D1DBC-2336-4AD3-ACCE-EB0F17B18CC0

diverso do **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. Ademais, conforme consignado pelo ora recorrente, há também a particularidade relativa à **quantidade** da droga apreendida (*12 TABLETES E DUAS PORCOES FRACIONADAS DE SUBSTANCIA SEIIELHA NTE A MACONHA, PESANDO APROXIMADAMENTE 6,1KG* - fl. 16 e fl. 26).

Neste sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRIMADO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS EM CONCURSO DE AGENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. º 11.343/2006. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. APONTADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS. NÃO CONSTATAÇÃO. VETOR ESPECIAL DA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS UTILIZADO COMO FUNDAMENTO AO AFASTAMENTO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. 7 (SETE) LITROS DE TRICLOROETILENO (LANÇA-PERFUME), 118,1 GRAMAS DE COCAÍNA, 226 GRAMAS DE MACONHA E 4, 4 GRAMAS DE CRACK. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AFERIÇÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. NÃO DEDICAÇÃO DOS AGENTES À TRAFICÂNCIA HABITUAL OU INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DESTINADA A TAL DESIDERATO. SÚMULA N.º 7/STJ. VENTILADA AFRONTA AO ART. 33, § § 2.º E 3.º, E 59, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. APENAMENTO INFERIOR A 8 (OITO) ANOS. REGIME FECHADO ADEQUADO. PREVALÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *6. I**n casu, revela-se adequada a fixação de regime prisional fechado, ainda que fixada a sanção em patamar final abaixo de 8 (oito) anos, quando afastado o redutor do tráfico privilegiado, diante da quantidade, diversidade e natureza nociva das drogas apreendidas em domínio dos agentes, por prevalência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 sobre as demais circunstâncias judiciais, ex vi do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.***
>
> *7. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1412648/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª **Laurita Vaz**, DJe

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 2A6D1DBC-2336-4AD3-ACCE-EB0F17B18CC0

17/12/2019, grifei).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.* ***REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.*** *AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. As circunstâncias em que perpetrado o delito de tráfico de drogas denotam a habitualidade da prática criminosa e, consequentemente, evidenciam o envolvimento do recorrente com atividades delituosas, notadamente com o narcotráfico, a impedir, por conseguinte, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*
>
> *[...]*
>
> *3.* ***Conquanto o recorrente haja sido condenado a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão e não obstante fosse tecnicamente primário ao tempo do delito, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - quais sejam, a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas - evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.***
>
> *4. Agravo regimental não provido"* (AgRg no AREsp 1108108/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 4/12/2017, grifei).

Tal realidade faz incidir, à hipótese, a **Súmula 568 desta Corte de Justiça**, no sentido de que *"O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante a respeito do tema"*.

Assim, merece trânsito a tese recursal, notadamente porque a decisão do Tribunal de origem, no ponto, se encontra em desconformidade com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial para alterar o regime inicial de cumprimento de pena do recorrido **Gabriel de Lima** para o **fechado**.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 2A6D1DBC-2336-4AD3-ACCE-EB0F17B18CC0

P. e I.

Brasília (DF), 1º de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 2A6D1DBC-2336-4AD3-ACCE-EB0F17B18CC0