



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2294711 - RO (2023/0025808-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : ---
ADVOGADOS : ALEXANDRE BARNEZE - RO002660
RICHARD MARTINS SILVA - RO009844
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA
CORRÉU : ---

DECISÃO

--- agrava da decisão que inadmitiu seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia** na Apelação Criminal n. 0017285-42.2018.8.22.0501.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, no regime fechado, mais multa.

Nas razões do recurso especial, a defesa apontou violação ao art. 59 do Código Penal e aos arts. 33, § 4º, e 42 da Lei n. 11.343/2006 e requereu, em síntese, a redução da pena-base ao mínimo legal, bem como o reconhecimento do privilégio no tráfico.

O recurso foi inadmitido na origem durante o juízo prévio de admissibilidade, o que ensejou a interposição deste agravo.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

Decido.

I. Admissibilidade

O agravo é tempestivo e preencheu os demais requisitos de

admissibilidade, razões pelas quais comporta conhecimento.

O recurso especial também foi interposto no prazo legal e suplanta o juízo de prelibação, conforme se constatará adiante.

II. Pena-base

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o quantum de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à reprovação do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Não se desconhece que, segundo o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, "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".

No caso, o Tribunal de origem preservou a pena-base acima do mínimo legal nos termos seguintes (fls. 601-602, destaquei)

In casu, entendo que a discricionariedade do juízo a quo não incide em flagrante ilegalidade apta a autorizar a revisão da pena.

Ressalta-se que a razoabilidade e a proporcionalidade da pena não se atrelam somente a cálculos aritméticos ou pena fixado em casos semelhantes, com a mesma quantidade de drogas, pois, do contrário, haveria uma padronização da sanção penal, esvaziando o princípio da individualização da pena, de observância nos planos legislativo, judiciário e executório.

Assim, mesmo em casos semelhantes quanto à quantidade de drogas, é possível que, ao individualizar a pena, o juízo sentenciante estabeleça patamares diferentes, a par de outras circunstâncias do caso concreto.

Nesse cenário, a alegada desproporcionalidade da pena com fundamento em pena aplicada a casos semelhantes não é justificativa para revisão da reprimenda, sob pena de violação ao princípio supracitado.

O magistrado *a quo*, considerando as circunstâncias judiciais, sobretudo a **quantidade expressiva de droga (109 kg de cocaína)**, **fixou a pena-base em 12 anos de reclusão e 1.200 dias-multa**, o que entendeu suficiente para a prevenção e repressão do delito.

Assim, ainda que afastadas as circunstâncias do art. 59 valoradas de forma abstrata, remanescem as circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas, mormente a **natureza da droga (cocaína)**, **de alto potencial lesivo e a expressiva quantidade (mais de 109 kg)**, o que denota maior reprovabilidade do comportamento do réu. Destarte, a par da natureza e grande quantidade de drogas, não vislumbro flagrante ilegalidade que autorize a revisão da pena.

Ademais, o voto divergente substitui o juízo discricionário do magistrado de primeiro grau por outro juízo discricionário, tanto que concluiu por patamar diferente de pena-base.

Portanto, considerando que a revisão da dosimetria é situação excepcional, que deve ocorrer apenas em caso de flagrante ilegalidade, o que, a meu ver, não se vislumbra inviável o redimensionamento da pena.

Após detida análise da dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, entendo que, conquanto sejam concretos os fundamentos mencionados e atinentes às peculiaridades do caso, houve evidente desproporcionalidade no aumento da pena-base para as únicas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu - quantidade e natureza da droga apreendida -, ainda mais se for considerado que o mínimo cominado para o crime de tráfico de drogas são 5 anos de reclusão.

Vale dizer, é lícito às instâncias ordinárias sopesar, dentro de sua discricionarietà juridicamente vinculada, as peculiaridades do caso concreto e recrudescer a reprimenda na primeira fase da dosimetria, mas desde que o faça não só de maneira fundamentada, mas também proporcional, a fim de se evitar excesso na pena-base, tal como na espécie.

Nesse contexto, considero razoável e proporcional recrudescer a pena-base do acusado em 4 anos de reclusão e 400 dias-multa, patamar utilizado no voto divergente proferido no julgamento da apelação defensiva.

III. Privilégio no tráfico

O escopo da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes,

cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "*a mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (HC n. 202.617/AC, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), 5ªT., DJe 20/6/2011).

Por isso mesmo, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes, a não integração em organização criminosa e a não dedicação a atividades delituosas.

No caso, o Tribunal de origem preservou a não incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base nos seguintes fundamentos (fls. 526-527, destaquei):

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o juiz sentenciante entendeu pela não incidência do redutor pelos seguintes fundamentos:

O §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 prevê a redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. No julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 666.33 4/AM, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração tão somente em uma das fases da dosimetria da pena, vedada a sua aplicação cumulativa, que acarretaria bis in idem (STF, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, RE com Agravo nº 666.33 4/AM, j. 03/04/2014).

No caso em tela, embora os réus sejam primários e não possuam antecedentes criminais comprovados nos autos, tenho que eles NÃO fazem jus a esse benefício previsto no art. 33, 4º da Lei nº 11.343/06, pois restou suficientemente demonstrado que integram organização criminosa, tendo mais que mero contato episódico e ocasional com o grupo criminoso. Neste sentido, seguem recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

Importante ressaltar que **o veículo do réu --- também não condiz com sua alegada situação financeira. Mesmo que o**

réu afirme que trabalhava e que comprou o veículo com o valor recebido com sua rescisão trabalhista, pois em outro trecho de suas declarações em fase policial afirmou que fazia diárias por R\$80,00 na cidade de Rio Branco. Assim, a contradição de sua situação financeira é evidente. Ademais, não há provas de trabalho lícito do réu na cidade de Rio Branco.

É evidente a dedicação dos réus as atividades e organização criminosa. **Nenhum traficante iniciante tem acesso a vultosa quantidade de droga como a que fora encontrada neste caso. Somente quem já está inserido neste meio criminoso consegue expressiva quantidade.** Deve-se observar ainda que para o cometimento desta ação há necessidade de se fazer um plano de ação, envolver pessoas e ideias, arrumar o veículo com uma engenhosa e diabólica forma de ocultar as drogas. Por fim, colocar o plano em ação, caracterizando -desta forma- um conjunto uníssono de pessoas e ideias determinadas para prática do ilícito.

Toda esta estrutura engenhosa afasta a alegação da defesa, esta em afirmar que os réu são apenas "mulas". Pois no presente caso a ação delituosa demandou tempo e dedicação, fatos que demonstram que os réus se empenharam e se dedicavam a atividades criminosas. Ressalto, também, por óbvio, que a ação dos réus envolveu altíssima soma de valores, seja pelo valor da droga, seja pela estrutura formada para a empreitada criminosa. Assim, ante ao farto conjunto probatório, a alegação da defesa é fraca e cai ante as fortes provas que pesam em desfavor dos réus.

Os réus não se tratam de simples traficantes ou de infratores eventuais. Deve haver proporcionalidade e equilíbrio na decisão, pois no presente caso é visto um envolvimento profundo de confiança e dedicação dos réus com outros criminosos. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, vejamos: (...)"

Tal fundamento encontra consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que **o transporte interestadual de grande quantidade de drogas é hábil a denotar a dedicação a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa e, conseqüentemente**, 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.

Consoante se abstrai do excerto adrede colacionado, as instâncias ordinárias consideraram indevida a aplicação do redutor com fundamento a) na não comprovação de atividade lícita pelos réus; e b) na apreensão de grande quantidade de drogas. Tais circunstâncias levaram-na à conclusão de que eles dedicar-se-iam a atividades criminosas, especialmente ao narcotráfico.

Contudo, o simples fato de ele não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão contrária; qual seja, a de que se dedica a atividades criminosas. Com efeito, porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo tencionado.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça: AgRg no HC n. 382.724/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 27/9/2017.

Quanto à apreensão de grande quantidade de drogas, faço o registro de que, em sessão realizada no dia 9/6/2021, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu que:

[...]

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

Assim, uma vez que, no caso, quantidade da droga apreendida foi sopesada para, isoladamente, levar à conclusão de que a ré seria dedicado a atividades criminosas, reputo evidenciado o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima.

Ante a ausência de fundamento suficiente o bastante para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deve o recurso ser provido nesse ponto, a fim de aplicar, em favor do acusado, referido benefício.

Destaco que, ao tempo do delito, o réu era tecnicamente primário e

possuidor de bons antecedentes e que, no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância, anotações relativas ao comércio reiterado de drogas, rádio transmissor ou balança de precisão.

No que tange ao *quantum* de redução de pena, faço lembrar que tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas 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.

Na hipótese em exame, entendo que a redução mínima é a mais adequada ao caso. Isso porque o réu se tratava de verdadeira "mula" no transporte dos entorpecentes e desempenhara papel imprescindível na cadeia delitiva de distribuição das drogas no território nacional. Sua conduta foi, sem o menor equívoco, de especial relevância, haja vista que, agindo em concurso com outros agentes, foi contratada para transportar grande quantidade de entorpecente entre o estado do Acre para Ariquemes/RO e, pelo serviço, receberia R\$ 5.0000,00.

Em caso semelhante, a Sexta Turma desta Corte Superior também entendeu devida a aplicação da minorante no patamar mínimo de 1/6, conforme precedente abaixo colacionado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/6, sobretudo em razão de "estar-se diante de quem se prestou a atuar na condição popularmente conhecida como 'mula' do tráfico" (fl. 252), não há contrariedade ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 684.780/AM, Rel. Ministro Rogerio Schietti, DJe 19/5/2016).

Aliás, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.365.002/MS (ocorrido em 22/8/2017), de minha relatoria, – no qual se discutiram as diversas compreensões acerca de o "mula" integrar ou não organização criminosa –, esta colenda Sexta

Turma decidiu que a diferenciação deveria ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos.

Os fatos delituosos objeto daquele recurso especial foram os seguintes:

Segundo se apurou, em 11/7/2011, o recorrente foi preso em flagrante, no Aeroporto Internacional de Guarulhos – SP, quando tentava embarcar em voo com destino a Lisboa/Portugal, trazendo consigo – para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, no exterior – 1.984 g (um quilo, novecentos e oitenta e quatro gramas) de cocaína, peso líquido (os quais haviam sido ingeridos pelo acusado), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Na hipótese tratada naquele recurso, considerou-se que a relação existente entre o réu e o tráfico de drogas teria sido meramente circunstancial e que ele não integrava, diretamente, uma organização criminosa em si. E, ao dar provimento ao recurso especial para reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em favor do acusado, o colegiado também entendeu devida a incidência da redução mínima prevista em lei, com base nos seguintes fundamentos (página 28 do voto do relator):

Relativamente à fração de minorante, registro que estabeleci a redução mínima prevista em lei, porque a complexidade da operação, a magnitude do tráfico de drogas, a possível multiplicidade de pessoas envolvidas e, ainda, a divisão de tarefas entre elas, evidenciam que a redução da reprimenda no patamar de 1/6 se mostra a mais adequada e suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Aplico, então, a fração mínima relativa ao privilégio.

IV. Nova dosimetria

Realizo, portanto, nova dosimetria.

Na primeira fase, estabeleço a reprimenda-base em 9 anos de reclusão e pagamento de 900 dias-multa. Na segunda fase, reduz-se a pena em 1/6 ante a atenuante da confissão. Na terceira etapa, aumenta-se a reprimenda em 1/6 pela causa especial de aumento prevista no art. 40, V, da Lei de Drogas; por fim, reduzo a reprimenda em 1/6, em decorrência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 do mesmo diploma normativo.

Torno, assim, a pena do acusado definitivamente estabelecida em 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 729 dias-multa.

V. Consectário – regime

Como consectário da redução efetivada na pena do agravante, deve ser procedido ao ajuste no regime inicial do seu cumprimento.

Se, por um lado, o réu foi condenado a reprimenda não superior a 8 anos de reclusão, era tecnicamente primária ao tempo do delito e foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por outro, **a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e ele** foi apreendido com grande quantidade de drogas; assim, entendo que deve ser fixado o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso, a fim de reduzir a pena-base e reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Redimensiono, assim, e a reprimenda do réu para 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 729 dias-multa.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2024.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator