

RECURSO ESPECIAL Nº 1.196.334 - PR (2010/0097420-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
RECORRENTE : MÁRCIA REGINA MILLEZI (PRESA)
RECORRENTE : FRANCISCO LUIS ALVES DE LIMA (PRESO)
RECORRENTE : DULCIMARA DE FÁTIMA PIMENTEL (PRESA)
RECORRENTE : EZEQUIEL DE JESUS (PRESO)
ADVOGADO : RICARDO ALVES DE LIMA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE MAQUINÁRIO. ASSOCIAÇÃO. ARTS. 33, 34 E 35 DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DECOTE DE CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. INCIDÊNCIA DE REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA MESMA LEI. PLEITOS INVIÁVEIS NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS NORMAS VIOLADAS. RECURSO ESPECIAL COM MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. 2. PEDIDOS QUE DEMANDAM REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DA PROVIDÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI N. 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE **BIS IN IDEM**. OCORRÊNCIA. POSSE DE INSTRUMENTOS. CRIME MEIO. 4. BALANÇA DE PRECISÃO E SERRA CIRCULAR. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. OBJETOS PRÓPRIOS DO CRIME DE TRÁFICO. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Os pedidos de absolvição por ausência de prova, de decote da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006 e de incidência da causa de diminuição da pena trazida no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não têm como ser analisados na via eleita. Com efeito, o recorrente se limitou a reiterar os pedidos já formulados perante o Tribunal de origem, sem, no entanto, apontar qualquer violação a norma infraconstitucional ou divergência jurisprudencial. Assim, a ausência de especificação das hipóteses de cabimento do presente recurso torna sua fundamentação deficiente, o que atrai, por analogia, a incidência do verbete nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. É assente nesta Corte Superior que cabe ao aplicador da lei, nas instâncias ordinárias, proceder ao cotejo do material fático-probatório dos autos, a fim de aferir a existência de provas aptas a embasar a condenação bem como a correta dosimetria da pena, com incidência das causas de aumento e de diminuição que ficarem comprovadas. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, na via eleita, o reexame de fatos e provas, conforme dispõe o enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

3. Há nítida relação de subsidiariedade entre os tipos penais descritos nos arts. 33 e 34 da Lei 11.343/2006. De fato, o tráfico de maquinário visa proteger a "saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida", ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório. Portanto, a prática do art. 33, **caput**, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. No caso, referida análise prescinde do reexame de fatos, pois da leitura da peça acusatória, verifica-se que a droga e os instrumentos foram apreendidos no mesmo local e num mesmo contexto, servindo a balança de precisão e a serra/alicate de unha à associação que se destinava ao tráfico de drogas, não havendo a autonomia necessária a embasar a condenação em ambos os tipos penais simultaneamente, sob pena de **bis in idem**.

4. Salutar aferir, ademais, quais objetos se mostram aptos a preencher a tipicidade penal do tipo do art. 34 da Lei de Drogas, o qual visa coibir a produção de drogas. A meu ver, deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação,

Superior Tribunal de Justiça

preparação, produção ou transformação de drogas, sob pena de a posse de uma tampa de caneta – utilizada como medidor –, atrair a incidência do tipo penal em exame. Relevante, assim, analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela. No caso dos autos, além de a conduta não se mostrar autônoma, verifico que a apreensão de uma balança de precisão e de um alicate de unha não pode ser considerada como posse de maquinário nos termos do que descreve o art. 34 da Lei de Drogas, pois referidos instrumentos integram a prática do delito de tráfico, não se prestando à configuração do crime de posse de maquinário.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para excluir a condenação dos recorrentes Márcia Regina Millezi e Francisco Luís Alves de Lima pela prática do delito do art. 34 da Lei de Drogas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.196.334 - PR (2010/0097420-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de recurso especial interposto por Márcia Regina Millezi, Francisco Luís Alves de Lima, Dulcimara de Fátima Pimentel e Ezequiel de Jesus, com fundamento na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná.

Consta dos autos que Márcia e Francisco foram condenados como incurso nos arts. 33, **caput**, 34 e 35, **caput**, todos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 17 (dezesete) anos e 11 (onze) dias de reclusão, e de 20 (vinte) anos, 5 (cinco) meses e 8 (oito) dias de reclusão, respectivamente.

Dulcimara e Ezequiel foram condenados como incurso nos arts. 33, **caput**, e 35, **caput**, da mesma Lei, à pena de 16 (dezesesseis) anos, 10 (dez) meses e 2 (dois) dias de reclusão, e de 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, respectivamente.

Irresignados, interpuseram recurso de apelação, ao qual se negou provimento, nos termos da seguinte ementa (fls. 938/940):

APELAÇÃO-CRIME 1) CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE A DEMONSTRAR A MATERIALIDADE E AUTORIA DOS DELITOS DOS ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006. MODIFICAÇÃO DO DEPOIMENTO DE UMA DAS REQUERIDAS QUE NÃO DETÉM O CONDÃO DE INVIABILIZAR A CONDENAÇÃO, MÁXIME O DEPOIMENTO ANTERIOR DESTA NA FASE INQUISITORIAL COADUNAR COM TODOS OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVAS ACOSTADOS AOS AUTOS A DEMONSTRAR QUE O APELANTE ERA O FORNECEDOR DIRETO DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO "IN DUBIO PRO REU" DOSIMETRIA DE PENA. CORRETAMENTE APLICADO OBSERVANDO CRITERIOSAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CRIME CONTINUADO AUSÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REFORMA PARA EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO-CRIME 2) INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006 POR IMPORTAR "BIS IN IDEM" DIANTE DOS MESMOS

NÚCLEOS PENAIS. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESES DIFERENTES REFERENTES A DROGAS (ART. 33) E MEIOS DE PRODUÇÃO/ELABORAÇÃO DE DROGAS (ART. 34). MATERIALIDADE E AUTORIA DOS DELITOS IMPUTADOS AOS RÉUS DEMONSTRADOS NOS AUTOS (ARTS. 33, 34 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006). PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO ART. 40, VI, DA LEI DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVA PARTICIPAÇÃO DE MENORES/ADOLESCENTES. ALEGADA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 41 DA LEI (DELAÇÃO PREMIADA). DESACOLHIMENTO. MODIFICAÇÃO DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL E JUDICIAL QUE IMPEDEM O RECONHECIMENTO DA HIPÓTESE. PRECEDENTE DESTA CORTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º. IMPOSSIBILIDADE. RÉUS QUE INTEGRARAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA AO TRANSPORTE DE DROGAS ENTRE AS CIDADES DE CURITIBA E UNIÃO DA VITÓRIA, COM DISTRIBUIÇÃO E VENDA AOS USUÁRIOS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No recurso especial, sustentam os recorrentes haver divergência jurisprudencial com relação à imputação simultânea dos arts. 33 e 34, ambos da Lei nº 11.343/2006, por considerarem se tratar de evidente **bis in idem**. A propósito, apontam como paradigma acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Dessarte, pugnam pela exclusão da condenação pelo delito do art. 34 da Lei nº 11.343/2006, por considerarem indevida a punição em conjunto com o crime de tráfico e, igualmente, pela inexistência de maquinários ou instrumentos nos termos do que definido no referido artigo, porquanto não houve prova do destino e uso específico da balança e da serra circular.

Sustentam serem contraditórias as provas que embasaram a condenação e reiteram os pedidos formulados na apelação, no sentido de não existirem provas para condenar por associação nem para incidir a causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006. Alegam, ainda, que fazem jus à causa de redução da pena trazida no art. 33, § 4º, bem como no art. 41, ambos da mesma lei.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 1.032/1.036 e o recurso foi admitido às fls. 1.038/1.040. Por fim, manifestou-se o Ministério Público Federal, às fls. 1.056/1.060, pelo não conhecimento do recurso especial, nos seguintes termos:

TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. A simples transcrição de ementas, sem a realização de confronto analítico entre os julgados, de modo a evidenciar a identidade ou a semelhança entre os casos, não serve como demonstração do dissídio alegado. Parecer no sentido de não se conhecer do recurso especial.

É o relatório.



VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A insurgência merece prosperar, porém em parte.

Inicialmente, quanto aos pedidos de absolvição por ausência de prova, de decote da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006 e de incidência da causa de diminuição da pena trazida no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, verifico que os pleitos não têm como ser analisados na via eleita. Com efeito, os recorrentes se limitaram a reiterar os pedidos já formulados perante o Tribunal de origem, sem, no entanto, apontar qualquer violação a norma infraconstitucional ou divergência jurisprudencial.

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser confundido com mera terceira instância recursal. De fato, trata-se de Corte de âmbito nacional, cuja missão constitucional é a uniformização da jurisprudência pátria. Dessa forma, imprescindível seja demonstrada eventual violação à lei ou divergência jurisprudencial, bem como validade de ato local contestado em face de lei federal, nos termos do inciso III do art. 105 da Carta Magna, sob pena de se inviabilizar o seguimento do recurso especial.

Outrossim, a ausência de especificação das hipóteses de cabimento do presente recurso torna sua fundamentação deficiente, o que atrai, por analogia, a incidência do verbete nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Registro, ainda, por oportuno, que é assente nesta Corte Superior que cabe ao aplicador da lei, nas instâncias ordinárias, proceder ao cotejo do material fático-probatório dos autos, a fim de aferir a existência de provas aptas a embasar a condenação bem como a correta dosimetria da pena, com incidência das causas de aumento e de diminuição que ficarem comprovadas. Com efeito, não compete ao Superior Tribunal de Justiça, na via eleita, o reexame de fatos e provas. A propósito,

Superior Tribunal de Justiça

confira-se o teor do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Dessa forma, inviável dar seguimento ao recurso especial no que concerne ao pedido de absolvição, de decote da causa de aumento e de incidência da redutora, tanto pela deficiência na fundamentação quanto pelo fato de o pedido demandar o revolvimento do arcabouço carreado aos autos.

Ao ensejo:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. PROVAS. REEXAME. PRETENSÃO. SÚMULAS Nºs 284/STF E 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. A admissibilidade do recurso especial reclama a indicação clara dos dispositivos tidos como violados, bem como a exposição das razões pelas quais o acórdão teria afrontado a cada um deles, não sendo suficiente a mera alegação genérica. Dessa forma, o inconformismo se apresenta deficiente quanto à fundamentação, o que impede a exata compreensão da controvérsia. Incidência da Súmula nº 284/STF. 2. Não é possível, em sede de recurso especial, o reexame dos elementos fáticos constantes dos autos. Incidência da Súmula nº 7 desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 112.332/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 23/04/2013).

Quanto à alegação de divergência jurisprudencial, em razão da condenação dos recorrentes como incurso simultaneamente nos arts. 33 e 34 da Lei nº 11.343/2006, verifico ser possível o conhecimento do recurso especial no ponto, haja vista existir entendimento no sentido de que as condutas previstas no art. 34 da Lei de Drogas podem assumir caráter meramente instrumental, a depender do contexto.

A propósito, transcrevo o texto legal dos tipos penais em exame:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...).

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, **maquinário**, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Como visto, trata-se de tipos mistos alternativos, os quais descrevem crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, pois são consideradas várias formas de realização da figura típica. Referida opção legislativa tem por objetivo proteger o bem jurídico tutelado – saúde pública – da forma mais ampla possível. Dessarte, a prática de mais de uma conduta no mesmo contexto não configura concurso de crimes, por se cuidar de ato preparatório ou sequencial do dolo principal do agente.

A propósito, registro lição de Fernando Capez sobre o tema:

Convém notar que a alternatividade nada mais representa do que a aplicação do princípio da consunção, com um nome diferente. Com efeito, no citado caso do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, se o agente importa cocaína, transporta essa droga e depois a vende, ninguém põe em dúvida tratar-se de um só delito de tráfico, ficando as figuras posteriores do transporte e da venda absorvidas pela importação (delito mais grave). Nesse caso, foram o nexo de causalidade entre os comportamentos e a similitude dos contextos fáticos que caracterizaram a absorção do transporte e venda pelo tráfico internacional (importação de droga). Isso nada mais é do que a incidência da teoria do **post factum** não punível, hipótese de consunção. Em contrapartida, se o agente importa morfina, transporta cocaína e vende ópio, haverá três crimes diferentes em concurso, tendo em vista que um nada tem a ver com o outro. Não se opera a consunção, dada a diversidade de contextos. Assim, a questão passa a ser puramente terminológica. Chama-se alternatividade à consunção a qual se opera dentro de um mesmo tipo legal entre condutas integrantes de normas mistas. A alternatividade é, portanto, a consunção que resolve conflito entre condutas previstas na mesma norma, e não um conflito entre normas. (Legislação penal especial simplificado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 206/207).

Portanto, mostra-se clara a alternância existente entre verbos nucleares trazidos nos tipos penais descritos nos art. 33 e 34 da Lei de Drogas, considerados isoladamente, nos termos da lição acima transcrita. Questiona-se, entretanto, se é possível a condenação simultânea em ambos os tipos penais.

Num primeiro momento, verifico que a resposta para a celeuma ora apresentada não se encontra na existência de verbos idênticos em ambas as normas – fabricar, adquirir, vender, guardar. Com efeito, não obstante alguns verbos se repetirem, as condutas do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 guardam relação com a droga e do art. 34 com os objetos destinados à produção do entorpecente. Têm, portanto, objetividade jurídica diversa.

Contudo, nos termos do que ensina a melhor doutrina, há nítida relação

de subsidiariedade entre referidos tipos penais. De fato, o tráfico de maquinário visa proteger a "saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida", ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório.

Vicente Greco Filho, ao dissertar sobre o delito descrito no art. 34 da Lei de Drogas, afirma que "a pena privativa de liberdade para o delito do artigo é menor, no mínimo e no máximo, que a pena do artigo anterior, de modo que, se a conduta do agente também violar uma das proibições ali previstas, o delito a ser considerado será aquele e não este" (GRECO FILHO, V. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 14. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208).

Da mesma forma, Renato Marcão afirma que o tipo descrito no art. 34 da Lei de Drogas é de natureza subsidiária, razão pela qual deve ficar absorvido pelo crime de tráfico, ressalvadas situações excepcionais. (MARCÃO, R. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 253).

Conclui-se, assim, que a prática do art. 33, **caput**, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. Dessarte, necessário aferir se as condutas retratadas nos autos são ou não autônomas no caso concreto, a fim de verificar a efetiva existência de dissídio.

A denúncia descreve os fatos nos seguintes termos (fls. 5/9):

"No dia 04 do mês de abril de 2007, por volta das 10h30 horas, agentes da Polícia Civil e da Polícia Militar, em conjunto, em diligências realizadas na Rua Prudente de Brito, 45, Bairro Rio D'Areia, União da Vitória/PR, prenderam em flagrante os denunciados FRANCISCO LUIS ALVES DE LIMA, MÁRCIA REGINA MILLEZI, DULCIMARA DE FÁTIMA PIMENTEL e EZEQUIEL DE JESUS, pelo fato de, há meses, de forma continuada, aproveitando-se das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, terem em depósito, guardarem, prepararem, exporem à venda, oferecerem e entregarem à consumo, inclusive para menores de 18 (dezoito) anos, com consciência da ilicitude de suas condutas, em acordo de vontades e dolosamente, substâncias entorpecentes causadoras de dependência física e/ou psíquica vulgarmente conhecidas como 'crack' e 'maconha', sendo de uso e comércio proibidos no país, segundo comando normativo complementar regulado na Portaria 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Na data supra mencionada, ao adentrarem na residência dos denunciados FRANCISCO LUIS ALVES DE LIMA e MÁRCIA REGINA MILLEZI, onde também se encontravam os denunciados DULCIMARA DE FÁTIMA PIMENTEL e EZEQUIEL DE JESUS, além do adolescente L.M.A., policiais civis e militares encontraram grande quantidade de substâncias entorpecentes em vários lugares da casa: sobre a mesa da sala, sobre a geladeira, no

quintal, no quarto e na cozinha, estando parte preparadas para venda e parte exigindo preparo, sendo 9 (nove) tabletes de 'maconha', totalizando 407,9 gramas; 23 (vinte e três) 'buchas' de maconha, totalizando 32,4 gramas; 165 (cento e sessenta e cinco) gramas de 'crack' em pedras brutas e 80 (oitenta) pedras prontas para venda (termo de exibição e apreensão de fl. 44, termos de constatação provisória de substâncias entorpecentes de fls. 45/46 e laudo de exame toxicológico de substância entorpecente de fl. 86). Na ocasião, restou encontrado dinheiro fracionado em cédulas de R\$ 1,00 (um real), R\$ 5,00 (cinco reais) e R\$ 10,00 (dez reais), totalizando R\$ 115,00 (cento e quinze reais); várias moedas, totalizando R\$ 10,27 (dez reais e vinte e sete centavos); e um caderno universitário utilizado para anotações das relações de venda de substâncias entorpecentes (termo de exibição e apreensão de fl. 44). Consta dos autos de Inquérito Policial que as referidas substâncias entorpecentes eram, continuamente, transportadas de Curitiba/PR para União da Vitória/PR, de forma dolosa e com consciência da ilicitude, pelo denunciado MARCELO ALVES, primo do primeiro denunciado, em acordo de vontades com os denunciados FRANCISCO LUIS ALVES DE LIMA, MÁRCIA REGINA MILLEZI, DULCIMARA DE FÁTIMA PIMENTEL e EZEQUIEL DE JESUS, recebendo aquele parte dos lucros da venda de substâncias entorpecentes nesta Comarca. Consta do Procedimento Investigatório Preliminar, ainda, que os denunciados FRANCISCO LUIS ALVES DE LIMA, MÁRCIA REGINA MILLEZI, DULCIMARA DE FÁTIMA PIMENTEL, EZEQUIEL DE JESUS e MARCELO ALVES, possuíam balança de precisão, marca 'Titan', e serra circular portátil, marca 'Bosch', instrumentos destinados ao preparo ou transformação de substâncias entorpecentes, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme termo de exibição e apreensão de fl. 44 e relação de objetos de fl. 43. Procedendo da maneira supra mencionada, os denunciados FRANCISCO LUIS ALVES DE LIMA, MÁRCIA REGINA MILLEZI, DULCIMARA DE FÁTIMA PIMENTEL e EZEQUIEL DE JESUS, dolosamente e em acordo de vontades, corromperam ou facilitaram a corrupção do adolescente L.M.A., de 14 anos de idade (certidão de nascimento de fl. 77), filho da segunda denunciada e enteado do primeiro denunciado, uma vez que utilizavam os seus préstimos na venda de substâncias entorpecentes e na realização de depósitos bancários relacionados ao lucro da venda de drogas. Consta dos autos, também, que os denunciados FRANCISCO LUIS ALVES DE LIMA, MÁRCIA REGINA MILLEZI, DULCIMARA DE FÁTIMA PIMENTEL e EZEQUIEL DE JESUS possuíam no interior de sua residência, de forma dolosa e consciente da ilicitude da conduta, em acordo de vontades, 4 (quatro) cartuchos intactos calibre 32 e 4 (quatro) cartuchos intactos calibre 6,35, munição de uso permitido, porém sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. termo de apreensão de fl. 44). Agindo da maneira relatada, os denunciados FRANCISCO LUIS ALVES DE LIMA, MÁRCIA REGINA MILLEZI, DULCIMARA DE FÁTIMA PIMENTEL, EZEQUIEL DE JESUS e MARCELO ALVES, associaram-se, com consciência das ilicitudes de suas condutas e dolosamente, para o fim de praticar, de forma reiterada, tráfico de substâncias entorpecentes. Consta dos autos, ainda, que o denunciado EDERSON RODRIGUES FERREIRA, na mesma oportunidade, foi preso em flagrante por, consciente da ilicitude de sua conduta e dolosamente, portar uma arma de fogo, tipo

Superior Tribunal de Justiça

revólver, calibre 32, marca 'Taurus', número de série 596493, oxidada, em perfeito estado de funcionamento, de uso legalmente permitido, porém sem autorização para portá-la, estando em desacordo com determinação legal ou regulamentar (auto de exibição de fl. 44 e auto de exame de eficiência e prestabilidade de arma de fogo de fl. 48). Por fim, o denunciado EDERSON RODRIGUES FERREIRA, nas mesmas condições de tempo e lugar, com consciência da ilicitude de sua conduta e dolosamente, forneceu para cada um dos marceneiro que trabalhavam no local, Fábio Luiz Lima dos Santos e Alexandre Luiz Lopes, 1 (um) cigarro da substância entorpecente causadora de dependência física e/ou psíquica vulgarmente conhecida como 'maconha', sendo de uso e comércio proibido no país, segundo comando normativo complementar regulado na Portaria 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde."

A sentença, por seu turno, condenou os recorrentes considerando que (fls. 563/564, 569, 579/580):

Não é demais lembrar, que no momento da abordagem policial, a droga apreendida na residência dos denunciados Francisco e Márcia estava sendo preparada para a venda, sendo apreendidos no local uma balança de precisão e um alicate de unha (fl. 55), instrumentos este utilizado na preparação da substância entorpecente. Portanto, está clara a prática dos fatos narrados na denúncia pelo réu Francisco e enquadrados nos artigos 33, "caput", 34 e 35, da Lei nº 11.343/2006.

(...).

Analisando o depoimento prestado em juízo pela ré Márcia, verifica-se que ela confessou a prática dos crimes tipificados nos artigos 33, "caput", 34 e 35, da Lei nº 11.343.2006, posto que a ré confirmou que vendia, guardava e preparava substância entorpecente em sua residência, bem como que tinha em sua residência uma balança destinada à preparação da substância entorpecente para venda. Além disso, a ré Márcia também aduziu que se associou com Rodrigo Soares de Miranda e outras pessoas, como o vulgo "Verdinho", para efetuar a distribuição de substância entorpecente, recebendo parte dos lucros de sua comercialização.

(...).

Os depoimentos prestados em juízo pelos réus e pelas testemunhas são harmônicos e conviventes no sentido de indicar, sem qualquer sombra de dúvidas, que a ré Márcia se associou com seus familiares e terceiras pessoas na empreitada ilícita de comercializar substância entorpecente, guardando, preparando e vendendo substância entorpecente.

(...).

O Tribunal de origem, ao analisar a alegação de **bis in idem** relativa à condenação simultânea nos arts. 33 e 34 da Lei nº 11.343/2006, afirma que "o art. 33 menciona diversas condutas relativas à droga em si, enquanto o art. 34 dirige condutas (até com os mesmos verbos), todavia, relacionadas a maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou

Superior Tribunal de Justiça

transformação de drogas, de modo que não há similitude a ensejar uma dupla aplicação de pena. Assim, apesar da tentativa envidada pelos apelantes, não se percebe que o núcleo do tipo "preparar" de ambos os dispositivos legais tenham a mesma intenção, posto que o legislador ordinário foi específico em determinar os objetos a que se dirigiam as condutas típicas". (fl. 959).

Como visto, a denúncia imputou aos recorrentes o tipo penal do art. 34 da Lei de Drogas, em virtude da apreensão de uma "balança de precisão, marca 'Titan', e serra circular portátil, marca 'Bosch', instrumentos destinados ao preparo ou transformação de substâncias entorpecentes". A sentença considerou que a existência de "uma balança de precisão e um alicate de unha (fl. 55), instrumentos estes utilizados na preparação da substância entorpecente", era circunstância apta a justificar a condenação pelo delito do art. 34.

Mister destacar, inicialmente, que não se desconhece a existência de julgados do Superior Tribunal de Justiça considerando os arts. 33 e 34 da Lei nº 11.343/2006 como delitos autônomos, sendo inviável eventual análise no sentido de desconfigurar uma das condutas típicas, em virtude do óbice trazido no enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

A propósito:

CRIMINAL. **HABEAS CORPUS**. PREPARAÇÃO, PRODUÇÃO, MAQUINÁRIO E TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL E PERÍCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PRISÃO DECORRENTE DE FLAGRANTE. GRAVAÇÕES UTILIZADAS UNICAMENTE NO INQUÉRITO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 563 E 566 DO CPC. ART. 33, § 1º, INCISO I E ART. 34 DA LEI Nº 11.343/06. CONSUNÇÃO PELO DELITO DO ART. 33, **CAPUT**, DO MESMO DIPLOMA. CRIMES AUTÔNOMOS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIA INADEQUADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. I. (...). III. Os delitos tipificados no art. 33, § 1º, inciso I e art. 34 são autônomos em relação ao crime do art. 33, **caput**, todos da Lei nº 11.343/06. IV. (...). (HC 179744/SP, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe 11/05/2011).

HABEAS CORPUS. PENAL. ART 34 DA LEI N.º 11.343/2006. ALEGADA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 33, **CAPUT**, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. CRIMES AUTÔNOMOS. ART. 12 DA LEI N.º 10.826/2003 (POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO). CONDUTA PRATICADA NO PERÍODO DA VACATIO LEGIS INDIRETA. ATIPICIDADE. PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE **HABEAS CORPUS** PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O delito capitulado no art. 34 da Lei n.º 11.343/2006 constitui crime autônomo em relação ao ilícito previsto no art. 33, **caput**, do mesmo diploma legal. Assim, provando-se nos autos que os objetos apreendidos eram destinados à fabricação, ao preparo, à produção ou à transformação de drogas, como afirmado pelas instâncias ordinárias - entendimento este que não pode ser revisto na via do **habeas corpus**, por demandar o reexame de matéria fático-probatória - , não há como se reconhecer a pretendida incidência do princípio da consunção. Precedente. 2. (...). (HC 171842/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 16/11/2012)

Contudo, deve se ter em conta que, por vezes, o exame acerca da subsidiariedade do delito do art. 34 da Lei de Drogas não demanda revolvimento de provas, conforme observo ser o caso dos presentes autos. De fato, da leitura da peça acusatória, verifica-se que a droga e os instrumentos foram apreendidos no mesmo local e num mesmo contexto, servindo a balança de precisão e a serra/alicata de unha à associação que se destinava ao tráfico de drogas, daí que, não constato a autonomia fática necessária a embasar a condenação simultânea nos tipos penais dos arts. 33 e 34 da Lei nº 11.343/2006.

Ao ensejo, confira-se o seguinte precedente do Pretório Excelso:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE POSSE E GUARDA DE MAQUINÁRIO E DE ESTOCAGEM DE MATÉRIA-PRIMA DESTINADOS À MANUFATURA DE ENTORPECENTES (ARTS. 12, § 1º, I, e 13 DA LEI Nº 6.368/76, ATUALMENTE PREVISTOS NOS ARTS. 33, § 1º, I, e 34, DA LEI Nº 11.343/06). CONDUTAS TÍPICAS QUE CONSTITUEM MEIO NECESSÁRIO OU FASE NORMAL DE PREPARAÇÃO OU EXECUÇÃO DE DELITO DE ALCANCE MAIS AMPLO (FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTE). PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO RECONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O princípio da consunção em relação aos crimes de posse e guarda de maquinário e de estocagem de matéria-prima destinados à manufatura de substâncias entorpecentes pode ser aplicado, uma vez que ditas condutas constituem meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de delito de alcance mais amplo, no caso, a fabricação de entorpecente. 2. Conclui-se que o intuito do legislador foi de punir, por exemplo, o agente que constrói um laboratório para refino de cocaína, independentemente da sua efetiva produção, ainda que a posse das máquinas e dos objetos em questão não seja, isoladamente, considerada ilícita (tais como, no caso em exame, de baldes e de um liquidificador); ou ii) sancionar aquele que mantém em depósito matéria-prima destinada ao refino ou à produção de drogas, mesmo que a estocagem dessa, por sua natureza, não constitua, per se, crime (no caso concreto, de solução de baterias, livremente revendida com

fim específico de regeneração de cargas elétricas em baterias, e de barrilha, utilizada no tratamento de água para piscinas e para outras finalidades lícitas). 3. No caso em exame, pelo que se vê da denúncia, tanto a posse da matéria-prima, como a dos maquinismos/objetos, visava a um fato único: a produção de entorpecente (merla) pelo paciente naquele local, para posterior comercialização da droga. 4. Está patente nos autos a existência de uma estrutura destinada ao tráfico de drogas, na modalidade de fabricação. 5. Ordem concedida. (HC 100946, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. **DIAS TOFFOLI**, DJe 24/2/2012) .

Por fim, entendo salutar aferir quais objetos se mostram aptos a preencher a tipicidade penal do tipo do art. 34 da Lei de Drogas. Note-se que a norma visa coibir a produção de drogas, contudo, não há se falar em maquinário específico para esse fim. Não obstante, conforme elucida Vicente Greco Filho, "qualquer instrumento ordinariamente usado em laboratório químico pode vir a ser utilizado na produção de tóxicos" (GRECO FILHO, V. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 14 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 206/207).

Portanto, a meu ver, deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sob pena de a posse de uma tampa de caneta – utilizada como medidor –, atrair a incidência do tipo penal em exame. Dessarte, relevante analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela.

No caso dos autos, além de a conduta não se mostrar autônoma, verifico que a apreensão de uma balança de precisão e de um alicate de unha não pode ser considerada como posse de maquinário nos termos do que descreve o art. 34 da Lei de Drogas. Entendo que referidos instrumentos integram e caracterizam a prática do delito de tráfico, não se prestando à configuração do crime autônomo de posse de maquinário.

Nesse sentido:

PENAL. PETRECHOS PARA O TRÁFICO (ART. 34 DA LEI N. 11.343/2006). TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). SITUAÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS. CONDUTAS AUTÔNOMAS. DUPLA CONDENAÇÃO. **BIS IN EADEM**. PENA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). INOCORRÊNCIA. 1. A apreensão isolada de uma balança não implica, **per se**, necessária subsunção da conduta ao tipo descrito no art. 34 da Lei n. 11.343/2006. 2. (...). (HC 153322/BA, Relator o Ministro **CELSO LIMONGI** (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), DJe 03/11/2011).

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, conheço do recurso especial em parte para, nessa extensão, dar-lhe provimento, excluindo a condenação dos recorrentes Márcia Regina Millezi e Francisco Luís Alves de Lima pela prática do delito do art. 34 da Lei de Drogas.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2010/0097420-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.196.334 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20074990 5348790 534879001

PAUTA: 19/09/2013

JULGADO: 19/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MÁRCIA REGINA MILLEZI (PRESA)
RECORRENTE : FRANCISCO LUIS ALVES DE LIMA (PRESO)
RECORRENTE : DULCIMARA DE FÁTIMA PIMENTEL (PRESA)
RECORRENTE : EZEQUIEL DE JESUS (PRESO)
ADVOGADO : RICARDO ALVES DE LIMA E OUTRO(S)
CORRÉU : MARCELO ALVES
CORRÉU : EDERSON RODRIGUES FERREIRA (PRESO)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.