

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.107 - RS (2018/0337630-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : ADRIANO RODRIGUES SILVEIRA
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por ADRIANO RODRIGUES SILVEIRA contra decisão proferida pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que não admitiu seu apelo nobre.

Consta dos autos que o agravante foi condenado, em concurso material, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03 à pena definitiva de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Em segunda instância, o Tribunal estadual, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação do *Parquet* para fixar a pena final de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mantidos os demais termos da sentença condenatória. Eis a ementa do julgado (e-STJ fls. 279-280):

APELAÇÕES CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA.

TRÁFICO DE DROGAS. Materialidade e autoria comprovadas. Caso concreto em que policiais militares, durante patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de venda de drogas, realizaram a abordagem ao réu em razão de atitude suspeita, e, na sua posse, apreenderam pedras de crack. Após, se deslocaram até a residência do réu, nas proximidades, onde encontram e apreenderam pedras de crack, tijolos de maconha, porções de cocaína, e um tijolo de haxixe, além de arma de fogo, munições, balança de precisão e materiais utilizados para fracionamento e embalagem de drogas. Apreensão que totalizou 716,80 g de maconha; 257,85 g de crack; 63,75 g de cocaína; e 7,63 g de haxixe. Validade dos depoimentos dos policiais, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sem apresentarem divergências. Tese de enxerto que não encontra qualquer suporte na prova dos autos. Desnecessidade de ato de mercancia para a caracterização da infração penal, quando os indicativos de prova, notadamente a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, demonstram, à saciedade, a intenção do comércio ilegal. Pleito desclassificatório inviável, já que incomum não é que o réu estivesse traficando também com o intuito de alimentar seu vício - não comprovado -, o que não afasta a conduta delituosa.

Condenação mantida.

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. Materialidade e autoria comprovadas.

Caso concreto em que apreendida, no interior da residência do réu, uma pistola calibre 9mm; 25 cartuchos de mesmo calibre; 15 cartuchos calibre 380; e 25 cartuchos calibre 38. Delito de porte ilegal de arma de fogo que se caracteriza como crime de perigo abstrato e como tal independe de resultado naturalístico, pois descreve condutas sem apontar um resultado específico, ou seja, não exige lesão a um bem jurídico concreto. O risco à segurança coletiva deriva da prática de qualquer das condutas previstas no tipo penal em abstrato. A conduta atribuída ao acusado de possuir arma de fogo e munições é autônoma e não se confunde com a majorante prevista no inciso IV do artigo 40 da Lei nº 11.343/06, na medida em que esta prevê que a pena do crime de tráfico será aumentada se "o crime tiver sido praticado Com (...) emprego de arma de fogo (...)", o que não Ocorreu na espécie, e tampouco foi assim denunciado.

Condenação do réu pelo crime autônomo de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito mantida.

APENAMENTO. Penas-base. Circunstâncias de ambos os crimes que se mostram desfavoráveis. Em relação ao crime de tráfico de drogas, a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos levam à exasperação da pena-base, nos termos em que autoriza o art. 42 da Lei nº 11.343/06. No tocante ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, o fato de terem sido apreendidos 65 cartuchos, sendo 40 deles de calibres diversos daquele da arma apreendida, deve ser considerado desfavorável.

Reanálise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP que leva ao aumento das penas-base.

Minorante relativa ao tráfico privilegiado. Inviável o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na medida em que o réu registra duas condenações criminais, uma delas já transitada em julgado, pela prática de tráfico de drogas, demonstrando, assim, intenso envolvimento em práticas delitivas, impedindo o reconhecimento da minorante em questão.

Regime de cumprimento. Em razão da quantidade de pena estabelecida ao réu, fixado o regime fechado para o início do cumprimento, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do CP.

Pena de multa que decorre da condenação, sendo inviável o seu afastamento pelo fato de o réu condenado não poder suportar o pagamento. Questão que, deve ser submetida ao Juízo da Execução Penal, a fim de que este defina o modo de pagamento da multa.

RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDA.

Interposto recurso especial, este não foi admitido pela Instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual a agravante sustenta que os óbices indicados na decisão objurgada não incidiriam *in casu*.

Pugna pelo acolhimento do agravo a fim de que seja admitido e provido o apelo raro.

Parecer do Ministério Público Federal às e-STJ fls. 362-364, pelo desprovimento do agravo em recurso especial.

É o relatório.

Quanto à indigitada violação ao 59 do Código Penal, o Tribunal local consignou as reprimendas basilares nos seguintes termos (e-STJ fls. 294-295, grifos

acrescidos):

[...]

Quanto ao apenamento, início pela apreciação do recurso interposto pelo Ministério Público, no qual requer a exasperação das penas-base aplicadas ao réu.

E, quanto ao ponto, assiste razão.

Verifica-se a Sentenciante, ao fixar as penas-base, considerou neutras ou favoráveis ao acusado todas as vetoriais do artigo 59 do Código Penal, em relação a ambos os crimes, fixando as penas-base no mínimo legal - cinco anos de reclusão ao delito de tráfico de drogas e três anos de reclusão ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Entretanto, tenho que as circunstâncias de ambos os crimes devem ser sopesadas de forma negativa.

No tocante ao crime de tráfico de drogas, as circunstâncias devem ser consideradas desfavoráveis em razão da quantidade e da diversidade de entorpecentes apreendidos, conforme autoriza o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. E, como se viu, houve a apreensão de seis tijolos de maconha, totalizando 716,80 gramas; cento e vinte uma pedras e fragmentos de crack, pesando 257,85 gramas; onze buchas de cocaína, pesando 63,75 gramas; um tijolo de haxixe, pesando 7,63 gramas, o que autoriza o incremento da basilar.

Já em relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, verifica-se que, além das munições compatíveis com a arma apreendida, foram localizados e igualmente apreendidos cartuchos de outros calibres (15 cartuchos calibre 380; e 25 cartuchos calibre 38), não se podendo comparar as circunstâncias deste fato com aqueles em que apreendidos arma ou munição de um único calibre, ou até mesmo poucas ou mesmo um único projétil.

Feitas essas considerações, e tendo em vista que desfavoráveis as circunstâncias de ambos os crimes, estabeleço as penas - base em cinco anos e seis meses de reclusão ao crime de tráfico de drogas, e em três anos e três meses de reclusão ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, quantum que entendo adequado, suficiente e necessário ao caso dos autos.

Da compreensão do fragmento destacado, constata-se que o aresto impugnado está em alinhamento ao entendimento sufragado por este Tribunal Superior sobre o assunto, no sentido de que cumpre ao magistrado, na fixação da pena-base, e à luz da discricionariedade juridicamente vinculada, considerar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e, especialmente, a eventual natureza (nociva) e a quantidade

(expressiva) do material estupefaciente objeto de apreensão, *in casu*, circunscrito em 716,80 g de maconha; 257,85 g de crack; 63,75 g de cocaína; e 7,63 g de haxixe, a teor do prevalente artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Sobre o tema, propala esta Corte de Superposição que "*a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a exasperação da pena-base. Inteligência do art. 42, da Lei 11.343/06*" (HC 352.462/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016 - g.n.).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 7 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS E PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. PROPORCIONALIDADE. PENA MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, observa-se que a pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com lastro na [...] quantidade e nocividade das drogas apreendidas, argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e ao art. 59 do CP. Precedentes.

[...]

(HC 381.346/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 05/05/2017 - grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AUTÔNOMA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O próprio art. 42 da Lei n. 11.343/2006 evidencia a existência de duas circunstâncias (natureza e quantidade da substância ou do produto) - também previstas no revogado art. 37 da Lei n. 6.368/1976 - que devem, agora, ser consideradas com preponderância sobre o disposto no art. 59 do Código Penal.

2. A natureza e a quantidade da substância ou do produto podem ser

sopesadas, na primeira fase da individualização da pena, como circunstâncias autônomas ou ser valoradas dentro de uma das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal - a título, por exemplo, de culpabilidade desfavorável ou de circunstâncias desfavoráveis do crime -, sendo certo que tal escolha (se serão autônomas ou não) cabe ao Juiz da causa, dentro da sua discricionariedade juridicamente vinculada.

[...]

4. Uma vez que os recorridos foram apreendidos com elevada quantidade de drogas (quase 1 kg de maconha), assiste razão ao Ministério Público ao sustentar a impossibilidade de a pena-base ser fixada no mínimo legal.

5. Recurso especial provido para, reconhecida a violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, concluir pela desfavorabilidade da circunstância relativa à quantidade de drogas apreendidas e, por conseguinte, exasperar a reprimenda dos acusados, nos termos do voto do relator.

(REsp 1596760/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 04/10/2016 - grifou-se)

Assim, por se encontrar o acórdão fustigado em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto no Enunciado n.º 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

Por tais razões, afigurando-se inadmissível o apelo nobre, **conhece-se do agravo para não conhecer do recurso especial**, nos termos do artigo 34, inciso VII, combinado com o artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea *a*, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se e intime-se.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator