AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.394.194 - MS (2018/0294202-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	KAYLA KARINA GONÇALVES LIMA ACOSTA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVANTE	:	GUSTAVO GASPARINO DA SILVA
ADVOGADO	:	ARLEI DE FREITAS - MS018290
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que a ora agravante KAYLA KARINA GONÇALVES LIMA ACOSTA foi denunciada como incursa nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), absolvida da segunda imputação e condenada às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, além de pagamento de 188 dias-multa, em regime inicial aberto, sendo a pena substituída por duas restritivas de direitos, conforme a sentença de fls. 219-242.

A acusação apelou, pleiteando a fração mínima na aplicação da causa de diminuição prevista na Lei Antidrogas para a primeira agravante e o afastamento da conversão da pena corporal e a fixação do regime fechado para o segundo agravante.

O Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial, conforme a seguinte ementa:

> *APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL TRÁFICO DE DROGAS DOIS RÉUS PEDIDO DE REDUÇÃO DO QUANTUM DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PARA 1/6 (UM SEXTO) ACOLHIDO ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (461,8KG DE MACONHA) AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O FECHADO RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Como cediço, não existe fórmula matemática estabelecida em lei para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4° do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, cabendo ao magistrado, dentro dos parâmetros legais, analisar as peculiaridades de cada caso e estabelecer a fração mais justa e adequada à repreensão e*

prevenção do delito, atentando-se às circunstâncias previstas no artigo 59, do Código Penal, e no artigo 42, da Lei nº 11.343/06. Na hipótese dos autos, diante da quantidade exorbitante de droga apreendida (461,8kg de maconha), o privilégio sequer deveria ter sido reconhecido em favor da apelada Kayla, por evidenciar o forte compromisso desta com o tráfico e o envolvimento com organização criminosa. Contudo, observando-se os limites do recurso ministerial e o princípio da non reformatio in pejus, a minorante deve ser reduzida para o patamar mínimo de 1/6 (um sexto).

2. Deve ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, porquanto a reprimenda redimensionada suplanta 04 (quatro) anos de reclusão, encontrando óbice no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

3. Apesar da reprimenda corporal dos apelados ser inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a quantidade exorbitante de droga apreendida (461kg de maconha) revela que o regime fechado é mais adequado à prevenção e reprovação da conduta, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Recurso ministerial provido, para reduzir o quantum de incidência da redutora do tráfico privilegiado, reconhecida à apelada Kayla, para o patamar de 1/6 (um sexto), afastando-se, por consequência, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito, bem como para fixar o regime inicial fechado para ambos os apelados (fl. 355).

Na sequência, a defesa interpôs o recurso especial, no qual alega violação dos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal - CP.

Sustenta, em síntese, que *"o voto proferido atenuou o quantum de diminuição fixado na sentença, qual seja, 2/3 (máximo previsto na lei), em prol da ora recorrente, fundamentando sua decisão na "expressiva quantidade de drogas", fato esse que, resultando em um acréscimo de 01 ano para a circunstância judicial referente a quantidade de droga, foi devidamente sopesado quando da dosagem da pena, em sua primeira fase"* (fl. 504), incorrendo em *bis in idem*.

Requer o restabelecimento da fração máxima aplicada na sentença e a modificação do regime de pena, além da substituição por restritiva de direitos.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

Contraminuta (fls. 568-590).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo (fls.

630-634).

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo em recurso especial, visto que atacado o fundamento da decisão agravada.

O recurso não merece provimento.

O acórdão impugnado assentou:

> *"A insurgência ministerial comporta provimento.*
>
> *Como cediço, o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 prevê a figura do tráfico privilegiado/eventual, possibilitando a redução da pena na fração de 1/6 a 2/3, quando preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: a) ser o agente primário; b) portador de bons antecedentes; c) não se dedicar às atividades criminosas; e d) não integrar organização criminosa.*
>
> *Não existe formula matemática estabelecida em lei para a fixação do quantum de incidência da referida causa especial de diminuição de pena, cabendo ao magistrado, dentro dos parâmetros legais, analisar as peculiaridades de cada caso e estabelecer a fração mais justa e adequada à repreensão e prevenção do delito.*
>
> *Sabe-se, todavia, que na busca do índice ideal, deve-se considerar, com preponderância sobre as moduladoras previstas no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, nos exatos termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/06.*
>
> *[...]*
>
> *No caso em epígrafe, observa-se que o d. Juiz a quo reconheceu o benefício do tráfico privilegiado à apelada Kayla Karina e reduziu a pena no patamar de 2/3 (dois terços), justificando, para tanto, que "a ré é primária, tem bons antecedentes e, embora a quantidade de droga seja vultosa, em análise ao caso concreto inexistem elementos que indiquem sua dedicação às atividades criminosas ou que integre organização criminosa, razão pela qual deve ser aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06." Contraditoriamente, o sentenciante deixou reconhecer o benefício ao réu Gustavo Gasparino da Silva, fundamentando que 'a vultosa quantidade de droga apreendida demonstra que o réu se dedicava a atividades criminosas. Ora, não se tratava só de droga pronta, mas também de sementes que, como se sabe, exige um conhecimento, ou um envolvimento maior do traficante para ter este tipo de produto como se colocará melhor adiante.' (p. 220-43).*
>
> *<u>De fato, a expressiva quantidade de droga apreendida (461,860kg de maconha) certamente evidencia o forte compromisso dos apelados com o tráfico e o envolvimento destes com organização criminosa.</u>*
>
> *<u>Portanto, o reconhecimento da referida causa de</u>*

> *diminuição de pena à apelada Kayla Karine, por si só, representa verdadeiro benefício, haja vista que não se encontram satisfeitos os requisitos legais necessários.*
>
> *Contudo, como o órgão ministerial busca, em seu recurso, apenas a redução do patamar de incidência para o mínimo legal de 1/6 (um sexto), não há como afastar o referido privilégio, sob pena de ofensa ao princípio da non reformatio in pejus.*
>
> *Destarte, a fração relativa ao tráfico privilegiado deve ser reduzida para 1/6 (um sexto), diante a elevada quantidade de droga apreendida, nos termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/06."* (fls. 359/360)

Como visto, o voto condutor assentou que a enorme quantidade de droga apreendida – quase meia tonelada de maconha – era um indicativo seguro de que a ora recorrente dedicava-se à atividade criminosa, todavia, como na apelação o *Parquet* insurgiu-se apenas em relação ao *quantum* de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a Corte de origem não poderia afastar a aplicação deste redutor, mas fez apenas o que era possível, porquanto o apelo não procurava afastar o referido redutor, tão somente modular o seu percentual.

Assim, não se cogita da ocorrência do alegado *bis in idem*, pois a quantidade de droga não foi utilizada para aumentar a pena-base, bem como para reduzir a diminuição da pena, porquanto a ré sequer tinha direito na redução da reprimenda.

Na realidade, como bem anotado no Tribunal de origem, a despeito da ré não fazer jus a este benefício, o mesmo não seria afastado em virtude da aplicação do princípio da *nom reformatio in pejus.*

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator