RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.804 - SP (2019/0035915-7)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : JOSE THIAGO DE ARAUJO BARBOSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (862,3G DE *CRACK*). VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP, C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VETORES JUDICIAIS NEGATIVADOS. CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. IDONEIDADE.
Recurso especial desprovido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **José Thiago de Araújo Barbosa**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 0011355-86.2016.8.26.063.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o recorrente como incurso nas iras do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 700 dias-multa (fls. 228/246).

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 270/281).

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo (fls. 328/333).

No presente recurso especial é apontada a violação do art. 59 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Argui que a *pena-base do recorrente foi fixada acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/5 (um quinto), sob o fundamento de ser considerável a quantidade de entorpecentes apreendida (cerca de 800g) e a maior nocividade da espécie (crack).* (fl. 370).

Assevera que *os autos dão conta da apreensão de quatrocentas e vinte porções de crack no total, sendo evidente que tal quantidade não pode ser reputada excessiva ou anormal, estando, aliás, perfeitamente compatível com o tráfico de varejo*. [...] *Neste ponto, cabe destacar que este Colendo Superior Tribunal de Justiça, em diversas ocasiões, admitiu a majoração da pena-base em virtude da quantidade de entorpecente, com base no artigo 42 da Lei 11.343/06* (fl. 371).

Pede o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja redimensionada a pena-base ao mínimo legal.

Oferecidas contrarrazões (fls. 379/386), o recurso especial foi admitido na origem (fl. 389).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento da insurgência (fls. 398/400).

> RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES. Parecer pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

O cerne do presente recurso especial diz respeito à arguição de inidoneidade na dosimetria da pena, notadamente na exasperação da pena-base.

No que diz respeito à valoração da pena-base, extrai-se da sentença condenatória o seguinte trecho: *Atendendo às diretrizes contidas no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de multa de 600 (seiscentos) dias-multa, calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do crime, com correção monetária desde aquela data,* ***pois agiu com dolo intenso, na medida em que possuía e tinha em depósito grande quantidade de entorpecente, totalizando mais de oitocentos gramas de "crack", expondo a perigo a saúde de incontável número de pessoas****, tudo apenas visando a lucro fácil* (fls. 242/243 – grifo nosso).

Corroborando a dosimetria da pena basilar efetuada pelo Juízo singular, a

Corte *a quo* expôs as seguintes razões (fl. 332 – grifo nosso):

> [...]
> **As penas restaram justas e proporcionais, não merecendo reparo algum. O acréscimo aplicado sobre as básicas, com fundamento nos artigos 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, restara correto e deve ser mantido, pois o réu demonstrou dolo intenso, comercializando droga das mais nefastas, em grande quantidade.** [...]

Da leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que os fundamentos apresentados pelas instâncias ordinárias são robustos o suficiente para a preservação da exasperação da pena-base, não havendo que se falar em inidoneidade no reconhecido desvalor.

A propósito:

> REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. **PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE**.
> 1. **Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas**.
> 2. **Na espécie, a reprimenda de piso foi fixada acima do mínimo legal, em razão da natureza e a excessiva quantidade do estupefaciente apreendido, encontra-se devidamente justificada**.
> BENEFÍCIO PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE. DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. RECONHECIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. Reconhecida a participação do acusado à atividade criminosa, na qualidade de transportador da droga, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.
> 2. *In casu*, as circunstâncias do caso concreto, notadamente o registro de viagens internacionais, de curta duração, sem que fosse demonstrado pelo réu a realização de despesas com passagens aéreas, locomoção, estadias, entre outras, são aptas a indicar que a contribuição do agravante para a logística de distribuição do narcotráfico não era eventual.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp n. 1.204.497/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 20/4/2018 – grifo nosso).

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (3.111,9 G DE COCAÍNA). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 2º, B; 59; E 68, TODOS DO CP. PLEITOS DE REDUÇÃO DA PENA-BASE E DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. **PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS**

NEGATIVAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. ESCORREITA APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PRESERVAÇÃO DA PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE.

1. Na sentença condenatória foi disposto que no caso concreto, [...] o réu possuía mais de 3 kg de cocaína, quantidade muito expressiva, que justifica correspondente a exasperação da pena base em 2 anos de reclusão e 200 dias-multa. [...] A natureza da substância (cocaína) revela especial potencial lesivo, na medida em que causa elevado grau de dependência química, razão pela qual sua pena base merece ser exasperada também pela natureza da substância. Nesse sentido, exaspero a pena base em 01 ano de reclusão e 100 dias-multa.

2. Ao dissertar sobre a dosimetria da pena e o regime prisional, a Corte roraimense expôs que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal devido a elevada quantidade de entorpecente apreendida, não sendo o caso de erro na dosimetria da pena, e tampouco merece ir retoque a sentença, pois esta guardou proporcionalidade e razoabilidade no caso em concreto. [...] Desse modo, mantida a pena fixada na sentença, os pedidos de substituição para pena restritiva de direito ou de cumprimento de pena em regime aberto, não merecem prosperar, apresentando-se justo e eficaz para o caso em concreto o regime prisional para o quantum de pena fixado na sentença.

3. **O entendimento esposado pelo Tribunal de origem não merece reparos, mormente em função da escorreita aplicação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que, com suporte na quantidade e na natureza da droga apreendida, permite ao magistrado, utilizando-se de critérios discricionários, exasperar a pena-base com preponderância sobre as circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal**.

4. ***A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes. [...] não se pode olvidar a existência de circunstância desfavorável (quantidade e diversidade das drogas apreendidas) que foi considerada na dosimetria da pena, na primeira fase, para fixar a pena-base acima do mínimo legal. Assim, inviável a fixação do regime intermediário unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006*** **(HC n. 475.360/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/12/2018)**.

5. Validada a negativação dos referidos vetores judiciais - quantidade e natureza da droga apreendida -, e, consequentemente, estando a pena-base, de forma escorreita, disposta acima do mínimo legal, idônea a exasperação do regime prisional do agravante, notadamente com suporte no art. 33, § 3º, do Código Penal.

6. O art. 33, § 3º, do CP dispõe que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Assim, conquanto a pena tenha sido fixada em 4 anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, tendo em vista o registro de circunstância judicial negativa (maus antecedentes) na primeira fase da dosimetria (AgRg no AREsp n. 684.527/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/6/2018).

7. Ainda que a quantidade de pena fixada recomende o arbitramento de regime prisional mais brando, o respectivo recrudescimento se mostra adequado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, se estabelecido com fundamento nas circunstâncias judiciais desfavoráveis extraídas dos autos (AgRg no AREsp n. 763.859/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 28/8/2017).

> 8. Agravo regimental improvido.
>
> (AgInt no REsp n. 1.775.300/RR, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 12/3/2019 – grifei).

Diante do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator