

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.210.836 - AM (2017/0306233-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : PALOMA MENDONCA DE QUEIROZ
ADVOGADO : ROMMEL JÚNIOR QUEIROZ RODRIGUES E OUTRO(S) -
AM008279
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **PALOMA MENDONÇA DE QUEIROZ** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 33, § 4º, da Lei 11.343/06, 33, § 2º, c, do Código Penal, e 617 do Código de Processo Penal.

Insurge-se com a majoração da pena-base, à alegação de que houve violação do princípio do *non reformatio in pejus*, porquanto a Corte de origem, inobstante tenha decotado da primeira da fase da dosimetria a circunstância da quantidade da droga, transferindo-a para a terceira fase, manteve a mesma pena de 6 (seis) anos de reclusão, ou seja, de duas circunstâncias utilizadas para a majoração (quantidade e natureza da droga), deixou apenas uma delas (a natureza da droga), sem diminuir a reprimenda.

Assevera que o Tribunal Estadual, apesar de absolver a recorrente do delito de associação para o tráfico, manteve o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com fundamento na quantidade de droga apreendida, violando a legislação federal, "pois a quantidade de droga apreendida não está elencada em tal dispositivo legal como um dos 3 (três) requisitos (primariedade, bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosas) para a aplicação de tal minorante especial" (e-STJ, fl. 389).

Aduz que a agravante não se dedica a atividades criminosas, porquanto "a própria Corte Estadual Recorrida reconheceu que a recorrente era primária e ostentava bons antecedentes criminais; tendo inclusive a absolvido do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/2006), por justamente entender que não havia provas da sua habitualidade nesse prática criminosa, decorrente do *animus* associativo estável e permanente entre ela e o outro condenado, exigidos para caracterizar desse crime; reformando, nesse ponto, a decisão de primeiro grau" (e-STJ, fl. 392).

Obtempera que, "incorrendo em erro ainda mais grave, a Corte Estadual Recorrida deixou de assegurar à recorrente o regime inicial aberto (...) mesmo após tê-la absolvido do crime de associação par ao tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), e diminuído sua pena de 7 (sete) para 4 (quatro) anos" (e-STJ, fl. 394).

Alega que estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Por fim, requer a diminuição da pena-base em 6 meses, a aplicação da minorante no grau máximo, a permuta da pena e a fixação do regime aberto.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 403-421), o recurso foi inadmitido com fundamento na Súmula 7 do STJ (e-STJ, fls. 422-426). Daí este agravo (e-STJ, fls. 441-458).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do agravo para

que seja dado provimento parcial ao recurso especial (e-STJ, fls. 531-536).

É o relatório.

Decido.

Sobre os temas controvertidos expostos nas razões do recurso especial, o Tribunal *a quo* assim se manifestou:

"A Recorrente requer na dosimetria da pena: "a diminuição da pena do que sobejar, por conta da aplicação no patamar máximo da causa específica de diminuição, prevista no art. 33, § 40, da Lei no 11.343/2006; a causa de diminuição geral, prevista no art. 29, § 10, do CP; e das circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, que não foram enxergadas pelo juízo recorrido, mas que se fazem presentes e são favoráveis à recorrente".

Na primeira fase de aplicação da pena, certifica-se que o Magistrado fixou a pena -base em 6 (seis) anos de reclusão e a sanção de 600 (seiscentos) dias - multa, levando em conta para a exasperação a quantidade e variedade (21 trouxinhas de maconha - 20,94 gramas; 177 trouxinhas e mais uma porção de cocaína - 80,07 gramas) de drogas apreendidas, conforme sintetiza o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Nesta oportunidade, em que pese a presença das circunstâncias da natureza (cocaína) e da quantidade (133,03 gramas) da substância, conforme preleciona o art. 42 da Lei no 11.343/06, neste momento, altera-se a fundamentação do d. Juiz de piso, para somente exasperar a pena -base com fundamento na natureza da substância entorpecente, deixando de considerar a quantidade da droga, para analisá-la na terceira fase, a fim de se evitar violação ao princípio do non bis in idem.

Quanto as circunstâncias judiciais conduta social e personalidade do agente previstas no art. 59 do CP, cabe mencionar que elas sempre serão neutras ou desfavoráveis ao agente. No caso em análise o Juiz deixou de valorá-las vez que não há elementos suficientes nos autos, razão pela qual ficaram neutras no momento da dosagem da pena.

No que diz respeito à personalidade do agente, incumbe ressaltar que a 1ª Câmara Criminal conforme recente precedente (0000820-80.2013) não a valora, vez que para tanto necessita de uma abordagem técnica-científica específica.

Portanto, deve permanecer a pena-base aplicada pelo d. Juiz a quo, qual seja, 06 (seis) anos de reclusão e a sanção de 600 (seiscentos) dias -multa.

Na segunda fase, não havendo circunstâncias agravantes e atenuantes, manteve-se a pena -provisória no mesmo patamar da fase anterior.

Na terceira fase, incumbe analisar o pleito de aplicação do tráfico privilegiado.

O d. Juiz de piso afastou a causa especial de diminuição de pena (tráfico privilegiado) elencada no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo em vista o reconhecimento do crime de associação para o tráfico (art. 32 da Lei nº 11.343/06), o que presume o envolvimento da agente em atividade desenvolvida por grupo criminoso.

No entanto, considerando a absolvição da Apelante pelo crime de associação ao tráfico, leva-se a efeito para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado a alta quantidade de droga apreendida, além das circunstâncias objetivas apontadas denúncia de

tráfico e dinheiro em espécie trocadas circunstâncias estas que justificam a impossibilidade de incidência do redutor previsto no § 40 do art. 33 da Lei Antidrogas, visto que evidenciam a dedicação do agente à atividade criminosa.

Por fim, o d. Juiz sentenciante aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 29, §10, do CP, no patamar de 1/3 (um terço), fixando a pena em 04 (quatro) anos de reclusão, e a sanção pecuniária em 400 (quatrocentos) dias-multa, sendo cada dia multa fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do cometimento da infração, tornando-a concreta e definitiva.

Ao exposto, ficam mantidas a pena em concreto aplicada pelo juízo sentenciante, qual seja, 04 (quatro) anos de reclusão e a sanção pecuniária em 400 (quatrocentos) dias -multa.

Estipula-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP ("a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código")." (e-STJ, fls. 336-338).

A princípio, cabe esclarecer que "o efeito devolutivo da apelação é total ou parcial quanto à extensão e sempre integral quanto à profundidade. O Tribunal poderá analisar, com ampla profundidade, a pretensão recursal que lhe foi submetida, não ficando adstrito aos fundamentos adotados em primeiro grau, desde que respeitada a extensão objetiva do recurso." (HC 311.439/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/02/2016).

A propósito:

"[...]

IV - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 628.568/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 11/05/2016).

No que se refere à mencionada *reformatio in pejus*, por ter a Corte *a quo* acrescentado fundamentos para, apesar de excluir uma circunstância judicial anteriormente considerada desfavorável, manter a mesma quantidade da pena-base imposta (6 anos de reclusão e 600 dias multa), consigna-se que "a proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de *jurisdictio* - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem [...]" (HC 349015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

Neste sentido:

"[...]

IV - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 628.568/MG, Min. Rel. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/05/2016).

"[...]

2. O princípio do *non reformatio in pejus* não obsta que o Tribunal *a quo*, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre fundamentos próprios, respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem. Precedente.

"[...]

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas - 125 pinos plásticos de cocaína (58,65g) e 155 trouxinhas de maconha (268,5g).

"[...]

10. Habeas corpus não conhecido."

(HC 360.745/SP, Min. Rel. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/08/2016).

Além disso, quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para a inteligência do art. 42 da Lei 11.343/2006, segundo o qual "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".

In casu, o Tribunal *a quo* fundamentou expressamente a majoração da pena-base, considerando, em especial, a natureza da droga apreendida – cocaína (e-STJ, fl. 336) –, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Daí, não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos

concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

Assim, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal. A esse respeito, os seguintes precedentes:

"[...]

1. *In casu*, a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

2. Para se acolher a tese de que as agravantes não integram organização criminosa, bem como não se dedicam a atividades criminosas, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1484961/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017).

"[...]

- 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.

- A fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

- Em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, como ocorre na espécie, 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, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

- No caso, embora sejam favoráveis as circunstâncias judiciais, a elevada quantidade e a extrema nocividade da droga apreendida, a saber, 70 Kg (setenta quilos) de cocaína, são fundamentos idôneos a embasar o aumento da pena-base no patamar intermediário de 1/3. Precedentes desta Turma.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a sanção imposta ao paciente para 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 1.865 dias-multa."

(HC 333.860/MA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe

01/02/2016).

"[...]

3. A Corte Regional decidiu em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e com o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, segundo o qual o juiz deve considerar, ao fixar a pena-base, a natureza e a quantidade da droga com preponderância sobre o disposto no artigo 59 do Código Penal.

"[...]

5. *Agravo regimental improvido.*"

(AgRg no REsp 1442092/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 17/8/2015).

Ademais, considerando os limites máximo e mínimo previstos no preceito secundário do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (mínimo de 5 anos e máximo de 15 anos), o aumento da pena-base em 1 (um) ano em razão de 1 (uma) circunstância judicial devidamente fundamentada não se revela desproporcional ou excessivo.

Dessa forma, como não houve agravamento da situação do recorrente, uma vez que a pena-base manteve-se a mesma, tem-se a inocorrência da *reformatio in pejus*.

No que tange à insurgência recursal em razão do afastamento da minorante, melhor sorte não assiste à recorrente.

Como é sabido, os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Segundo decidido por esta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

Tem-se decidido também que a quantidade de droga e as demais circunstâncias do art. 59 do CP devem servir de parâmetro para a definição do *quantum* de redução – de um sexto até dois terços – e para se constatar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes ou de sua participação em organização criminosa, a fim de obstar a incidência do referido benefício legal (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação da recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida (20,94 gramas de *cannabis sativa* e 80,07 gramas de cocaína, e-STJ, fl. 336). Assim, a modificação desse entendimento – para acolher a pretensão de que ela não se dedica à atividade criminosa – exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

Ilustrativamente:

"[...]

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de averiguar os requisitos legais

para incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena e o percentual a ser fixado. Óbice do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte." (AgRg no AREsp 744.179/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 23/10/2015).

"[...]

A decisão agravada está em absoluta conformidade com a massiva jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que aferir a dedicação a atividades criminosas, para o fim de negar ou deferir o redutor da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, demanda o revolvimento de fatos e provas o que é terminantemente vedado pela Súmula 7."

(AgRg no AREsp 644.360/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 17/11/2015).

O regime intermediário, por sua vez, deve ser mantido, diante da aferição desfavorável das circunstâncias judiciais (natureza da droga) que justificou o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP.

Corrobora:

"*HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. PENA DE MULTA. *REFORMATIO IN PEJUS*, OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, a saber, a natureza das drogas apreendidas - ecstasy, LSD e cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado ao paciente, condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável a imposição do regime inicial intermediário.

2. Verificada a ocorrência de *reformatio in pejus* no acórdão guerreado, em razão da aplicação de multa em valor superior ao fixado na sentença condenatória, mister o restabelecimento do montante fixado em primeira instância.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000699-53.2008.8.16.0013, bem como restabelecer o valor da multa fixada pelo Juízo de primeira instância."

(HC 372.695/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/2/2017, DJe 10/2/2017).

Por fim, no que tange ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que esse tema não foi enfrentado pelo Tribunal *a quo*. Dessa forma, a matéria que não foi ventilada no acórdão recorrido e não

foi objeto de embargos de declaração carece do necessário prequestionamento, recaiando à espécie a Súmula 282 do STF, a qual transcrevo: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, III, do CPC c/c art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, **conheço** do agravo para **não conhecer** do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

