RECURSO ESPECIAL Nº 1.778.749 - MG (2018/0298692-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	ROGERIO BRUNO DE SOUZA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o recorrente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), foi condenado às penas de 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 710 dias-multa, conforme a sentença de fls. 235-261.

A defesa interpôs apelação, pleiteando a desclassificação da conduta ou a redução da pena, a modificação do regime e a isenção de custas.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo, conforme a seguinte ementa:

> *APELAÇÃO - TÓXICOS - CRIME DE TRÁFICO - PROVA SUFICIENTE EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS - DEPOIMENTO DOS POLICIAIS - CREDIBILIDADE - COMÉRCIO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - CABIMENTO EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS - DOSIMETRIA - PENA-BASE - MANUTENÇÃO - REGIME PRISIONAL FECHADO - APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO ART. 33 DO O CPB - CUSTAS - ISENÇÃO.*
>
> *- Para a caracterização do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06, crime de ação múltipla, basta a simples posse da droga pelo agente, não se exigindo a respectiva consumação de qualquer resultado, como a venda ou a efetiva entrega do entorpecente.*
>
> *- Os depoimentos dos policiais merecem todo o crédito, se são coerentes, firmes e seguros e se contra eles não há qualquer indicio de má-fé.*
>
> *- Não havendo provas de que o réu mantinha drogas para o comércio, mas tão somente para o uso pessoal, deve-se desclassificar o tipo penal para o art. 28 da lei antidrogas.*
>
> *- Fixada a reprimenda conforme circunstâncias judiciais e as regras do art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei de Tóxicos, inviável*

é a sua alteração.

- O regime prisional de cumprimento inicial de pena deve ser fixado conforme a regra geral do art. 33 do CPB, independente da natureza hedionda ou não do delito.

- Isenta-se do pagamento das custas o réu assistido por defensor público ou quem lhe faça as vezes (fl. 387).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 407-410).

Em sede de recurso especial, a defesa alega violação ao disposto nos arts. 59 do Código Penal - CP e 387 do Código de Processo Penal - CPP , além de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, pois a maioria das circunstâncias são favoráveis, ou em patamar proporcional próximo do mínimo.

Assevera que *"o quantum de aumento da reprimenda aplicado na sentença monocrática em razão do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, restou demasiadamente elevado, tendo sido determinado em 01 (um) ano e 6 (seis) meses, o que corresponde a mais de 36% (trinta e seis por cento) da pena-base em seu mínimo legal (05 anos), não havendo justificação adequada para embasar tamanha elevação"* (fl. 423), e que é inidôneo argumento para considerar a personalidade como desfavorável.

Contrarrazoado (fls. 429-440) e admitido o recurso (fls. 442-445), o Ministério Público Federal opinou pelo seu desprovimento (fls. 458-459).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

A irresignação merece parcial provimento.

De inicío, anoto que *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 (um sexto) para cada fator desfavorável* (AgRg no AREsp 484.057/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 9/3/2018).

Com efeito, o acórdão recorrido manteve a majoração da pena-base ante a consideração desfavorável dos maus antecedentes com fundamento nos registros de condenações definitivas anteriores. No tocante a este vetor, a dosimetria da pena não

merece reparos.

Por outro lado, na fixação da pena é inviável adotar elementos genéricos ou inerentes ao tipo penal, como no caso, em que o acórdão manteve o fundamento da sentença de que o réu tem predisposição para o crime e, dessa forma, exasperar a reprimenda na primeira fase. Assim, deve ser afastado o acréscimo da reprimenda quanto à personalidade, pois no caso, inexistem elementos concretos aptos a desfavorecer este vetor. A propósito, trago precedente:

> *PENAL E PROCESSO PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. 1. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ART. 399, § 2º, DO CPP. NULIDADE DO PROCESSO. NÃO VERIFICAÇÃO. DISCIPLINA DO ART. 132 DO CPC. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 2. IMPUGNAÇÃO DE TESTEMUNHOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CPP. 3. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MATÉRIA QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. 4. DOSIMETRIA DA PENA. PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS VALORADAS DE FORMA INIDÔNEA. MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME INERENTES AO TIPO PENAL. PERSONALIDADE VALORADA ABSTRATAMENTE E COM OFENSA AO VERBETE N. 444/STJ. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS PARA ADEQUAR A DOSIMETRIA.*
>
> *[...]*
>
> *3. Quanto à alegada atipicidade da conduta imputada ao impetrante/paciente, não é a via eleita a sede apropriada para revolvimento do arcabouço probatório, pois não é possível, em habeas corpus, reverter a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias acerca da materialidade e da autoria por meio da análise exauriente das provas carreadas aos autos.*
>
> *4. O fato de os motivos não serem morais nem sociais é circunstância inerente à quase totalidade dos delitos. Igualmente, a circunstância de trabalhar sob a confiança da vítima, me parece inerente ao tipo de apropriação indébita, uma vez que, em regra, não se entrega bem ou valor à posse ou detenção de pessoa que não se tem confiança. Igualmente, o exame da personalidade exige elementos concretos, vedada a utilização de inquéritos e ações em andamento, conforme dispõe o verbete n. 444 da Súmula desta Corte.*
>
> *5.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 18 dias multa, mantidos os demais termos da sentença* (HC 280.592/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 08/09/2015).

Portanto, merece reforma o acórdão quanto à dosimetria da pena, apenas no referente à personalidade do agente, conforme a seguir:

Afastada a circunstância judicial acima e sendo desfavorável apenas um vetor, fixo a pena-base no patamar proporcional de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Na fase intermediária, conforme a sentença, ausentes atenuantes e presente a agravante da reincidência, aplico a fração proporcional de 1/9 e fixo a pena em 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 648 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e aumento, nos termos da sentença, fixo a pena definitiva em 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 648 dias-multa.

Ficam mantidos os demais termos do acórdão.

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para redimensionar a pena fixada ao recorrente, nos termos da fundamentação acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator