AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.361.837 - ES (2018/0238373-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	PAULO VICTOR DOS SANTOS
ADVOGADO	:	RENAN FERNANDES BRILHANTE - ES024301
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

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

Consta dos autos que o réu, denunciado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), foi absolvido da segunda imputação e condenado às penas de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de pagamento de 500 dias-multa, conforme a sentença de fls. 187-199.

A defesa interpôs apelação, alegando preliminar de nulidade e, no mérito, pleiteando a absolvição por insuficiência de provas do crime de tráfico e a redução da pena.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação, conforme o acórdão assim ementado:

> *RECURSOS DE APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS RECURSO DO 1º APELANTE: PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ PRELIMINAR REJEITADA MÉRITO ABSOLVIÇÃO IMPOSSIBILIDADE MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS REDUÇÃO DA PENA-BASE NECESSIDADE REDUÇÃO DO PATAMAR DE AUMENTO RELATIVO A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA NECESSIDADE APELO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DO 2º APELANTE: ABSOLVIÇÃO PELA INIMPUTABILIDADE NÃO CABIMENTO REDUÇÃO DA PENA PELA SEMI-IMPUTABILIDADE IMPOSSIBILIDADE REDUÇÃO DA PENA PELA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA INVIABILIDADE SÚMULA 231 DO STJ SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 44, DO CÓDIGO PENAL APELO IMPROVIDO.*
>
> *RECURSO DO 1º APELANTE:*

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ:

1. O princípio da identidade física do Juiz não é absoluto, somente se reconhecendo a nulidade se ficar comprovado o prejuízo às partes, o que não se verifica in casu.

2. PRELIMINAR REJEITADA.

MÉRITO:

1. Praticada uma das condutas previstas no artigo 33, "caput" da Lei nº 11.343/06, que se trata de um tipo penal misto alternativo, resta caracterizada a ocorrência do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. As provas dos autos comprovam a ocorrência do crime de tráfico ilícito de entorpecentes com relação ao apelante.

2. Os depoimentos de policiais, mormente quando em consonância com o conjunto probatório, possuem validade probatória.

3. Deve ser reduzida a pena-base estabelecida, eis que por mais que as circunstâncias judiciais consideradas de forma negativas tenham sido devidamente fundamentadas, o apenamento base se mostrou exacerbado.

4. Patamar de aumento relativo à agravante da reincidência que se mostrou exacerbado merecendo redução.

5. Se tratando de réu reincidente, deve ser mantido o regime inicial fechado de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, a, do Código Penal.

6. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

RECURSO DO 2º APELANTE:

1. O simples fato de o réu ser dependente químico não afasta ou reduz a responsabilização penal. Para tanto, é necessário prova pericial comprobatória da incapacidade ou perturbação mental do agente. Inexiste nos autos qualquer prova de que o apelante não tinha capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta. Portanto, não há que se falar em absolvição do recorrente em razão da alegada inimputabilidade, nos termos do artigo 45, da Lei nº 11.343/06, ou em redução da pena em razão da alegada semi-imputabilidade, nos termos do artigo 46, da Lei nº 11.343/06.

2. Não há como reduzir o apenamento do réu em razão da atenuante da confissão espontânea, eis que a pena-base fora estabelecida no patamar mínimo, não podendo quando da análise das atenuantes a pena ser estabelecida abaixo do mínimo, em atenção a Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não há a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista que a pena final restou estabelecida em quantum superior a 04 (quatro) anos, não restando preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal.

4. APELO IMPROVIDO (fls. 298-299).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 327-335).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 155, 386, VII, e 415, II, do Código de Processo Penal, 59 do Código Penal e 93, IX, da Constituição Federal, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, a inexistência de provas para a condenação, sendo que *"o Recorrente não assumiu a posse da droga, negando a autoria, apoiados ainda, pelos depoimentos de terceiros e pela própria exclusão de participação em confissão do corréu Clécio, que isentou de qualquer autoria e participação do crime do Art 33, caput, da Lei 11.343/06, entre outras provas"* (fl.345).

Alega que a pena-base deve ser readequada quanto à personalidade, pois *"considerando atentamente os pormenores do v. acordão e a respeitável sentença, verifica-se que a mesma apresenta em sua fundamentação, uma incerteza denotativa ou vagueza, carecendo de referência para fixação da resposta penal, estabelecendo uma elevação da reprimenda, acima do legal, ferindo o Art. 59 do Código Penal, que requer fundamentação sucinta e concreta"* (fl. 352).

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência da Súmula n. 7 desta Corte, bem como pela não demonstração da divergência.

Contraminuta às fls. 518-522. O Ministério Público Federal opina pela manutenção da decisão agravada (fls. 537-540).

É o relatório. Decido.

A irresignação merece parcial provimento.

De início, anota-se que em sede de recurso especial, destinado à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, é inviável o exame de suposta ofensa a dispositivos ou princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência reservada à Suprema Corte.

Com efeito, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, seria inevitável o reexame das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, *verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".*

Nesse sentido, confiram-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 28 E 33, AMBOS DA LEI N.º 11.343/06 E AO ART. 386, VII, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 871.789/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14.6.2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. MERO INCONFORMISMO DA PARTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ENTORPECENTES PROVENIENTES DO PARAGUAI. NATUREZA ABSOLUTA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. "O magistrado não está vinculado a todos os pontos de discussão apresentados pelas partes, de modo que a insatisfação com o resultado trazido na decisão não significa prestação jurisdicional insuficiente ou viciada pelos vetores contidos nos arts. 381, III, e 619, ambos do CPP" (AgRg no AREsp 275.141/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 19/11/2015).

2. "Na hipótese, a competência da Justiça Federal foi determinada em razão da natureza transnacional do crime, constatada pelas instâncias ordinárias a partir da análise dos elementos carreados aos autos. Assim, desconstituir tal conclusão demandaria inevitavelmente o reexame do quadro fático-probatório, sendo, todavia, vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ)." (AgRg no REsp 1.407.458/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 27/03/2018)

3. A pretensão de absolvição pelos delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, este último sob a alegação de falta de comprovação da estabilidade e permanência entre os réus, demanda, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em recurso especial (Súm. 7/STJ).

*4. Agravo regimental não provido (*AgRg no AREsp 1.395.919/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 1º/3/2019).

Quanto ao art. 59 do CP, o acórdão recorrido manteve a consideração desfavorável dos maus antecedentes com fundamento em um dos diversos registros de condenações anteriores, bem como da personalidade e conduta social. No tocante aos maus antecedentes, a dosimetria da pena não merece reparos.

Por outro lado, tais registros da folha de antecedentes não são aptos para aferição dos outros dois vetores, notadamente porque a Quinta Turma deste Sodalício tem entendimento de que condenações pretéritas, ainda que transitadas em julgado, não constituem fundamentos idôneos a desabonar a personalidade ou a conduta social do agente. A propósito:

> *PROCESSUAL PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPTAÇÃO. ART. 180,* CAPUT, *DO CP. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE FLAGRADO NA POSSE DO BEM DE ORIGEM ILÍCITA. ÔNUS DA PROVA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - Não se constata nulidade do v. acórdão, ao argumento de ausência de fundamentação, uma vez que o eg. Tribunal a quo se manifestou acerca de todos os pontos necessários ao reconhecimento da materialidade, autoria e nexo causal, com amparo nas provas produzidas nos autos, concluindo pela condenação do acusado.*
>
> *III - Não há que se falar em indevida inversão do ônus da prova, considerando que esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que, tratando-se de crime de receptação, em que o acusado foi flagrado na posse do bem, a ele competiria demonstrar que desconhecia a sua origem ilícita, o que, no caso, não ocorreu (precedentes).*
>
> *IV - Impossibilidade de análise da tese acerca do alegado excesso de prazo, uma vez que, não tendo o eg. Tribunal a quo se manifestado acerca do tema, o exame da quaestio por esta Corte*

Superior de Justiça implicaria indevida supressão de instância.

V - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

VI - 'A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido' (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016, grifei).

VII - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de bis in idem. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (precedentes).

Habeas corpus *não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício apenas para afastar a valoração negativa da conduta social e da personalidade, reduzindo-se a pena imposta para 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação* (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 5/4/2017).

Portanto, merece reforma o acórdão quanto à dosimetria da pena na primeira fase, no tocante à valoração da personalidade e conduta social.

Passo, então, ao redimensionamento da reprimenda fixada.

In casu, afastada a consideração desfavorável dos vetores acima mencionados, mantenho como negativa apenas a valoração dos maus antecedentes na primeira fase, e sendo favoráveis as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, bem como as previstas no art. 42 da Lei Antidrogas (fl. 312), fixo a pena-base conforme a

seguir:

Diante da consideração desfavorável de uma circunstância judicial, fixo a pena-base no patamar proporcional de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase, conforme o acórdão, ausentes atenuantes e presente a agravante da reincidência, aplico a mesma fração de 1/13 e fixo a pena no patamar 5 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 2 (dois) de reclusão.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e causas de aumento, fixo a pena em 5 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 2 (dois) de reclusão. A pena de multa permanece no patamar de 500 dias-multa.

Ficam mantidos os demais termos do acórdão.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para redimensionar a pena do recorrente, nos termos da fundamentação acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator