AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.757 - RO (2018/0338058-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	LEANDRO VIEIRA SILVA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental contra decisão de fls. 278/281 que negou provimento ao recurso especial, entendendo que justificada a pena-base mantida pelo Tribunal de origem em 3 anos acima do mínimo legal, diante da quantidade da droga.

A defesa do agravante alega que *"é necessário considerar que as quantidades usualmente apreendidas no Brasil nos casos de crimes de tráfico de entorpecentes, e ESPECIFICAMENTE DE MACONHA, são muito maiores que a quantidade encontrada com o agravante, motivo pelo qual, torna-se incompreensível a oneração da pena base em 3 anos e, em proporção, da pena de multa"* (fl. 291).

Assevera que o acórdão manteve o aumento da pena-base em três anos fixado em razão da quantidade da droga, sendo que *"há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que a quantidade de drogas era muito maior do que a encontrada com a parte agravante, tratando-se inclusive de cocaína e, no entanto, a pena foi fixada no mínimo legal"* (fl. 292), além do próprio precedente citado na decisão (AREsp 1.317.902/MS), no qual a quantidade foi de 99Kg de maconha, devendo a pena básica ser reduzida ao patamar mínimo legal.

Requer, assim, a reconsideração da decisão ou a remessa do feito à apreciação da Turma a fim de que o especial seja provido.

É o relatório. Decido.

O regimental merece parcial provimento.

Com efeito, conforme o consignado na decisão agravada, a quantidade da droga é circunstância prevista no art. 42 da Lei Antidrogas, que justifica a exasperação da pena-base. Nesse sentido, confiram-se, os seguintes precedentes, além dos já mencionados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE

RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. REINCIDÊNCIA. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Tendo o paciente cumprido a pena definitiva anterior, o prazo de extinção dos efeitos da reincidência passa a ser computado da data do cumprimento da pena ou da extinção punibilidade e não mais da data do trânsito em julgado.

3. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

4. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

5. Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base em 5 anos e 10 meses, considerando como desfavoráveis, além da personalidade e dos maus antecedentes do paciente, por condenação definitiva anterior, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 30 papelotes plásticos com maconha e 7 pedras de crack -, o que não se mostra desproporcional.

6. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

7. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser

utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

8. In casu, tendo as instâncias antecedentes concluído, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades ilícitas, levando em consideração as circunstâncias fáticas do delito, as provas obtidas nos autos e a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, e considerando o fato da paciente possuir maus antecedentes, torna-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

9. Tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal (5 anos e 10 meses de reclusão), em razão dos maus antecedentes e da quantidade e da natureza da droga apreendida, há na hipótese circunstâncias concretas que autorizam a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas, sendo certo que a reincidência do réu somada ao quantum da pena aplicado, por si só, tornam incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

10. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido (HC 297.621/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/08/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O aumento da pena-base em 1 ano e 8 meses não se mostra, no caso, desproporcional, tendo em vista a elevada gravidade da conduta do paciente, com o qual foi apreendido aproximadamente 7kg de maconha. Inteligência do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedente.

3. A instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face de as circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu à atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. A quantidade e a natureza do entorpecente constitui fundamento idôneo para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso (fechado).

Habeas corpus não conhecido (HC 446.762/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 31/10/2018).

Entretanto, razão assiste ao agravante em relação ao *quantum* de acréscimo de 3 (três) anos fixado pela quantidade da droga. De fato, mostra-se desproporcional o acréscimo, considerando-se a quantidade apreendida de pouco mais de 7Kg de maconha, bem como pelo fato de a droga ser proveniente de outro Estado da Federação (fl. 236).

No ponto, consoante jurisprudência pacífica desta Corte Superior, para cada circunstância judicial desfavorável, via de regra, recomenda-se o aumento no patamar de 1/6 (um sexto).

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PATAMAR DE ACRÉSCIMO DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PARADIGMA EM HABEAS CORPUS. COMPROVAÇÃO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

2. 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).

3. Inafastável a incidência do Enunciado n.7/STJ, pois

para se concluir pela configuração do crime continuado, indispensável a análise das provas dos autos.

4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que os acórdãos proferidos em sede de habeas corpus, mandado de segurança, recurso ordinário, conflito de competência e ação rescisória não se prestam a comprovar dissídio jurisprudencial.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.500.080/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 09/05/2018).

Passo, então, ao redimensionamento da reprimenda.

Nos termos do acórdão, considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são favoráveis, sendo desfavorável a circunstância da quantidade da droga, aliada ao fato de o entorpecente vindo de outro Estado, fixo a pena-base no patamar razoável e proporcional de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 dias-multa.

Conforme a sentença, na segunda fase, presentes a atenuante da confissão e a agravante da reincidência específica, a reprimenda permanece no mesmo patamar; na terceira fase, ausentes causas de diminuição e de aumento, fixo a pena definitiva no patamar de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 dias-multa.

Ficam mantidos os demais termos do acórdão.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao agravo regimental, para redimensionar a pena, nos termos da fundamentação acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator