AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.477.612 - SP (2019/0098525-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	LUIS FELIPE MACHADO PINHEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO - MG110528
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por LUIS FELIPE MACHADO PINHEIRO contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu seu recurso especial.

Consta dos autos que o agravante foi absolvido quanto à imputação do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformada, a acusação interpôs recurso de apelação perante a Corte estadual, a qual deu provimento à irresignação, a fim de condenar o réu como incurso no delito acima mencionado à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 777 dias-multa.

Contra a decisão foi apresentado o recurso especial, com fulcro na alínea *a*, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem, com fundamento nas Súmulas ns. 7, 182/STJ, na ausência de prequestionamento e na ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial.

No presente recurso, alega o agravante que os óbices indicados na decisão de admissibilidade não incidiriam *in casu*.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da irresignação.

É o relatório.

Devidamente impugnada a decisão objurgada, merece exame o inconformismo.

No que tange ao pleito de declaração de nulidade das provas, em razão da apreensão das drogas ter supostamente ocorrido com violação ao domicílio, a Corte de origem assim fundamentou o afastamento de eventual eiva:

> *"Inarredável, ademais, a lisura da atuação policial, pois presente a fundada suspeita de situação flagrancial e, uma vez firmada tal premissa, restou justificado o ingresso na residência do então suspeito sem a necessidade de mandado judicial de busca e apreensão.*
> *Isso porque a informação anônima denunciava o espúrio comércio de drogas, apontando o local e as características físicas bastante peculiares do agente (indivíduo de muleta e perna engessada).*
> *Na via pública, os policiais não só identificaram o possível*

> *traficante, como também, com ele encontraram drogas. Na ocasião, o apelado, repita-se, com quem já havia sido apreendida certa quantidade de crack, admitiu que em sua residência havia mais substâncias ilícitas.*
> *Concluir que desse contexto não se extrai fundada suspeita é absurdamente desarrazoado.*
> *Como já frisado e repisado, não há qualquer razão para se desacreditar no relato dos policiais militares; nada nos autos indica qualquer intenção de apresentar narrativa não condizente com a realidade.*
> *Fato é que o desenrolar dos acontecimentos fez emergir suspeita plenamente justificada, verossímil, dotada de inegável probabilidade de verificação, de que havia drogas na residência do réu, ou seja, de que lá ele guardava substâncias proscritas.*
> *E, dada a natureza permanente do crime em questão, mormente nas modalidades atreladas a posse, cuja consumação prolonga-se no tempo, a autorização judicial é prescindível, pois indubitavelmente caracterizada situação de flagrância.*
> *[...]*
> *Seria impensável, nesse panorama, acreditar que os policiais simplesmente invadiram, no período da noite, uma residência habitada por diversos moradores e saíram à busca de um sujeito específico (o réu), que sequer lhes era conhecido, forjando a propriedade de grande quantidade de drogas." (e-STJ fls. 513/516)*

Sobre o assunto, a jurisprudência deste Sodalício se consolidou no sentido de que é dispensável o mandado de busca e apreensão quando as circunstâncias do caso concreto indicam a prática de crime permanente, como no caso do tráfico de drogas, no interior da residência, podendo-se realizar a busca sem que se fale em ilicitude das provas obtidas.

Nesse sentido:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.*
> ***1. O ingresso em domicílio, independentemente de consentimento, é legítimo quando justificado pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem ocorrer, no interior da casa, situação de flagrante delito, como ocorreu no presente caso, em que os policiais, após denúncia anônima acerca da ocorrência de tráfico de drogas e de armas, se dirigiram até a residência do recorrente, local onde, após revista autorizada por sua esposa, nada foi encontrado. A***

informação da esposa de que talvez drogas pudessem ser encontradas no estabelecimento comercial do recorrente, motivou o deslocamento e a entrada dos agentes no imóvel indicado, local onde foram apreendidos entorpecentes e munições.

2. Presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, quando da prisão em flagrante do recorrente, foram apreendidos 7.665 gramas de maconha, 35 munições calibre 38, 2 munições calibre 635, uma munição calibre 12, uma munição calibre 9mm, uma munição calibre .50, 3 munições calibre .762 e um estojo de munição. Tais circunstâncias apontam o envolvimento do recorrente na prática delitiva e justificam seu encarceramento cautelar, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a diversidade ou a natureza dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva.

4. O fato de o recorrente possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação de sua prisão preventiva. 5. Recurso desprovido.

(RHC 910060/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. CUSTÓDIA PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

2. O Tribunal a quo ressaltou que os policiais abordaram um adolescente em situação de comércio de drogas - tanto que foram apreendidas oito pedras de crack e quantia em dinheiro com o menor -, oportunidade em que ele comunicou que praticaria a atividade sob a supervisão do paciente. Essa circunstância motivou o ingresso na residência, onde se apreenderam porções de cocaína e de crack, além de uma balança de precisão.

3. Com base nessa moldura fática, constata-se que a entrada dos milicianos na residência do réu estava calcada em diligências prévias que apontavam o seu envolvimento com o tráfico de drogas, a indicar motivos idôneos para o ingresso forçado.

4. Em consulta à página eletrônica do Tribunal a quo, verificou-se que foi proferida sentença condenatória pelo Juízo de primeiro grau, a evidenciar a prejudicialidade do pedido de revogação da decisão que convolou o flagrante em prisão preventiva.

5. Além disso, há registro, nesta Corte Superior, da impetração do HC n. 444.412/SP, em que também figurava como paciente DEVANIR

> *DA SILVA GARCIA, que se voltava, em tal writ, contra a sentença proferida na Ação Penal n. 0002190-05.2017.8.26.0530. Nesse feito, foi concedida a liminar para garantir ao paciente que aguardasse em liberdade o julgamento final do mandamus, o que ensejou a expedição de alvará de soltura em seu favor, no dia 12/4/2018, conforme informações obtidas na página eletrônica da Corte de origem.*
> *6. Ordem denegada.*
> *(HC 422841/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)*

Na hipótese, conforme consignado pelo Tribunal de origem, os policiais militares receberam denúncia anônima indicando a prática de comércio ilícito de entorpecentes com a indicação de local e das características físicas do agente (indivíduo de muleta e perna engessada).

De posse dessas informações, os policiais lograram identificar o possível traficante em via pública, com quem foi encontrada uma quantidade de *crack* e este ainda admitiu possuir mais entorpecentes em sua residência, razão pela qual os agentes do Estado decidiram realizar a verificação na casa do réu, onde apreenderam certa quantidade de maconha.

Diante deste cenário, o Tribunal *a quo* concluiu pela existência de fundadas suspeitas da prática de crime permanente, aptas a permitir o ingresso dos policiais na residência do acusado sem mandado judicial, o que demonstra que a decisão das instâncias de origem se encontram em harmonia com a jurisprudência deste Sodalício.

Assim, por se encontrar o acórdão recorrido em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto na Súmula n. 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Ressalte-se que, a respeito do pleito de reexame de provas quanto às circunstâncias da abordagem do acusado pelos policiais, sob o argumento da necessidade de observância do duplo grau de jurisdição, não cabe a este Sodalício manifestar-se acerca de matéria com viés constitucional, sequer para efeito de prequestionamento, sob pena de incidir em usurpação à competência constitucional atribuída pelo constituinte originário ao Supremo Tribunal Federal.

Nessa perspectiva:

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 89, CAPUT, DA LEI N. 8.666/1993. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOLO ESPECÍFICO E EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83/STJ. DECISÃO MANTIDA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. COMPETÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE*

CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

I - Nos termos da jurisprudência que atualmente predomina nesta Corte, ressalvado o entendimento do Relator, para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, imprescindível a presença do especial fim de agir, consistente na vontade de causar dano ao erário, e da demonstração do efetivo prejuízo. Precedentes.

II - O dissídio jurisprudencial não foi devidamente comprovado nos autos, nos moldes exigidos pela legislação processual e pelo Regimento Interno desta Colenda Corte, pois os julgados foram citados sem que houvesse o devido cotejo analítico entre os acórdãos paradigmas e o recorrido.

III - Não compete ao eg. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o enfrentamento de matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

[…]

(AgInt no AgRg no AREsp 800442/SP, Relatora Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 16/02/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 7º, DO DECRETO 678/92. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. PRELIMINARES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE NULIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. AFRONTA À LEI Nº 6.830/80. EXECUÇÃO FISCAL. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO PENAL EM SUBSTITUIÇÃO ÀS SANÇÕES CIVIS CONSTANTES DA LEI. ALEGAÇÃO GENÉRICA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OFENSA AOS ARTS. 2º, II, DA LEI Nº 8.137/90 E 5º, LXVII, DA CF. (I) - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (II) - ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO. REANÁLISE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIÁVEL. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. (I) - ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. (II) - ACÓRDÃOS PARADIGMAS PROFERIDOS EM HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[…]

3. A discussão em torno de questão de índole constitucional deve ser realizada na via apropriada, descabendo ao STJ, em sede de recurso especial, pronunciar-se sobre alegada violação a dispositivos da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência reservada à Suprema Corte (art. 102, III, da CF/88).

[…]

(AgRg no REsp 1566826/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE

ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016)

No tocante à pretendida redução da pena-base, que teria sido equivocadamente majorada, a Corte *a quo*, estabeleceu um patamar acima do mínimo legal, considerando as seguintes circunstâncias negativas, *in verbis*:

> *"A básica deve ser fixada em 1/3 acima do piso legal, no termos do art. 42 da Lei n° 11.343/06, haja vista a grande quantidade de drogas apreendida (21 pedras de crack, pesando 3,54g e 21 porções de maconha, totalizando 231,37g, as quais fracionadas podem atingir mais de duas centenas de usuários). Não deve ser olvidada, ainda, a natureza altamente nociva do crack. Vale lembrar que tais parâmetros preponderam sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal." (e-STJ fl. 517)*

Quanto ao ponto, sabe-se que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal.

Além disso, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006, *verbis:*

> *"Art. 42. 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."*

Observe-se, ainda, que nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a revisão da dosimetria da pena em sede de recurso especial é admissível apenas diante de ilegalidade flagrante.

In casu, pela análise dos autos, observa-se que o Tribunal estadual, atuando em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerou a preponderância da quantidade e natureza das drogas - **3,54 g de *crack* e 231,37 g de maconha** - sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, ao estabelecer a reprimenda básica acima do mínimo legal, fundamento que se mostra adequado e idôneo à repressão da conduta delituosa.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS). IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Para que fosse possível a análise da pretensão recursal, segundo a qual não haveria prova suficiente para embasar a condenação do agravante, no caso, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte. Precedente.

2. Nos termos da jurisprudência firmada neste Tribunal Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para justificar a exasperação da pena-base.

3. "Não se aplica a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei" (HC n. 342.317/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 2/2/2016).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1327778/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais

> ***circunstâncias do 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.***
> ***3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas - 11g de maconha; 8,9g de "ecstasy"; 25,3g de cocaína e 13,5g de "crack" - para fixar a pena-base em 1/5 acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.***
> *4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).*
> *5. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica a atividades criminosas, tendo em vista a apreensão de variada quantidade de droga, de petrechos para manuseio e embalo dos entorpecentes (balança de precisão, pinos vazios de plásticos e rolos de filme plástico), assim como de um revólver na residência do acusado, a alteração desse entendimento enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.*
> *6. Não há se falar em bis in idem, pois, além da quantidade e da variedade das drogas apreendidas, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas.*
> *7. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a aferição negativa das circunstâncias judiciais, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.*
> *8. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 501.259/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019)*

No entanto, nota-se desproporcionalidade no *quantum* de pena irrogado, considerando que a quantidade dos entorpecentes, apesar de não ser irrisória, não é elevada a ponto de justificar um aumento de 1/3 (um terço), devendo ser reduzida a fração para 1/6 (um sexto), restando a reprimenda básica estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão e multa.

Nessa direção:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. DESPROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. As instâncias ordinárias justificaram a fixação da pena-base em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal - perfazendo 6 (seis) anos e 8 (oito) meses-, valorando negativamente a quantidade e a natureza das drogas*

apreendidas, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.
2. Malgrado a evidente gravidade da conduta e a devida exasperação na pena-base ante a quantidade e a qualidade dos entorpecentes, o julgador deve sempre respeitar o critério da proporcionalidade entre o aumento implementado e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.
3. É evidente a desproporcionalidade de se fixar a pena-base no patamar estabelecido pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - 84,6g de maconha e 46,5g de cocaína - não podem ser consideradas por demais relevantes.
4. Nesse contexto, mostra-se adequada e suficiente a exasperação da pena-base na fração de 1/6 (um sexto), alcançando o quantum de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.
5. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no AREsp 1399287/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019)

Importante ressaltar que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal **não é uma operação aritmética**, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado, fundamentadamente, eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e a repressão do fato-crime praticado, **exatamente como procedido na espécie**.

Nesse norte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 59 DO CP. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTUM DE AUMENTO. (I) - JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ALTERAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. (II) - DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO SENTENCIANTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
1. Apresentando o Tribunal a quo justificativa idônea para a elevação da pena-base, não possui esta senda eleita espaço para a análise da matéria suscitada pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pela instância ordinária. Incidência da Súmula 7/STJ.
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que, não evidenciada nenhuma discrepância ou arbitrariedade na exasperação efetivada na primeira fase da dosimetria, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada" *(AgRg no HC 343.128/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 31/05/2016) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.*
(AgRg no AREsp 1004540/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

Procedendo-se à nova dosimetria, tem-se a pena-base estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda fase, a pena é aumentada em 1/6 (um sexto), tendo em vista a existência da agravante da reincidência, perfazendo uma reprimenda de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa, a qual torna-se definitiva, ante a ausência de causas de aumento ou redução de pena.

Por tais razões, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial**, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea *c*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a fim de redimensionar a pena do agravante para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 06 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator