

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.547.354 - PI (2019/0219977-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : FRANCIVAN ALVES DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **FRANCIVAN ALVES DE SOUSA** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Nas razões do apelo especial, alega a Defesa violação dos arts. 49 e 59 do Código Penal, bem como dos arts. 33, § 4º, e 42 da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta que "O acórdão ora recorrido se afigura muito injusto com relação ao recorrente, haja vista que o magistrado *a quo* incorreu em *error in judicando* no que diz respeito à dosimetria da pena." (e-STJ, fl. 246)

Assevera que "A substância (crack) [...] é facilmente encontrada em locais da cidade por ser de baixo custo, e por ser de pequena monta como enfatizado pelo juiz é incabível agravar a pena base por tal circunstância." (e-STJ, fl. 247)

Aduz que "faz-se necessária a redução da quantidade de dias-multa para seu mínimo legal, em consonância com a pena privativa de liberdade, posto a falta de observância à simetria e à proporcionalidade, além do fato de o recorrente ser pessoa pobre, tanto que assistido pela Defensoria Pública." (e-STJ, fl. 248)

Requer, assim, a redução da pena-base e da pena de multa ao mínimo legal.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 253-264).

O recurso não foi admitido (e-STJ, fls. 268-270).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 318-323).

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

A Corte de origem manteve a pena-base aplicada na sentença pelos seguintes fundamentos:

"Inicialmente constato que a materialidade do delito se encontra comprovada pelo auto de apreensão e apresentação (f. 12 pelo auto de exame preliminar (f. 19) e pelo laudo definitivo de exame em substância entorpecente (f. 117/118), indicando que a droga apreendida se constitui em **3,17 gramas** de substância que restou positivo pra **cocaína**, acondicionada em 44 invólucros.

A autoria, por seu turno, está sobejamente demonstrada pelo auto do flagrante e pelas declarações colacionadas durante a instrução processual de primeiro grau, sobretudo pelo depoimento das testemunhas Ricardo Uchôa Mousinho, Adriano Alves da Silva, Orlando de Sousa Pinheiro, responsáveis pela prisão do apelante, que mostram-se bastante elucidativos no presente caso.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, os policiais militares que participaram do flagrante destacam que o apelante estava em conhecida boca de fumo e ao avistar a guarnição policial tentou se desfazer da droga apreendida. Como se observa, os policiais militares ouvidos em juízo destacaram a existência de informações de que o local da prisão era boca de fumo, que inclusive já havia sido "quebrada" três vezes.

[...]

SUBSUNÇÃO Conforme se vê, os fatos descritos na exordial encontram amplo suporte nas provas coligidas aos autos, que indicam, de forma sólida, a materialidade e a autoria do crime imputado, não existindo nos autos qualquer elemento que permita conclusão diversa do juízo de primeiro grau.

Não existem causas excludentes de tipicidade ou de ilicitude, nominadas ou inominadas. De igual forma, são inaplicáveis as causas dirimentes previstas no Código Penal. Também não existem causas extintivas de punibilidade a serem consideradas.

[...]

CAUSAS DE DIMINUIÇÃO

Inaplicação

No ponto, destaco que o magistrado a quo entendeu especificamente ser inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, que dispõe o seguinte:

[...]

Assim, em que pese não existirem notícias de que a apelante seja reincidente, que tenha maus antecedentes ou que integre organização criminosa, as circunstâncias indicam que ele realmente se dedicava à atividade criminosa. De fato, esta "dedicação às atividades criminosas" deve ser interpretada como um afincamento sincero e permanente, um esforço sério de parte do agente, para que um determinado objetivo criminoso seja alcançado.

O princípio da presunção de inocência não é absoluto, pois se assim o fosse, as investigações criminais e processos em andamento não poderiam nunca influenciar a convicção de magistrados para qualquer decisão. Nesse sentido, um exemplo de mitigação do princípio é a possibilidade aceita pela jurisprudência de que os inquéritos e as ações penais em andamento sirvam como respaldo para a decretação de prisão preventiva, entendimento que é consolidado no STJ:

[...]

Nesse sentido, nos autos processuais se comprovou que o apelante responde por outros processos criminais, inclusive, pela prática de crimes cometidos mediante violência e emprego de arma de fogo.

O histórico indica que o apelante dedica-se a atividades criminosas e não se trata de um pequeno traficante sem maiores vínculos com o inundo do crime. Nesse sentido, existem precedentes do Supremo Tribunal Federal que não recomendam a aplicação da causa de diminuição de pena:

[...]

Diante do exposto, afasto a possibilidade de aplicação da minorante referente ao tráfico privilegiado.

DOSIMETRIA

Regra Geral

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e

Superior Tribunal de Justiça

sopesados os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. No caso de tráfico de drogas, ainda devem ser consideradas, como preponderantes, as circunstâncias previstas no art. 42 da lei 11.343/06.

Na espécie, o magistrado *a quo* considerou desfavoráveis a espécie da droga apreendida e os antecedentes do réu.

Todavia, os antecedentes do apelante foram compulsados negativamente ao arrepio da melhor doutrina e jurisprudência, porquanto a súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça afasta a exasperação da pena-base diante de processos sem trânsito em julgado.

Todavia, a natureza da substância apreendida recomenda que se mantenha a pena acima do mínimo legal. Considerando o intervalo entre a pena máxima e mínima e que a natureza da droga é circunstância preponderante nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, verifico que o patamar de aumento indicado para cada circunstância judicial negativa é de 15 meses. Todavia, diante da proibição do *reformatio in pejus*, mantenho a pena-base de 06 anos.

Assim, não existindo quaisquer reparos a serem feitos na dosimetria a favor do apelante, entendo por manter a pena definitiva no patamar fixado pelo magistrado *a quo*, de 6 (seis anos e de reclusão e o pagamento de 600 (seiscentos) dias multa, no valor individual equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O magistrado *a quo*, ao definir o regime prisional, entendeu como mais adequado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda, sobretudo considerando os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, bem como os critérios estabelecidos no art. 33, § 2º, alíneas "a" e "b", e art. 59, ambos do Código Penal.

Não existe nos autos nenhum elemento concreto que justifique a modificação do regime inicial fixado pelo magistrado *a quo*. Assim, entendo por manter o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao apelante.

Na hipótese dos autos, é incabível a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, vez que ausentes os seus pressupostos autorizativo's (art. 44 do CP). De igual forma, não estão presentes os requisitos exigidos para a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

PENA DE MULTA

[...]

Como se observa, o delito imputado ao apelante fixa no seu preceito secundário tanto a pena privativa de liberdade como a pena pecuniária, de pagamento de multa. Dispõe ainda o referido diploma legal:

"Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário -mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo."

Superior Tribunal de Justiça

Neste contexto, não pode o julgador discricionariamente afastar a pena cominada ao crime, seja privativa de liberdade, restritiva de direito ou ainda de natureza pecuniária, como a multa, inexistindo previsão legal para tal benefício.

Ademais, a alegação de hipossuficiência ou miserabilidade, para fins de suspensão da exigibilidade da pena de multa, deve ser apreciada pelo juízo da execução e não pelo juízo do processo de conhecimento.

Assim, é de ser negado o pedido de afastamento da pena pecuniária imposta, sobretudo porque expressamente prevista no preceito secundários dos tipos penais incorridos pelo apelante e por que inexistente qualquer previsão legal neste sentido.

Ademais, considerando os limites fixados no preceito secundário do tipo e ainda o constante no art. 43 da Lei 11.343/06, a multa fixada não se mostra desproporcional ou irrazoável, motivo pelo qual deve ser mantida integralmente.

DISPOSITIVO Com estas considerações, VOTO pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do recurso de apelação interposto acordes como parecer ministerial superior." (e-STJ, fls. 233-237)

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Na hipótese, verifica-se que a pena-base foi majorada em 1 ano de reclusão, tendo como fundamento a natureza da droga apreendida - **3,17g de cocaína**. Todavia, embora o Tribunal de origem tenha se utilizado dos parâmetros do art. 42 da Lei de Drogas para o agravamento da pena básica, sendo ínfima a quantidade de droga apreendida e favorável as demais circunstâncias judiciais, mostra-se adequado o estabelecimento da pena no mínimo legal.

Em decisões similares, este Superior Tribunal de Justiça já procedeu ao redimensionamento da pena-base reconhecendo a desproporcionalidade no aumento.

Vejamos:

"[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade dos estupefacientes apreendidos, encontra-se devidamente justificada, contudo, em *quantum* desproporcional,

impondo-se o redimensionamento.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício tão-somente para redimensionar a pena-base imposta."

(AgRg no AREsp 936.212/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 30/8/2017);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. AUMENTO DE 2/5. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, desproporcionalidade no *quantum* ou erro na aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

3. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas foram os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para aumentar a pena-base. Não obstante esse argumento se preste a exasperar a pena-base, o aumento não pode ser desarrazoado, há que se guardar proporcionalidade entre a quantidade e o quantum de aumento. No caso, pode-se dizer que a majoração da pena-base foi desproporcional.

4. Em relação ao regime, não obstante o redimensionamento da pena, esta continuou no patamar superior a 4 anos, com a pena-base arbitrada acima do mínimo legal, não havendo que se falar em outro regime senão o fechado, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal".

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

(HC 377.445/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 27/3/2017).

Passo à readequação da pena.

Fixo a pena-base em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda e terceira fases, ausentes majorantes e atenuantes, causas de aumento e diminuição, a pena fica definitiva em **5 anos de reclusão e 500 dias-multa**, mantido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, c, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, resultando a sanção final do recorrente em **5 anos de reclusão mais 500 dias-multa**, mantido o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

