

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.553.622 - AL (2019/0229974-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : JOSE HELDER CONSTANTINO DA SILVA
OUTRO NOME : JOSE HELDER CONSTANTINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto em face de decisão que inadmitiu o recurso especial, com fundamento na Súmula 7/STJ.

Nas razões do especial, aponta a defesa violação dos arts. 59 e 68 do CP.

Sustenta a falta de fundamentação idônea na valoração negativa da culpabilidade, conduta social e circunstâncias do crime.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, a fim de que seja redimensionada a pena.

Apresentada a contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

Decido.

O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito.

O agravante foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, mais o pagamento de 700 dias-multa, no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei 11.343/06. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa.

Acerca da dosimetria, a sentença condenatória, mantida pelo acórdão impugnado, assim referiu (fls. 379/380):

Analizando as diretrizes do art. 59 do Código Penal em relação ao réu, a JOSÉ HELDER CONSTANTINO verifico que: **a culpabilidade foi grave, visto que o acusado se deslocou da cidade de Maceió/AL, para traficar drogas nesta comarca, o que demonstra premeditação e intensa vontade de praticar o delito, devendo tal circunstância ser avaliada de forma negativa**; o acusado não possui maus antecedentes criminais, visto que não há contra ele sentença condenatória com trânsito em julgado antes dos fatos apurados nestes autos, devendo tal circunstância ser avaliada de forma negativa; **a conduta social do acusado não lhe é favorável, visto que possui um processo com sentença condenatória pela prática do crime de roubo (nº 0003159-38.2012.8.02.0053), o que revela como o acusado procede em seu meio social, motivo pelo qual avalio a circunstância de forma negativa**; não há elementos para se aferir a personalidade do réu, razão pela

qual considero tal circunstância como neutra; não constam os motivos do crime e os mesmos devem ser aferidos de forma neutra; **as circunstâncias do crime foram graves, visto que tratava-se da substância conhecida como droga com alto poder destrutivo e viciante no organismo, no entanto deixo de valorar tal circunstância, deixando para avaliá-la na terceira fase de dosimetria da pena, sob pena de incorrer em *bis in idem***; não houve maiores consequências em razão do delito e, portanto, pondero tal circunstância como neutra; não há que se falar em comportamento da vítima para a prática do crime.

No tocante à culpabilidade, verifica-se que a premeditação constitui fundamento idôneo para a exasperação da pena-base, tendo em vista que demonstra maior reprovabilidade da conduta, destoando do comum ao delito, ante a maior preparação na prática do crime. A propósito:

REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena, sendo permitido ao julgador analisar com discricionariedade o quantum ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

2. A culpabilidade prevista no do art. 59 do Código Penal diz respeito ao grau de censurabilidade da conduta, verificado a partir de elementos concretos, apresentados na ocasião em que essa circunstância é apreciada. A avaliação deve ser realizada conforme o cenário delineado no caso concreto, considerando os elementos específicos da situação em que ocorreu o crime.

3. Ao contrário do dolo de ímpeto, a premeditação da atividade criminosa, evidenciada pela preparação do agente para o transporte de tóxicos, denota um grau de reprovabilidade mais acentuado da conduta delitiva.

4. No caso, a premeditação concorreu para a avaliação negativa da culpabilidade do acusado, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, justificando, portanto, a exasperação da pena-base.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 439.781/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018.)

Por sua vez, acerca da conduta social, a insurgência comporta provimento, visto que em dissonância com a jurisprudência desta Corte, porquanto, ressalvada compreensão diversa, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que *eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais*,

não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente (EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019).

Sendo assim, mostra-se inadmissível a elevação da sanção inicial pela conduta social, com fundamento em condenação transitada em julgado não considerada para fins de reincidência e maus antecedentes, motivo pelo qual deve ser reduzida a reprimenda.

Em relação às circunstâncias do crime, constata-se que a ausência de interesse de recorrer, tendo em vista que não houve a valoração negativa da aludida vetorial.

Por outro lado, verifica-se a existência de flagrante ilegalidade, passível para concessão de *habeas corpus*, de ofício, pois, embora a não relevante quantidade de entorpecentes não exclua a tipicidade do crime de tráfico de drogas, não pode ser ela justificativa para tratamento anormalmente gravoso – seja como critério da pena definitiva (na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou na definição de penas substitutivas), seja como valor para a prisão processual, então desnecessária.

Sendo assim, ausentes circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, dinheiro, etc.), a não relevante quantidade de entorpecente – *26 pedras de crack* (fl. 372) – não pode ser considerada fundamento apto para a fixação do redutor diversa do máximo e para imposição do regime inicial mais gravoso. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. COCAÍNA EM FORMA DE PEDRAS DE "CRACK". BENESSE QUE VISA ALCANÇAR O AGENTE QUE NÃO FAZ DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA.

1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. **Na hipótese, ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, o fato de o paciente ter sido surpreendido com 19,73g (dezenove gramas e setenta e três centigramas) de cocaína, distribuídas da seguinte forma: 11,25g de cocaína, em forma de pedras de crack, formando 64 porções acondicionadas; 1,30g de cocaína em pó, acondicionada em um**

Superior Tribunal de Justiça

único fragmento de plástico branco; e 7,18g de cocaína em pó, também acondicionada em um fragmento de plástico branco, não autoriza o afastamento imediato da minorante pela quantidade e nocividade dos entorpecentes, por não serem indicativos de que o paciente dedica-se a atividades criminosas.

3. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 291.536/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 08/05/2017).

Passo, então, ao redimensionamento da pena.

Desse modo, excluída a valoração desfavorável da circunstância judicial da conduta social, reduzo proporcionalmente a sanção inicial para 6 anos e 3 meses de reclusão e 600 dias-multa, a qual, na segunda fase, permanece inalterada diante da ausência de circunstâncias atenuante e agravante.

Na terceira fase, aplico a fração de 2/3 diante causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ficando a reprimenda em 2 anos e 1 mês de reclusão, e 200 dias-multa. Presente a causa de aumento, tipificada no art. 40, VI, da citada lei, mantenho a fração de 1/6, tornando definitiva a pena em 2 anos, 5 meses e 5 dias de reclusão, mais o pagamento de 233 dias-multa.

Em se tratando de réu primário, tendo sido reduzida a sanção para patamar inferior a 4 anos de reclusão, e ainda ausente fundamentação idônea na origem, cabível a fixação do regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, e § 3º, do CP, bem como deve ser substituída a pena privativa de liberdade para restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução, nos termos do art. 44 do CP.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo em recurso especial para afastar a valoração negativa da conduta social, concedendo *habeas corpus*, de ofício, para reduzir a pena para 2 anos, 5 meses e 5 dias de reclusão, e fixar o regime aberto com a posterior substituição da pena privativa de liberdade para restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo da execução.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator