

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.837.176 - MS (2019/0270388-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : JORCILENE ALVES CORREA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.

Consta nos autos que a recorrida foi sentenciada, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 400 dias-multa. Em grau de apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao recurso da defesa, abrandando a pena da recorrida para 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 334 dias-multa, conforme ementa transcrita abaixo (e-STJ fls. 324/325):

APELAÇÕES CRIMINAIS - CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO ACUSATÓRIO - PLEITO DE AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO - INCABÍVEL - REQUISITOS SUFICIENTEMENTE COMPROVADOS - PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 40, INC. V, DA LEI N. 11.343/06 IMPOSSIBILIDADE CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL A ATESTAR A OCORRÊNCIA DE TRÁFICO INTERESTADUAL - REGIME PRISIONAL - PENA CORPÓREA QUE NÃO ULTRAPASSA QUATRO ANOS - MANUTENÇÃO DO REGIME ABERTO - RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO - DESCABIMENTO - REJEIÇÃO DA TESE DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL DOSIMETRIA DA PENA PENA -BASE - BIS IN IDEM - DECOTE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE PARA JUSTIFICAR O PATAMAR UTILIZADO EM CAUSA DE DIMINUIÇÃO - REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASILAR PARA O

Superior Tribunal de Justiça

MÍNIMO LEGAL - APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/8 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL - INAPLICABILIDADE - CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS SEGUE O CRITÉRIO JURISPRUDENCIAL RELATIVO AO ÍNDICE DE 1/10 PARA CADA VETORIAL NEGATIVA - TERCEIRA FASE. MANUTENÇÃO DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/3 EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA ("SKUNK") - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVA DE DIREITOS - NÃO RECOMENDÁVEL.

I) Não há provas concretas nos autos acerca da dedicação da Sentenciada em atividades criminosas ou sua integração em organização criminosa. Assim, sendo preenchidos os requisitos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, faz-se imperiosa a manutenção do referido benefício aplicado pelo magistrado em sede de primeira instância. Merece, ainda, ser mantido o patamar de redução da pena em 1/3 (um terço) aplicado na sentença, quantum este que se apresenta adequado para que a reprimenda seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime, ante a alta nocividade do entorpecente (2,355kg de "skunk").

II) O caderno de provas não traz elementos suficientes que comprovem que a Acusada estaria transportando a droga para outro Estado da Federação, motivo pelo qual não deve haver a aplicação da causa de aumento disposta no art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/06.

III) A tese de absolvição sob o argumento de haver coação moral irresistível praticada por traficantes em face do Apelante não se sustenta, primeiramente pela falta de comprovação do alegado, como dispõe o art. 156, primeira parte do Código de Processo Penal, pois tanto na fase inquisitiva, como em juízo, a Ré admitiu ter espontaneamente praticado o tráfico de drogas pela necessidade de recursos financeiros. Ademais, a coação física ou moral, para ser aceita como excludente de culpabilidade, há de ser irresistível, inevitável e insuperável, devendo ficar substancialmente comprovada por elementos concretos existentes dentro do processo. O tráfico de drogas, qualquer que seja o espírito motivador da conduta, é reprovado pela sociedade em razão dos graves danos que acarreta, irradiando sérios prejuízos em toda a comunidade.

IV) A natureza da droga não pode ser considerada ao mesmo tempo para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal e também para fundamentar o grau de redução de pena em face da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da

Superior Tribunal de Justiça

Lei de Drogas, sob pena de configurar bis in idem. Verificado que no caso dos autos ocorreu bis in idem, é de rigor o decote da circunstância judicial mal sopesada, redimensionamento a pena -base para o seu mínimo legal, ante a inexistência de outras moduladoras desfavoráveis.

V) Nos casos em que se apuram crimes previstos na Lei n. 11.343/06, para exasperação da fixação da pena basilar, além das 08 (oito) circunstâncias judiciais estampadas no art. 59, do Código Penal, deve-se acrescentar mais 02 (duas), por força do quanto disposto no art. 42 da mencionada lei. Logo, segue-se o critério jurisprudencial relativo a fração de 1/10, por conta da existência de 10 (dez) circunstâncias judiciais.

VI) A substituição da pena por restritivas de direitos não se mostra recomendável diante das circunstâncias do caso concreto (Ré que transportava em ônibus droga altamente nociva - skank), em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pois insuficiente para prevenção e repressão do delito, não restando preenchido, portanto, o requisito do art. 44, III, do Código Penal.

VII) Verificando que a pena corpórea aplicada não ultrapassa 04 (quatro) anos, deve ser mantido o regime aberto.

VIII) Em parte com o parecer, recurso ministerial improvido e recurso defensivo parcialmente provido.

Nas razões do presente recurso especial, o *Parquet* alega violação do artigo 42 da Lei de Drogas, além do artigo 59 do CP, sustentando que, ao contrário do firmado no aresto objurgado, "embora a recorrida seja primária e a pena fixada inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, ante a natureza altamente lesiva de parte da droga transportada 2,355 Kg de SKUNK, reconhecido pelo próprio Tribunal de Justiça, o regime a ser fixado deve ser o semiaberto, face à necessidade de maior rigor na repressão." (e-STJ fl. 352).

Aponta, também, que "o v. aresto, além de ferir disposição expressa de lei federal, divergiu do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que fixou regime mais grave que o correspondente a pena, considerando justamente a natureza da droga apreendida. No julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 498.480/SP, 5.^a Turma, publicado em 21.06.19, o STJ entendeu que a

Superior Tribunal de Justiça

natureza da droga apreendida, ainda que fixada pena inferior a 4 anos, justifica a imposição do regime semiaberto." (e-STJ fl.353).

Requer o provimento do recurso especial para alterar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 259/368), o recurso foi admitido (e-STJ, fls. 371/379), manifestando-se o Ministério Público Federal pelo provimento do inconformismo, conforme ementa que segue (e-STJ, fl. 388):

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MACONHA E “SKUNK”. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. GRANDE QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Embora a ré seja primária e a pena tenha sido fixada em patamar inferior àquele previsto no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, a expressiva quantidade de drogas [5,5 kg de maconha e 2,3 kg de “skunk”] e a natureza altamente deletéria de um dos entorpecentes – devidamente reconhecida pela instância ordinária – recomendam o estabelecimento de regime inicial mais gravoso, em consonância com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei nº 11.343/06.

2. Segundo entendimento desse Tribunal Superior, “mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito” (AgRg no HC 506.372/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019).

3. Parecer pelo provimento do recurso especial.

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível, tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

Com relação ao pleito de alteração do regime de cumprimento de pena, segue a justificativa do Tribunal *a quo* para manter o regime aberto (e-STJ

fls. 338/339):

(...)

4. Regime prisional.

Alega o Parquet que é necessário adequar o regime prisional para início do cumprimento da pena corpórea, haja vista que a fixação do regime aberto foi adotado equivocadamente, dada a gravidade concreta do crime praticado e pelo fato de que devem ser levados em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal.

Em que pese o inconformismo do Órgão Acusatório, não há se falar em alteração do regime prisional.

Primeiro, porque a pena corpórea foi fixada em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, o que atende ao quanto estabelecido no § 2º, alínea "c", do art. 33, do Código Penal.

Segundo, pelo fato de que não houve valoração negativa de nenhuma circunstância judicial prevista no art. 59, do Código Penal.

Além do que, a vetorial relativa a natureza da droga (art. 42, da Lei n. 11.343/06), foi aplicada para justificar o patamar de redução relativa à causa de diminuição de pena incidente na terceira fase, excluindo, consequentemente, da exasperação da pena-base.

(...)

Como se pode observar do trecho transcrito do acórdão, não obstante a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 5.500kg de maconha e 2.355kg de skunk, - verifico que as instâncias de origem fixaram o regime aberto em razão da **recorrente ter sido condenada a uma pena inferior a 4 anos de reclusão (3 anos e 4 meses), ser primária e com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal favoráveis**, bem como a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal.

Depreende-se da denúncia que tratava-se de traficante eventual, "formalmente interrogado, a denunciada confessou o crime, afirmando que receberia R\$ 2.000,00 para levar a droga até Campo Grande (MS) (f.07)." (e-STJ fl. 2). Portanto, verifico que o regime prisional fixado pelo Tribunal de origem foi

Superior Tribunal de Justiça

adequado e justo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Ora, desconstituir as conclusões alcançadas pelas instâncias de origem com fundamento em exame exauriente do arcabouço fático-probatório carreado aos autos, no intuito de abrigar a pretensão ministerial, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento do contexto de fatos e provas, providência vedada em sede de recurso especial, pelo óbice do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Diante do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso II, do RISTJ, **nego provimento ao recurso especial.**

Intimem-se.

Brasília (DF), 30 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator