

RECURSO ESPECIAL Nº 1.840.547 - AC (2019/0290678-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : ANTONIA JAINA SILVA FERREIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA PROLATADO EM JULGAMENTO DE **HABEAS CORPUS**. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. REVISÃO DA FRAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO E DE AUMENTO DE PENA. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. PENA-BASE. RECRUECIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 259):

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAR NEGATIVA APENAS A NATUREZA DA DROGA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

1. Materialidade e autoria do crime de tráfico internacional de drogas devidamente comprovadas pelo conjunto probatório dos autos. A alegação de que a droga era para consumo próprio não encontra respaldo nas provas produzidas pela defesa.

2. Dosimetria reformada para reduzir a pena-base. O fato de a ré "morar em residência própria" e "não estar desempregada" não justificam culpabilidade desfavorável.

3. Concedido o benefício da justiça gratuita. A

assistência judiciária não impede a condenação da acusada em custas processuais, que ficam sob condição suspensiva, nos termos do art. 804 do CPP e do art. 98, § 3º, do CPC.

4. Apelação da ré parcialmente provida, para reduzir as penas aplicadas e conceder os benefícios da justiça gratuita"

Opostos embargos de declaração pela acusação, estes foram rejeitados (fls. 282-289).

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** Federal sustenta a violação dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, ao argumento de que o v. acórdão recorrido carece de fundamentação idônea para reduzir a pena bem aplicada no édito condenatório.

Afirma ainda que, *"desde logo, temos aqui deixar registrado que a indigitada diminuição da penalidade contida no voto/acórdão recorrido implicará diretamente em extinção da punibilidade por incidência da prescrição, pois apesar de a tramitação na primeira instância ocorrer de forma célere (data do fato ocorrido em 29/6/2011 ; recebimento da denúncia ocorrida em 30/3/2012 ; sentença condenatória proferida em 27/11/2012), lamentavelmente esse Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região demorou mais de 5 (cinco) anos para julgar o feito em questão"* (fl. 299).

Alega que é descabida a aplicação da causa de diminuição de pena, com a alegação de que *"o indigitado voto de fls. 198/199 deixa de analisar e observar que a recorrida não era uma mera usuária de drogas, pois restou cabalmente comprovado (sendo fato indiscutível) que esta mesma ré não teria condições financeiras de sustentar um consumo de 100 gramas de cocaína pura com o seu salário mensal percebido à época dos fatos (R\$ 500,00/mês)"* (fl. 299).

Aduz que *"a dosimetria aplicada na pena-base fixada quase no seu mínimo legal e a causa de aumento no mínimo legal, é contraditória às circunstâncias inerentes a culpabilidade a reprovação na conduta da*

recorrida" (fl. 299).

Argumenta, dessarte, que *"o acórdão recorrido apresenta-se não somente desproporcional, como flagrantemente ilegal, pois deixou de observar as balizas dos arts. 59 e 68 do Código Penal, quanto à elevada reprovação e culpabilidade na conduta da recorrida na fase da dosimetria da pena, ainda mais quanto ao que diz respeito a quantidade somada ao tipo de entorpecente apreendido (cocaína pura), acompanhado da transnacionalidade do delito em questão"* (fls. 299-300).

Sustenta haver divergência jurisprudencial, apontando como paradigma o acórdão do **habeas corpus** nº 465.394/SP, julgado pela **Sexta Turma** da Corte Superior.

Pretende, ao final, o provimento do apelo nobre, com o restabelecimento da pena fixada na sentença condenatória.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 318-325), o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **conhecimento e parcial provimento** do recurso especial, apenas para recrudesimento da pena-base (fls. 345-348).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, cumpre ressaltar a impossibilidade de conhecimento do apelo nobre pela alínea **c** do permissivo constitucional, porquanto cediço o entendimento deste Tribunal de que acórdão prolatada em sede de **habeas corpus** não se presta à configuração de dissídio jurisprudencial.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PARADIGMA ORIUNDO DE MANDADO DE SEGURANÇA. INVIABILIDADE. INDEFERIMENTO LIMINAR DOS EMBARGOS

DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 11, XIII do RISTJ, a competência desta Corte Especial, no caso em concreto, restringe-se à análise da alegada divergência entre o acórdão ora embargado e o julgado como paradigma prolatado por este órgão jurisdicional, qual seja: EDcl no MS 638/DF, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/12/1991, DJ 16/03/1992, p. 3068.

2. A orientação jurisprudencial prevalente deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se admitem como acórdãos paradigma aqueles proferidos em recurso ordinário em mandado de segurança, ação rescisória, habeas corpus e conflito de competência.

3. Agravo interno não provido."(AgInt nos EAREsp 1285886/SP, **Corte Especial**, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques**, DJe 25/10/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. RECURSO ESPECIAL FULCRADO NA ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INSURGÊNCIA NÃO PROVIDA.

1. O conhecimento do recurso especial interposto pela alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração da divergência jurisprudencial conforme preconizado no art. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil e no art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. Na espécie, os recorrentes limitaram-se a colacionar as ementas dos julgados considerados paradigmas e, a título de cotejo analítico, elaboraram quadros comparativos com as conclusões dos acórdãos confrontados, deixando de transcrever trechos dos arestos em dissenso e de apontar as semelhanças fático-jurídicas entre eles.

3. É pacífico o entendimento deste Sodalício no sentido de que o julgado proferido em sede de habeas corpus, por não guardar o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material buscados no recurso especial, não é apto a comprovar o dissídio pretoriano.

4. Agravo regimental desprovido."(AgRg no AREsp 1538893/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe 25/10/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO DE INADMISSÃO NÃO

IMPUGNADO (IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA COM PARADIGMAS ORIUNDOS DE HABEAS CORPUS, MANDADO DE SEGURANÇA OU RECURSO ORDINÁRIO). DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE INCINDÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese em apreço, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça não conheceu do agravo em recurso especial pela ausência de impugnação ao fundamento de "impossibilidade de alegação de divergência com paradigmas oriundos de habeas corpus, mandado de segurança ou recurso ordinário".

2. É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que o "acórdão proferido em habeas corpus, por não guardar o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial, não serve para fins de comprovação de divergência jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório" (AgRg no AREsp 1.141.562/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 11/09/2018).

3. No julgamento do EAREsp n.º 746.775, a Corte Especial deste Superior Tribunal assentou que a decisão de inadmissibilidade do recurso especial é incindível e deve ser impugnada em sua integralidade.

4. Agravo regimental desprovido. "(AgRg no AREsp 1503473/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 14/10/2019)

Outrossim, inviável a análise da pretensão quanto à fração a ser aplicada em face da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, e causa de aumento positivada no art. 40, inc. I, ambos da Lei de Drogas, que sequer foram indicados no inconformismo como supostamente violados, não comportando a violação aos arts. 59 e 68, ambos do CP, comando normativo suficiente para a análise da pretensão ministerial. Incide à espécie a **Súmula 284** do Supremo Tribunal Federal: *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."*

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO. TESES DE

VALIDADE DA PROVA ORAL UTILIZADA PELO TRIBUNAL A QUO E DE NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE CORPO DE DELITO. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CLARA E OBJETIVA DA ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 155, 156 E 214 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. IMPRONÚNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As teses de validade da prova oral utilizada pelo Tribunal a quo e de necessidade de realização de exame de corpo de delito não foram objeto do recurso especial e configuram inovação recursal, situação que inviabiliza sua análise neste agravo.

2. Apesar de apontar violação dos arts. 155, 156 e 214 do Código de Processo Penal, o agravante não expôs, com clareza e objetividade, nenhum argumento que demonstrasse como e em que momento a decisão recorrida teria desrespeitado os mencionados dispositivos legais. Tal situação atrai a incidência da Súmula n. 284 do STF.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a ausência de indicação do dispositivo de lei federal supostamente contrariado na instância ordinária caracteriza deficiência na fundamentação, o que dificulta a compreensão da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do STF. Precedentes. 4. As instâncias ordinárias, ao pronunciarem o réu, apontaram a existência de indícios da autoria e da materialidade do crime de tentativa de homicídio, o que torna inviável, em recurso especial, a revisão deste entendimento, a teor do enunciado sumular n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 1.014.654/BA, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 9/10/2017).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL OBJETO DO DISSÍDIO. SÚMULA 284/STF. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Encontra-se consolidado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a ausência de particularização do dispositivo de lei federal a que os acórdãos - recorrido e

paradigma - teriam dado interpretação discrepante consubstancia deficiência bastante, com sede própria nas razões recursais, a inviabilizar a abertura da instância especial, atraindo, como atrai, a incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal ('É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.') (REsp 564.972/SC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21/9/2004, DJ 13/12/2004).

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 1030224/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 20/8/2015).

Dessarte, passo à análise da tese que visa ao recrudescimento da pena-base no presente caso.

Consta dos autos que a recorrida **Antônia Jaina** foi condenada, em primeiro grau, à pena de **2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão**, em regime **aberto**, além de 300 (trezentos) dias-multa, pelo delito previsto no art. 33, **caput** c/c § 4º, c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, tendo a pena corporal sido substituída por duas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo da defesa, para redimensionar a pena para **1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, além de 193 (cento e noventa e três) dias-multa mantendo, no mais, a sentença condenatória.

A questão a ser analisada cinge-se à dosimetria da pena-base. Aduz o **Parquet** que Aduz que "*a dosimetria aplicada na pena-base fixada quase no seu mínimo legal e a causa de aumento no mínimo legal, é contraditória às circunstâncias inerentes a culpabilidade a reprovação na conduta da recorrida*" (fl. 299).

Argumenta, dessarte, que "*o acórdão recorrido apresenta-se não somente desproporcional, como flagrantemente ilegal, pois deixou de observar as balizas dos arts. 59 e 68 do Código Penal, quanto à elevada reprovação e*

culpabilidade na conduta da recorrida na fase da dosimetria da pena, ainda mais quanto ao que diz respeito a quantidade somada ao tipo de entorpecente apreendido (cocaína pura), acompanhado da transnacionalidade do delito em questão" (fls. 299-300).

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 256-257):

"Quanto à dosimetria, entendo que a pena-base foi fixada de forma exagerada, pois a natureza e quantidade da droga - 100 gramas de cocaína - não permitem o aumento imposto na sentença, que a aplicou em 06 anos de reclusão, além de, aleatoriamente, fixar multa de 300 dias-multa. Digo isso porque a quantidade de droga - 100 gramas - é muito pequena comparada aos casos julgados por esta Turma e que não mereceram tão severa repreensão. Tampouco a culpabilidade lhe é desfavorável pelo fato de "morar em residência própria" e "não estar desempregada".

Desse modo, atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, todas favoráveis à acusada, e levando-se em consideração apenas a natureza da droga, fixo a pena-base em 05 anos e 03 meses de reclusão e 520 dias-multa, que entendo suficiente para a prevenção e repreensão do crime.

Sendo a ré primária, de bons antecedentes e não se dedicando à organização criminosa, aplico a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em 2/3 (dois terços), como fez a sentença, passando a reprimenda para 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Tendo em vista a internacionalidade do tráfico, aumento a sanção em 1/6 (um sexto), tornando-a definitiva em 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa, á razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos"

Por sua vez, ao rejeitar os embargos de declaração ministeriais, a Corte de origem invocou os seguintes fundamentos, **in verbis** (fls. 283-289):

"Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos embargos de declaração.

De acordo com o art. 619 do Código de Processo Penal:

[...]

A omissão apta a ensejar o acolhimento dos embargos de declaração é aquela relativa a ponto essencial ao deslinde do feito e sobre o qual, obrigatoriamente, deveria ter se pronunciado o julgador, seja porque a parte expressamente a requereu, seja por se tratar de matéria de ordem pública.

A contradição revela-se quando a incoerência entre uma afirmação anterior e outra posterior, referentes ao mesmo tema e no mesmo contexto, prejudica a compreensão do julgado.

A obscuridade verifica-se quando há dificuldade na compreensão do julgado, ou seja, quando há falta de clareza da decisão resultando a ininteligibilidade questão decidida pelo órgão judicial.

O embargante aduz que o acórdão incorreu em omissão e contradição porque deixou de considerar, para efeitos da avaliação das diretrizes do art. 59 do CP, circunstâncias inerentes à culpabilidade e à reprovação da conduta da ré.

Ainda, diz que o julgado padece de vício de contradição, pois a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem assim o aumento pela internacionalidade do tráfico, não foram fixados em fração adequada à situação exposta nos autos.

Não há qualquer vício no acórdão.

O julgado apreciou todas as questões relativas às diretrizes do art. 59 do Código Penal e declinou as razões para afastar a aferição negativa da culpabilidade da ré e redução da pena-base.

Nesse sentido, a fundamentação dada no voto, no que interessa para efeitos do deslinde da controvérsia posta nos presentes embargos:

“Quanto à dosimetria, entendo que a pena-base foi fixada de forma exagerada, pois a natureza e quantidade da droga – 100 gramas de cocaína - não permitem o aumento imposto na sentença, que a aplicou em 06 anos de reclusão, além de, aleatoriamente, fixar multa de 300 dias-multa. Digo isso porque a quantidade de droga – 100 gramas - é muito pequena comparada aos casos julgados por esta Turma e que não mereceram tão severa repreensão. Tampouco a culpabilidade lhe é desfavorável pelo fato de “morar em residência própria” e “não estar desempregada”.

Desse modo, atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, todas favoráveis à acusada, e levando-se em consideração apenas a natureza da droga, fixo a pena-base em 05 anos e 03 meses de reclusão e 520 dias-multa, que entendo suficiente para a prevenção e repreensão do crime.

Como se vê, o julgado não incorreu em qualquer omissão no que diz respeito à análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, sendo certo que a pequena quantidade de droga apreendida, aliada ao fato de que a culpabilidade da ré não se afasta daquela comum em delitos desta espécie, justifica a redução da pena-base.

Ainda, não há qualquer vício a ser sanado no que diz respeito à fixação do quantum de redução de pena do prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/06, bem assim o aumento pela internacionalidade do tráfico. O julgado expôs, com suficiência, os fundamentos para fixação da fração de redução e aumento de pena, in verbis:

Sendo a ré primária, de bons antecedentes e não se dedicando à organização criminosa, aplico a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em 2/3 (dois terços), como fez a sentença, passando a reprimenda para 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa.

*Tendo em vista a internacionalidade do tráfico, aumento a sanção em 1/6 (um sexto), tornando-a definitiva em **01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa**, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.*

Como se vê, o propósito de rediscussão está evidente nas próprias argumentações do embargante, que adentra ao mérito da matéria.

Em que pese o inconformismo do embargante, considero imprópria a via eleita, na medida em que efeitos infringentes, por meio de embargos de declaração, são possíveis somente nos casos expressos no artigo 619 do Código de Processo Penal.

Por fim, exige o Superior Tribunal de Justiça o prequestionamento da matéria conduzida à sua apreciação. Busca-se, dessa forma, impedir a análise de questão de direito não previamente discutida. Para tanto, não é necessária expressa menção dos dispositivos legais tidos como violados no voto condutor do acórdão impugnado. Basta a discussão da matéria tratada nesses dispositivos. Em semelhante sentido, transcrevo a seguinte ementa:

[...]

O prequestionamento da matéria não se configura como objeto cabível em embargos de declaração, cujo âmbito é limitado à correção de obscuridade, contradição ou omissão do acórdão, conforme o disposto no art. 619 do CPP.

*Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração** opostos pelo Ministério Público Federal"*

Da análise dos excertos colacionados, verifico que merece acolhimento a pretensão ministerial, uma vez que os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido para atenuar a pena-base vão de encontro ao entendimento deste Tribunal quanto ao tema, senão vejamos.

Com efeito, vê-se que a pena-base foi aumentada pelo édito condenatório em 1 (um) ano em razão da quantidade e natureza da droga apreendida (cerca de 100 (cem) gramas de cocaína pura proveniente da Bolívia), fato que autoriza a exasperação da reprimenda, notadamente se levado em consideração que a natureza e quantidade da droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, devem preponderar nesta fase sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP.

Outrossim, ao contrário do alegado pelo acórdão recorrido, não há que se falar em desproporcionalidade do aumento operado pela sentença, que atentou de forma fundamentada para as circunstâncias fáticas do caso concreto.

Neste sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NO DELITO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA SUBSTÂNCIA, CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E CULPABILIDADE DA AGENTE. ELEMENTOS IDÔNEOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA RÉ EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

3. Hipótese em que à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que a Corte estadual não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre a paciente e o corréu. Na falta de comprovação do vínculo subjetivo entre os agentes no cometimento do delito de associação para o tráfico, a absolvição dos pacientes é medida que se impõe.

4. 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.

5. No caso, a pena-base foi exasperada 1 ano e 3 meses de reclusão pela quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos (180g de maconha e 2,44g de Haxixe), circunstâncias do crime (praticado na presença do filho menor) e culpabilidade da agente (o modus operandi em introduzir grande quantidade de drogas em seu aparelho genital). Portanto, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos), não se revela desproporcional o quantum de aumento.

6. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 a 2/3, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

7. In casu, sobrevivendo a decisão absolutória pela prática do delito de associação para o tráfico de entorpecentes, e certificada a primariedade e os bons antecedentes da paciente, impõe-se a aplicação do redutor no grau máximo.

8. Embora a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da sanção reclusiva, diante da aferição negativa das circunstâncias judiciais (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

9. Não se mostra recomendável o deferimento da

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (art. 44, III, do CP).

*10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver a paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no patamar máximo, resultando a pena final em 2 anos e 9 dias de reclusão, mais pagamento de 201 dias-multa, bem como para fixar o regime semiaberto."(HC 524.610/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 15/10/2019)*

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO DA PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. MAJORAÇÃO EM 1 ANO. RAZOABILIDADE. MINORANTE. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO. LEGALIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. HC NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. O aumento da pena em 2 anos para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia de varia de 3 a 15 anos, tendo-se em vista a elevada quantidade de droga apreendida, é razoável, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados.

5. Reconhecido, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, o envolvimento da paciente em organização criminosa, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, circunstância cuja reapreciação enseja a valoração de prova, o que é incabível na via estreita do habeas corpus.

*6. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 211.069/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 11/5/2015).*

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E QUALIDADE DA

DROGA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA. TRIBUNAL A QUO. MOTIVAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. REDUÇÃO DAS PENAS. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA PENA IMPOSTA. CONCURSO MATERIAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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.

2. Hipótese em que, embora o Juiz de primeiro grau tenha sopesado indevidamente como desfavoráveis algumas circunstâncias judiciais, considerando elementos do próprio tipo penal, considerou, além dos maus antecedentes do paciente, a elevada quantidade de droga apreendida (15kg de cocaína), para fixar a pena-base em 7 anos de reclusão, o que não se mostra desproporcional.

3. Malgrado a equivocada fundamentação dando por negativas todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (15 quilos de cocaína), aliadas às demais circunstâncias judiciais negativas (duas condenações), justificaram a elevação das penas acima dos mínimos legais para ambos os delitos.

4. Entendimento da Corte a quo que não acarretou em prejuízo ao réu, devendo restar consignado que "a proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de jurisdictio - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem [...]" (HC 349015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016.) 5. O Tribunal de origem, dentro da discricionariedade na individualização da pena e da soberania que lhe é conferida para dizer o direito, optou, motivadamente e em conformidade com a jurisprudência desta Corte, por manter os patamares de aumento em razão dos antecedentes do paciente (para ambos os delitos) e da quantidade e natureza da droga apreendida para o crime de tráfico.

[...]

13. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena final do paciente em 10 (dez) anos de reclusão, mais o pagamento de 715 (setecentos e quinze) dias-multa, em regime inicialmente fechado"* (HC n. 257.411/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 12/8/2016).

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Dessarte, passo à nova dosimetria da pena, atento às diretrizes dos arts. 59 e 68, ambos do CP, bem como ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006. Na primeira fase, fixo a pena-base em **05 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão**, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, nos termos da fundamentação retro. Na segunda fase, inexistentes agravantes ou atenuantes, **fica a pena intermediária mantida**. Por fim, na terceira fase, mantenho a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, reduzindo a pena para o montante de que 01 (um) ano, 10 (dez) meses e 11 (onze) dias de reclusão, além de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa que, em face da causa de aumento prevista no art. 40, inc. I, da Lei nº 11.343/2006, fica majorada em 1/6, nos termos do acórdão, perfazendo a pena definitiva de **02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão**, além de 226 (duzentos e vinte e seis) dias-multa, mantido o regime **aberto** e substituição da pena corporal, nos termos do acórdão recorrido, que deverá ser compatibilizado a este **decisum** pelo Juízo da Execução competente.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, I e III, do Regimento Interno do STJ, **conheço em parte** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe** provimento.

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator