

RECURSO ESPECIAL Nº 1.854.993 - PR (2019/0383392-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : ANAILSON FERREIRA GOMES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

DIREITO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, C/C ART. 40, INCISO I, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. DOLO. COMPROVAÇÃO. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. APLICAÇÃO. ERRO DE TIPO NÃO CONFIGURADO. CONTRABANDO DE CIGARROS. ART. 334, §1º, ALÍNEA “B”, DO CÓDIGO PENAL. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. NATUREZA. COCAÍNA. QUANTIDADE. MAJORANTE DA TRANSNACIONALIDADE. APLICAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

1. Este Tribunal firmou posicionamento no sentido de que eventual ignorância voluntária quanto ao conteúdo da carga e quanto a sua ilicitude não exime o apelante da responsabilidade pela prática do delito, eis que anuiu na produção do resultado, o qual podia claramente prever.

2. A incidência da exculpante supralegal de inexigibilidade de conduta diversa exige a configuração de situação excepcional, frente a qual se tenha inviabilizado exigir do agente conduta conforme o direito.

A inexigibilidade de conduta diversa, portanto, só tem lugar quando restar plenamente retratada situação invencível, para a qual não resta alternativa ao acusado senão cometer o crime. Caso em que o acusado não comprova situação excepcional.

3. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.

4. A substância traficada (cocaína) possui alto poder viciante e elevado grau de nocividade. Ademais, é comercializada em pequenas porções, atingindo um número altíssimo de usuários - o que denota uma maior reprovabilidade da conduta e das consequências do crime envolvendo tal substância. Mantida a negatificação do vetor 'natureza da droga'.

5. O réu transportava cerca de 10Kg (dez quilos) de cocaína, quantidade que não é expressiva a ponto de justificar a negatificação do vetor 'quantidade da droga'.

6. Para o reconhecimento da transnacionalidade do tráfico, não há necessidade da efetiva transposição das fronteiras nacionais, bastando que as circunstâncias do fato a evidenciem.

7. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução das penas impostas, independentemente da eventual interposição de

recurso especial ou extraordinário, consoante Súmula n. 122 deste Tribunal.

Sustenta o Ministério Público que *o acórdão nitidamente deixou de aplicar o art. 42 da Lei 11.343 ao considerar que a quantia transportada pelo réu, de 10 kg de cocaína, não é expressiva.* (fl. 552).

Aduz, ainda, que *o acórdão ora impugnado deve ser reformado, para fim de reconhecer que o transporte de 10 kg de cocaína enseja a aplicação do art. 42 da Lei 11.343/06 para fins de elevar a pena do réu na primeira fase de aplicação* (fl. 553).

Requer o provimento do recurso especial, *para, em consequência da valoração negativa da circunstância judicial quantidade da droga, prevista no art. 42 da Lei 11.343/06, determinar o aumento da pena-base* (fl. 555).

Contrarrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

Extrai-se dos autos que o recorrido foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, da Lei 11.343/06, e no art. 334, § 1º, *b*, do Código Penal, à pena de 9 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, além do pagamento de 816 dias-multa.

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal estadual dado parcial provimento ao recurso, para, afastando a valoração negativa do vetor quantidade no cálculo da pena-base, fixar a pena em 7 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão, além de 660 dias-multa.

Quanto à quantidade de drogas, colhe-se do acórdão recorrido (fls. 528-529; 530):

3.1.1. Da pena no mínimo legal

A defesa de ANAILSON, quanto ao crime de tráfico de drogas, requer genericamente a aplicação da pena no mínimo legal, inclusive quanto à pena de multa.

Conforme se vê do item precedente desta decisão, a pena-base foi aumentada em 02 (dois anos), em razão da natureza e da quantidade de droga apreendida.

Quanto ao vetor 'natureza', a decisão não merece reparos.

Isso porque a substância traficada (cocaína) possui alto poder viciante e elevado grau de nocividade. Ademais, é comercializada em pequenas porções, atingindo um número altíssimo de usuários - o que denota uma maior reprovabilidade da conduta e das consequências do crime envolvendo tal substância.

Deve, portanto, ser mantida a negatização da vetorial 'natureza da droga', que é circunstância preponderante, a teor do previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Ressalto, no ponto, que "a intenção do legislador, ao determinar como

preponderantes, no artigo 42 da Lei de Drogas, sobre as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, foi justamente no sentido de autorizar o aumento da pena-base em quantum superior ao dos outros vetores" (cf. TRF4, ACR 5006044-39.2017.4.04.7005, OITAVA TURMA, Relator VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, juntado aos autos em 19/06/2018).

O mesmo não pode ser dito, entretanto, quanto ao vetor 'quantidade'.

Veja-se que o réu transportava cerca de 10Kg (dez quilos) de cocaína, quantidade que não é expressiva, especialmente se comparada às demais apreensões corriqueiramente vistas no âmbito federal. Mas, é uma quantidade importante para o tráfico.

Deve ser revista, pois, a sentença no ponto, de modo que a pena-base vai melhor fixada em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Acolho em parte, pois, o pedido defensivo.

(...)

Diante das alterações na pena efetuadas por este julgado no item '3.1.1', a pena-base ficou estabelecida em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Não foram reconhecidas na origem agravantes ou atenuantes, de modo que a pena provisória fica mantida em tal patamar.

Na terceira etapa da dosimetria da pena, foi reconhecida a majorante da transnacionalidade no patamar de 1/6 (um sexto), pelo que a pena final do réu fica fixada em 06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

A pena de multa vai proporcionalmente fixada em 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa.

Como é sabido, via de regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

O art. 42 da Lei de Drogas dispõe que *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.*

Ocorre que, nos termos da jurisprudência desta Corte, a apreensão de **10 kg de cocaína** é expressiva, a ensejar o aumento da pena-base, constituindo fundamentação idônea a justificar a exasperação. Nesse sentido:

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE

INEXPRESSIVA. NATUREZA NOCIVA. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 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.

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no 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.

[...] (HC 366112 / SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". REVISÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

2. 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. 11.343/2006.

3. A Corte de origem aplicou o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no mínimo de 1/6, considerando as circunstâncias fáticas da causa. Entender de forma diversa exigiria, necessariamente, incursão na matéria fático-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1602045 / SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

Havendo, portanto, violação dos arts. 59 do CP e 42 da Lei 11.343/06,

deve ser mantida a pena estabelecida na sentença condenatória quanto ao delito de tráfico de drogas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, a fim de restabelecer a pena fixada na sentença condenatória quanto ao delito do art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, da Lei 11.343/2006, mantidos, no mais, os demais termos do acórdão recorrido.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator