

RECURSO ESPECIAL Nº 1.856.811 - PR (2020/0004646-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : RUBEN DARIO MELGAREJO RAMIREZ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que negou provimento à apelação defensiva e deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

Alega o recorrente negativa de vigência aos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei 11.343/2006.

Sustenta que o aumento da pena-base em 1 ano e 8 meses é desproporcional, que houve *bis in idem* ante a consideração da quantidade de droga na primeira e segunda fases da dosimetria e que o recorrente preenche todos os requisitos legais para a concessão da minorante do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Requer, assim, o conhecimento e o provimento do recurso, a fim de que seja reduzido o aumento da pena-base a 1 ano e aplicada a causa de diminuição da pena em 1/2. Subsidiariamente, pugna pela sejam os autos devolvidos à origem *para a apreciação da prova, integração da motivação e aplicação do entendimento alcançado pelo egrégio STJ sobre a matéria de direito* (fl. 272).

É o relatório.

DECIDO.

Primeiramente, cumpre esclarecer que não se presta o recurso especial, via de regra, à revisão da dosimetria da pena fixada pelas instâncias ordinárias, a teor do disposto na Súmula 7/STJ. Todavia, quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68 do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica, excepcionalmente, admite-se a revisão do *quantum* fixado pelas instâncias ordinárias nos casos de patente desproporcionalidade.

Alega o recorrente, de início, excesso na exasperação da pena-base, atinente à quantidade de droga apreendida em posse do recorrente.

Com efeito, cumpre esclarece que, especificamente quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, nos termos do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerar-se-á na fixação das penas, 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.

Nesse contexto, o aumento da pena-base em 1 ano e 8 meses pela grande quantidade de entorpecente apreendido – consistente em 1,080 tonelada de maconha –, não revela qualquer desproporcionalidade, a justificar o provimento do recurso, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito, que prevê pena reclusiva de 5 a 15 anos, estando, portanto, devidamente fundamentada a exasperação em elemento concreto e condizente com o entendimento desta Corte acerca do tema, sendo imprópria, de todo modo, a via do especial à revisão do entendimento. Oportunamente, eis os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - **Em relação à dosimetria, cumpre registrar que a via do writ somente se mostra adequada, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade. De acordo com a r. sentença, a pena-base dos pacientes foi exasperada em dez meses de reclusão, lastreando-se na natureza e na diversidade das drogas apreendidas, quais sejam, 24,37 g (vinte e quatro gramas e trinta e sete centigramas) de maconha e 16,55 g (dezesesseis gramas e 55 centigramas) de crack. Nesse compasso, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.**

III - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que **"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto."** (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). In casu, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias

judiciais, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, ausente, portanto, notória ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - No presente caso, verifica-se que a quantidade e a natureza dos entorpecentes foi utilizada na primeira fase, para exasperar a pena-base, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, bem como para justificar a fixação do regime mais gravoso. Desse modo, tais circunstâncias desfavoráveis, autorizam a fixação do regime mais gravoso em desfavor dos pacientes, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 433.211/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA.

1. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual 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.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base em 2 anos, com fundamento na natureza e quantidade de entorpecentes - 1920g de "cocaína", nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do CP, encontrando-se devidamente justificada e proporcional às especificidades do caso versado.

3. Para a aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é necessário o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto. O legislador, entretanto, não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena.

4. No presente caso, a opção pela fração de 1/6 foi devidamente justificada no fato de o acusado ter contribuído com organização criminosa, agindo na condição de "mula", o que se mostra condizente com os parâmetros da

razoabilidade e da proporcionalidade e encontra justificativa nas peculiaridades da ação criminosa.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1013343/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017).

Tampouco há falar em *bis in idem* ante a consideração da quantidade de droga na primeira e terceira fases da dosimetria.

Compulsando os autos, verifica-se que o Tribunal local afastou a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei de Drogas fundamentadamente, por entender que o recorrente se dedicava habitualmente à traficância, considerando não apenas a expressiva quantidade de droga apreendida, mas especialmente o *modus operandi* empregado na prática do delito, salientando que, no *caso concreto*, ***o poderio econômico envolvido, dado o capital necessário para o tráfico de mais de uma tonelada de droga, a confiança necessária para atribuir a alguém o transporte dessa quantidade, seja pela perícia necessária como pelo seu elevado valor, a forma como a droga foi transportada, via pluvial, são elementos que demonstram considerável organização e entrosamento dos envolvidos e capacidade financeira*** (fl. 251), concluindo tratar-se de *tráfico organizado, profissional e de grande quantidade, que nada tem de eventual ou circunstancial* (fl. 251).

Com efeito, além da relevante quantidade do entorpecente apreendido, foram declinados outros elementos concretos aptos a justificarem a não aplicação da fração redutora do tráfico privilegiado, evidenciando, por si sós, o não preenchimento dos requisitos legais previstos na legislação de regência (§4º do art. 33 da Lei 11.343/2006), não havendo, portanto, falar em *bis in idem*. A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

5. Não configura *bis in idem* caso, além da quantidade de drogas, haja outros elementos concretos nos autos, suficientes o bastante - tais como apetrechos destinados à traficância, anotações sobre contabilidade do tráfico, munições, armas de fogo, processos em andamento etc. -, que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou ***integra organização criminosa***. Também não há falar em *bis in idem* quando a natureza da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua

quantidade, por exemplo, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma não cumulativa.

[...]

7. Ordem parcialmente concedida para, reconhecida a ocorrência de bis in idem, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena dos pacientes, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018).

Assim, estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento desta Corte Superior, incide, *in casu*, o comando da Súmula 83/STJ, aplicável, inclusive, aos recursos interpostos com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, por analogia.

Quanto ao pleito subsidiário de retorno dos autos à origem, além de descabido, cuida-se de inovação recursal, deficiente de fundamentação, porquanto não apontado o dispositivo legal tido por violado, que não cumpre sequer o requisito do prequestionamento, não merecendo, portanto, conhecimento.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator