

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.881 - TO (2018/0223459-3)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : WALISON SOUSA PAIVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por WALISON SOUSA PAIVA contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional.

Foi o agravante condenado, pelo crime de tráfico de entorpecentes, à pena de 13 (treze) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 1.300 (mil e trezentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Nos termos da peça acusatória, o acusado foi surpreendido na posse de **33 (trinta e três) pedaços de maconha, pesando aproximadamente 36g (trinta e seis gramas)**, embalados para comercialização.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

O colegiado local deu parcial provimento ao recurso para reduzir a sanção do réu para 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 1.143 (mil, cento e quarenta e três) dias-multa.

Daí a interposição do recurso especial, no qual sustentou a defesa a violação do art. 59 do Código Penal.

Contrarrazões às e-STJ fls. 190/197.

Inadmitido o inconformismo, o recurso subiu ao Superior Tribunal de Justiça por meio de agravo (e-STJ fls. 209/220).

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso (e-STJ fls. 237/240).

É o relatório.

Decido.

Na espécie, o colegiado local, ao reformar a sentença, teceu as seguintes considerações acerca da dosimetria da pena (e-STJ fls. 128/148).

Em análise da insurgência, verifico que assim decidiu o julgador singular:

“(…) Considerando a comprovação da culpabilidade, esta não pode ser vista, tão somente, com referências vagas, sob pena de ser uma extensão das elementares comuns ao próprio tempo, ou seja, um pressuposto da culpabilidade que é elemento do crime. A culpabilidade está ligada, segundo o STJ, ao grau de reprovabilidade social (STJ, HC 66781/MS/ STF – HC 76851/RS). A culpabilidade está presente, não havendo qualquer causa que exclua os elementos que a integram.

Há pois, elevado grau de culpabilidade, em razão da quantidade de droga adquirida/trazida pelo acusado, eis que fora apreendido com 33 (trinta e três) pedaços de maconha, com massa bruta de 36 (trinta e seis) gramas, prontos para comercialização. Nesse sentido, já assentou o Superior Tribunal de Justiça que “não se vislumbra deficiência na dosimetria da pena-base, a qual restou devidamente majorada pela culpabilidade exacerbada do réu, pela quantidade de entorpecente apreendido (...). (HC nº 74.482/PR, DJ 06/08/2007 p. 575) (desfavorável) “(…) Considerando que existem nos autos dados sobre a conduta social do sentenciado. Trata-se de avaliação do comportamento do sentenciado, sobretudo, por três fatores que fazem parte da vida de qualquer cidadão, convívio social, família e laboral, sem que haja confusão com a reincidência. No caso, o réu Walison, disse trabalhar na zona rural, porém não trouxe aos autos nenhuma comprovação da sua função profissional, por exemplo, uma prova testemunhal, um contrato de trabalho, o que faz ser sua pessoa entregue ao ócio. No meu sentir, não é razoável, simplesmente pelo fato de que o país (Brasil) está passando por uma crise financeira, justificar que o réu não busque uma forma legítima de trabalho, isso porque quando a pessoa realmente está imbuída e determinada em melhorar de vida não mede esforços para encontrar um meio de subsistência condigno com a sociedade, por exemplo, fazendo bicos como jardineiro; limpando calçadas de residências; lavando carros; como rurícola face as inúmeras chácaras e fazendas da região; inscrever-se em cursos profissionalizantes do Sistema S, etc. Na maioria dos casos o argumento, por si só, da crise financeira para o desemprego é uma capa, um subterfúgio para o cometimento de crimes em desfavor da sociedade, caso contrário, todos, os 14 (catorze) milhões de desempregados no Brasil passariam a cometer delitos. Não estou negando, até pelo fato de ser evidente, neste momento da nossa história, a situação de recessão vivenciada pelo Brasil, porém, na minha humilde percepção, o mais gravoso é a crise ética e moral de parcela de autoridades e empresários brasileiros (corrupção sistêmica), o que acarreta um incentivo à criminalidade por parte das camadas menos favorecidas da sociedade, já que passam a acreditar que o crime compensa, e isso é inaceitável e um argumento perigoso em uma sociedade evoluída na manutenção da ordem pública e da paz social. Assim, o sentenciado é possuidor de má conduta social, uma vez que, no campo laboral, direciona ser uma pessoa não voltada para o trabalho (desfavorável) (...)

Considerando que os motivos do crime se constituem pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o que não é punido pela própria tipicidade. Ademais, já assentou o Superior Tribunal de Justiça que “não se vislumbra deficiência na dosimetria da pena-base, a qual restou devidamente majorada [...], pelo objetivo de lucro fácil e [...] e que não são inerentes ao tipo penal.” (HC 74.482/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 575.). O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, na Apelação Criminal nº 0001991-62.2015.827.000, em voto da lavra da Desembargadora Maysa Vendramini Rosal, em ação julgado pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Araguaína, entendeu: “Os motivos do crime devem de fato ser valorados de forma negativa. O lucro fácil não faz parte da tipicidade do delito contido no Artigo 33, da Lei 11.343/06, perfazendo fundamentação suficiente para valoração negativa da circunstância (...).” (Grifei), (desfavorável). Considerando que as circunstâncias do crime encontram-se relatadas nos autos, merecendo elevada censura, eis que o denunciado Walison, esquivando-se de um mandado de prisão em aberto da Comarca de Xambioá/TO não atendeu ao chamado das autoridades de segurança pública, inclusive, tentou empreender fuga, dificultando sua prisão, o que denota o alto grau de ousadia do acusado (desfavorável) Considerando que, tendo em conta as consequências do crime, são gravosas, porquanto o tráfico de drogas serve de caminho para o aumento da criminalidade, bem como auxilia na desestruturação de famílias e na destruição de inúmeras pessoas. De igual modo, a substância apreendida nos autos merece censura, em decorrência do poder destrutivo da mesma (maconha) com elevado poder viciante, pois segundo estudos atuais (UNIAD – Unidade de Pesquisa em Álcool e Drogas – o uso contínuo da referida droga acarreta a destruição de células cerebrais e esquizofrenia. Nesse sentido, já assento o Superior Tribunal de Justiça que “não se vislumbra deficiência na dosimetria da pena-base, a qual restou devidamente majorada [...] pelas graves consequências à saúde pública, aspectos caracterizadores da referida prática criminosa e que não são inerentes ao tipo penal.”) (HC 74.482/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 575.) (Grifei). (desfavorável) (...)

Da análise da sentença vergastada, verifica-se que foram valoradas em desfavor do Apelante, as circunstâncias judiciais atinentes a culpabilidade, conduta social, motivos, circunstâncias do crime e consequências do mesmo.

Primeiro, quanto à culpabilidade, valorada negativamente, tem-se que o seu exame foi adequado porquanto passou pela análise do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta praticada, como também pela situação de fato em que ocorreu a ação delitiva. In casu, restou evidenciada a reprovabilidade na conduta do réu, para além do previsto no tipo penal cuja conduta subsumiu-se, motivo pelo qual mantenho a avaliação realizada na instância singela.

No que diz respeito à conduta social, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, tal circunstância judicial representa: [...] o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, etc.

O Magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim

de saber se merece

uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório e às testemunhas, durante a instrução. [...] 6 Depreende-se da sentença objurgada que o julgador monocrático valorou negativamente a referida circunstância em desfavor do Apelante, uma vez que comprovado que o mesmo não possui conduta social satisfatória. Não merece reparos o decisum, posto que a justificativa apresentada constitui fundamento idôneo a ensejar o aumento realizado na pena-base.

Quanto aos motivos determinantes do crime, considerando que o que é avaliado nessa circunstância judicial é a maior ou menor nobreza ou repugnância da mola propulsora da prática do ato ilícito, tenho que merece ser reformada a valoração procedida a quo, na medida em que se valeu de aspectos que integram o próprio tipo penal, os quais não se prestam para embasar o juízo negativo da mencionada circunstância, no mesmo sentido:

[...]

Quanto às circunstâncias do crime, entendo corretamente valoradas e fundamentadas. No seu exame considerou o Magistrado a quo a forma e a natureza da ação delitiva, o tipo e meio utilizado, objeto, tempo, lugar, forma de execução, dentre outros.

Guilherme de Souza Nucci elucida:

[...]

Nesse diapasão, entendo que o magistrado sentenciante apontou dados objetivos para evidenciar a gravidade concreta do delito.

Por fim, quanto às consequências do crime, tem-se que estas devem ser compreendidas sob o vértice de outros fatores que não os correspondentes ao resultado naturalístico do próprio delito descrito abstratamente no tipo penal. Elucida NUCCI, sem grifos no original:

[...]

Assim, entendo que esse elemento individualizador deve ser considerado desfavorável ao sentenciado, na medida em que o Juiz de primeiro grau não analisou tal circunstância apenas no limite do resultado naturalístico do delito, mas considerou as particularidades atinentes ao caso e que transcendem o resultado típico.

Como se denota, a prática do tráfico de drogas na forma narrada na inicial sustenta o vício de inúmeras pessoas em situação de vulnerabilidade, bem como é um elemento que desestrutura núcleos familiares, fazendo aumentar o nível da criminalidade. Nesse diapasão, entendo a referida circunstância judicial corretamente valorada e fundamentada.

Logo, da novel avaliação judicial ora efetivada, mister a redução de 15 (quinze) meses e 120 (cento e vinte) dias multa da pena base fixada, restando provisoriamente fixada em 10(dez) anos de reclusão e 980 (novecentos e oitenta) dias-multa.

Na segunda fase de aplicação da pena, presente a agravante já reconhecida na instância singela (reincidência), razão pela qual

aumento a pena base aplicada em 1/6 (um sexto), passando a dosá-la em 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 1.143 (hum mil cento e quarenta e três) dias multa.

Praticada a infração penal, surge para o Estado o direito de aplicar a sanção penal abstratamente cominada, modo de retribuir o mal causado pelo acusado e meio supostamente eficiente de evitar a reincidência. Nesse tear, demanda-se a estrita observância do devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que aplica ao acusado a reprimenda individualizada de acordo com a gravidade do delito e com as condições pessoais do sentenciado.

A primeira etapa de fixação da reprimenda, como é cediço, tem como objetivo estabelecer a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado do tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal. As circunstâncias judiciais são valores positivos; para inverter essa polaridade, é imperioso ao prolator da sentença apresentar elementos concretos de convicção presentes no bojo do processo. Sendo assim, é inadmissível o aumento da pena-base com fundamento em meras suposições ou em argumento de autoridade. Não atende à exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal a simples menção aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sem anunciar os dados objetivos e subjetivos que a eles se amoldam, ou a invocação de fórmulas imprecisas em prejuízo do condenado.

Na espécie, a instância de origem estabeleceu a reprimenda básica acima do mínimo legal, considerando desfavorável a circunstância judicial relativa à culpabilidade, tendo em vista a quantidade de droga apreendida em poder do réu – 36g (trinta e seis) gramas de maconha.

Com efeito, para os crimes relacionados ao tráfico de drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 anuncia parâmetros outros para o cálculo da pena-base, esclarecendo que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a

conduta delituosa.

Entretanto, no caso em exame, tal exasperação mostrou-se desproporcional, tendo em vista a ínfima quantidade de material tóxico apreendido. Diante desse cenário, entendo que, no pormenor, o aumento operado na primeira etapa da dosimetria da reprimenda não está devidamente justificado.

A propósito da circunstância judicial relativa à conduta social, observo que o magistrado sentenciante não apreciou o comportamento do sentenciado no seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência em sociedade, destacando apenas a ausência de comprovação de sua função profissional, parecendo-me, desse modo, evidente a violação do art. 59 do Código Penal.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE INDEVIDAMENTE EXASPERADA. REGIME INICIAL. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ILEGALIDADE MANIFESTA CONSTATADA.

[...]

3. A conduta social foi julgada desfavorável pelo Juízo singular pelo fato de o réu estar desempregado, mas a circunstância de o paciente não haver eventualmente comprovado o exercício de atividade laboral não pode militar em seu desfavor na dosimetria da pena, por falta de amparo legal e constitucional, até porque o fato de estar desempregado não traduz, por evidente, conduta ilícita (HC n. 127.096/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/12/2009).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente a 4 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais 416 dias-multa, à razão mínima.

(HC 265.101/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 28/02/2014, grifei.)

O sentenciante, vimos, também considerou desfavoráveis os motivos do crime, pois visava o réu a obtenção de lucro fácil.

Na análise da circunstância judicial relativa aos motivos da infração penal, imperioso ao sentenciante a apreciação da fonte propulsora da vontade criminosa,

pois, conforme a causa que motivou o acusado a praticar o delito, sua conduta poderá ser considerada mais ou menos censurável.

Isso aqui não ocorreu.

Reparem: não descreveu o sentenciante, ainda que sucintamente, a maior reprovabilidade da natureza e da qualidade da causa que levou o acusado a praticar a infração penal descrita na peça acusatória, limitando-se a elencar, de modo genérico, circunstâncias que não exorbitam das comuns à espécie. Diante desse cenário, imperioso o reconhecimento a violação do dispositivo legal.

A propósito, confira-se este precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA INSTÂNCIA A QUO SOBRE OS FUNDAMENTOS EMPREGADOS PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO. VETOR DOS MOTIVOS DO CRIME. DESFAVORECIMENTO. LUCRO FÁCIL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

- Os motivos apontados pelo juiz singular, de fato, assim como alegado pelo impetrante, são inerentes ao tipo penal incriminador, uma vez que o legislador, quando da cominação das penas referentes ao tráfico ilícito de entorpecentes, já previu, como normal à espécie, o objetivo de obter lucro fácil em detrimento da saúde da coletividade.

- Habeas corpus não conhecido.

- Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 6 anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 600 dias-multa, no valor mínimo legal.

(HC 476.564/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019, grifei.)

De acordo com a orientação desta Casa, as circunstâncias da infração podem ser compreendidas como os pormenores do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não inerentes ao tipo penal.

Sendo assim, na análise das circunstâncias do crime, é imperioso ao magistrado sentenciante apreciar, com base em fatos concretos, provados nos autos, o lugar do crime, o tempo de sua duração, a atitude assumida pelo agente no decorrer da consumação da infração penal, a mecânica delitiva empregada, entre outros elementos indicativos de uma maior censurabilidade da conduta.

No caso, destacou o sentenciante que as circunstâncias seriam desfavoráveis ao réu, pois, esquivando-se de mandado de prisão em aberto, não atendeu ao chamado das autoridades de segurança pública, inclusive, tentou empreender fuga, dificultando sua prisão, o que denota alto grau de ousadia do acusado. Narrou o Magistrado as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelo condenado no decorrer do fato criminoso, parecendo-me, nesse aspecto, justificado o aumento operado na primeira etapa do cálculo da reprimenda.

Por derradeiro, rememoro que as consequências do delito são os desdobramentos derivados da conduta do agente, que transcendem o resultado típico, evidenciando maior dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. É insuficiente, portanto, a justificativa para a negatização das consequências do delito baseada na gravidade do delito, pois serve de caminho para o aumento da criminalidade, porquanto tais elementos são genéricos e se confundem com os efeitos negativos naturais e inerentes ao tipo penal.

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, mantendo os parâmetros adotados pelo colegiado local.

Na primeira fase, mantida apenas a circunstância judicial relativa às circunstâncias do crime, fixo a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal – 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na segunda etapa, presente a agravante da reincidência, conservo a exasperação em 1/6 (um sexto), alcançando a pena intermediária 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa. Ausentes causas de aumento e de diminuição, torno a pena definitiva em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

A presença de circunstância judicial desfavorável, somada à

Superior Tribunal de Justiça

reincidência do réu, impede a modificação do regime inicial.

Ante o exposto, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial** a fim de reduzir a reprimenda do acusado a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão local.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator