



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 573755 - MS (2020/0088565-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : LUIS FERNANDO MAIA DA COSTA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
FRANCISCO CARLOS BARIANI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida às fls. 399-406, em que não foi conhecido o *habeas corpus*, sob os seguintes fundamentos: impossibilidade de revisão da pena-base, ante as circunstâncias judiciais desfavoráveis (circunstâncias do crime, quantidade e natureza da droga, além de maus antecedentes).

A defesa reitera a falta de fundamentação idônea para o aumento da pena-base, baseado em meras suposições, pois a quantidade da droga é pequena (11g de *crack*) e as circunstâncias do crime não extrapolam os limites do tipo penal.

Assevera que *"os demais vetores foram favoráveis ao apelante Luís Fernando e em atenção ao princípio da individualização da pena, convém destacar que as tocas e o simulacro de arma de fogo apreendidos estavam na residência do corréu Rafael, não havendo provas do envolvimento do apelante Luís Fernando, de modo que a respectiva circunstância negativa deve ser afastada"* (fl. 420).

Requer seja excluída a exasperação da pena-base com o decote das circunstâncias judiciais referente às circunstâncias do crime e quantidade da droga, com o consequente redimensionamento da pena a patamar próximo do mínimo legal.

É o relatório. Decido.

Em novo exame do processo, entendo devida a reconsideração da decisão anterior nos seguintes termos.

No tocante às circunstâncias do crime, não assiste razão ao agravante. No ponto, o acórdão consignou:

"Por fim, no que diz respeito às circunstâncias do crime, foram consideradas negativas a ambos os

acusados, sob o seguinte fundamento: "tendo em vista que a localização no imóvel também de toucas e simulacro de arma de fogo evidenciam que a comercialização de entorpecentes dava-se em contexto de violação a outros bens jurídicos, notadamente crimes patrimoniais, incrementando-se o lucro obtido ilicitamente e agregando-se de forma mais intensa o tráfico e outros crimes que gravitam em torno de nefasto comércio, peculiaridade capaz de interferir negativamente na aferição da pena".

Esse vetorial relaciona-se aos elementos periféricos ao fato (forma de agir, estado anímico, objeto empregado, condições de tempo e local, duração da conduta, dentre outros), que indiquem maior censurabilidade da ação, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal.

Nesse cenário, o fato de terem sido localizados no local do crime toucas tipo balaclava e simulacro de arma de fogo são elementos que evidenciam a prática de outros delitos pelos acusados, provavelmente de ordem patrimonial, conforme noticiado pelos milicianos que participaram da prisão em flagrante e que receber as informações anônimas nesse sentido (como anotado alhures), fato que justifica o recrudescimento da pena, porquanto se trata de conduta negativa, ou seja, de um plus que derivou do ato ilícito praticado, estranho ao do próprio do tipo, a justificar o agravamento da pena-base. Logo, encontra-se adequada a fundamentação quanto ao juízo negativo das circunstâncias do crime." (fls. 344-349).

Conforme outrora consignado na decisão agravada, no tocante ao referido vetor, as instâncias precedentes incrementaram as sanções básicas de forma fundamentada e com base em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao ora agravante, os quais não se confundem com a estrutura do tipo penal.

Ressalto que a avaliação dos vetores judiciais está situada no campo da discricionariedade do julgador, sendo inviável desconsiderar, no ponto, a valoração negativa desta circunstância desabonadora. Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA ANÁLISE NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E DOS MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE ELEVOU A BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. 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 - O aumento da sanção básica em razão circunstâncias judiciais – circunstância do crime e maus antecedentes –, foi devidamente fundamentado em dados concretos extraídos da conduta imputada ao ora paciente. Não se valeu o julgador de elementos que integram a estrutura do tipo penal, mas sim destacou, de modo minucioso, àqueles que desbordam das elementares dos tipos penais em destaque.

III - Consoante orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, "a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório" (AgRg no HC n. 480.933/AP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/06/2019, grifei).

IV - A existente circunstância judicial desfavorável, com a conseqüente fixação da pena-base acima do mínimo legal, segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, autorizada a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no HC 560.388/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 4/5/2020).

Entretanto, há flagrante ilegalidade no tocante à valoração da quantidade e natureza da droga (art. 42 da Lei Antidrogas) na primeira fase. Segundo a orientação jurisprudencial firmada por esta Corte, a natureza e a quantidade da droga devem ser consideradas na fixação da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

No caso concreto, embora apreendido entorpecente de natureza potencialmente lesiva, a pequena quantidade (cerca de 11g de crack- fl. 339) não justifica a exasperação da pena-base, impondo-se o redimensionamento da sanção. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE.EXASPERAÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não obstante a natureza da droga - cocaína -, a quantidade de entorpecente apreendido - 8,62g - não demonstra reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base.

2. Agravo desprovido.

(AgRg no HC 541.265/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 13/03/2020).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.

PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA.

REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 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.

2. Na hipótese, observa-se que a pena-base foi majorada em 6 meses de reclusão, tendo como fundamento a quantidade, a variedade e alta lesividade das drogas apreendidas (9,6g de crack e 6,4g de cocaína). Todavia, não sendo significativo o quantum de entorpecente e tendo em vista a análise favorável das demais circunstâncias judiciais, não se mostra adequado o aumento operado pela instância ordinária.

3. Estabelecida a pena em 5 anos de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e primário o paciente, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 631.949/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 17/02/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.

11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO (CRACK). APONTADA EM MOMENTOS DISTINTOS DA DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE E MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA.

EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. FRAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APLICADA NO PATAMAR MÁXIMO. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, com

preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE N. 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. Nessa esteira, o entendimento desta Corte de Justiça sobre o tema é o de que a quantidade e natureza da droga não podem ser utilizadas na primeira fase do processo trifásico para aumentar a pena-base e, na terceira fase, para graduar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, cabendo ao órgão julgador, com fundamento no princípio da individualização da pena, escolher em qual etapa o critério será utilizado. Precedentes.

4. No caso dos autos, o Tribunal a quo incorreu em constrangimento ilegal ao indicar a natureza do entorpecente em duas etapas distintas da dosimetria, pois a natureza da droga (crack) foi considerada tanto no cálculo da pena-base como na terceira fase da dosimetria ("alto potencial lesivo e poder de dependência") como fundamento para afastar a aplicação da fração máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

5. Deve-se considerar, ainda, que a quantidade de crack apreendida, ou seja, cerca de 11g (onze gramas), mostra-se reduzida, e é fundamento insuficiente para a análise desfavorável do vetor "quantidade da substância", previsto no art. 42 da Lei n.

11.343/2006, o que configura o constrangimento ilegal apontado e autoriza o redimensionamento da pena do réu, a fim de que a redutora do tráfico privilegiado seja aplicada na sanção máxima.

6. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível, e concedeu a ordem de ofício, a fim de aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração máxima, reduzindo a pena cominada ao réu para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 176 (cento e setenta e seis) dias-multa.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 509.796/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/10/2019).

Portanto, passo ao redimensionamento da reprimenda.

Na primeira fase, afastada a valoração negativa da quantidade e natureza da droga e sendo desfavoráveis duas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base no patamar de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses e 20 (dias) dias de reclusão e pagamento de 666 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e presente a agravante da reincidência, nos termos da sentença, aplico a mesma fração de 1/6 e fixo a pena no patamar de

7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão e pagamento de 777 dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição ou de aumento, nos termos da sentença, fixo a pena definitiva do paciente LUÍS FERNANDO MAIA DA COSTA em 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão e pagamento de 777 dias-multa. Ficam mantidos os demais termos do acórdão.

Conforme o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal – CPP, na hipótese de concurso de agentes, *"a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros"*.

Portanto, por se encontrarem em situação jurídico-processual idêntica, é devida, no caso, a extensão dos efeitos da decisão, na forma do art. 580 do Código de Processo Penal, ao corréu RAFAEL CARVALHO, para afastar a valoração negativa da quantidade e natureza da droga, cabendo o redimensionamento da reprimenda imposta, conforme a seguir:

Na primeira fase, afastada a valoração negativa da quantidade e natureza da droga e restando desfavorável uma circunstância judicial do art. 59 do CP, conforme o acórdão, aplico a fração de 1/6 de acréscimo e fixo a pena-base no patamar proporcional de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda fase, presente atenuante da confissão e ausentes agravantes, nos termos da sentença, fixo a pena no patamar de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição ou de aumento, nos termos da sentença, fixo a pena definitiva do paciente RAFAEL CARVALHO em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Ficam mantidos os demais termos do acórdão.

Ante o exposto, reconsidero a decisão anterior para não conhecer do *habeas corpus*, mas conceder a ordem de ofício para redimensionar a pena do paciente LUÍS FERNANDO MAIA DA COSTA, estendendo-se os efeitos ao corréu RAFAEL CARVALHO, nos termos da fundamentação acima, .

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de agosto de 2021.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator