



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 694.590 - MS (2015/0095431-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSIVAM VIEIRA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MAURICIO NOGUEIRA RASSLAN E OUTRO(S) - MS006921
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 7/STJ. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A compreensão de não ser relevante a quantidade de droga apreendida permite a redução do *quantum* de aumento da pena-base, inobstante a gravosa natureza do material entorpecente.
2. A fixação da reprimenda pela Corte de origem encontra-se devidamente fundamentada e, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de todo o conjunto fático-probatório e não a mera reavaliação das provas, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice do enunciado sumular n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.
3. O agrado regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, veiculando mero inconformismo com o que se decidiu, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.
4. Agrado regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agrado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de junho de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 694.590 - MS (2015/0095431-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **JOSIVAM VIEIRA DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **MAURICIO NOGUEIRA RASSLAN E OUTRO(S) - MS006921**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial (fls. 473/479).

Sustenta que inaplicável o enunciado da Súmula nº 7/STJ à espécie, pois o que se pretende é *tão somente a aferição dos critérios utilizados para a correta aplicação dos dispositivos dito por violados, o agravo merece ser provido, dando-se prosseguimento ao recurso especial* (fls. 490).

Afirma que o art. 42 da Lei nº 11.343/06 deve ser analisado com preponderância sobre o art. 59 do Código Penal, o que não foi observado pelo Tribunal de origem, pois *não obstante estar o v. acórdão fundamentado em entendimento dominante desse E. Sodalício - não havendo afronta ao art. 42 da Lei 11.343/2006 reputa-se flagrantemente desproporcional o decote procedido na pena-base aplicada na sentença* (fls. 493).

Acresce que *a decisão agravada está a merecer reparo, somente para redimensionar a pena-base, atendendo ao disposto no art. 59 do Código Penal, no que se refere aos maus antecedentes, com o restabelecimento do quantum de exasperação da pena-base fixado na sentença* (fls. 495).

Pleiteia, ao fim, seja reconsiderada a decisão ou, em caso diverso, seja o presente recurso submetido à análise da 6ª Turma.

Apesar de intimada, a parte agravada não apresentou impugnação (fl. 502).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 694.590 - MS (2015/0095431-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, limitando-se a reproduzir os razões de seu agravo em recurso especial, razão por que mantenho a decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial, assim fundamentada (fls. 473/479):

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL em face de decisão de inadmissão do recurso especial, proferida pelo Tribunal de Justiça local, com fundamento na Súmula 7/STJ.

No presente agravo, o recorrente sustenta que não estaria discutindo provas no referido recurso especial, por outro lado, teria demonstrado que houve contrariedade aos arts. 59 e 61, ambos do Código Penal, e ao art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Alega que não teria sido analisada a admissibilidade do recurso especial com fulcro no art. 105, III, alínea c, da CF.

Apresentou-se contraminuta à fls. 443-445.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento do agravo, com parcial provimento do recurso especial (fls. 455-466).

É o relatório.

DECIDO.

Consta dos autos que o agravado foi condenado à pena de 8 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 933 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06.

Ato seguinte, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal a quo, o qual lhe proveu parcialmente para reduzir a sanção para 6 anos de reclusão, e 600 dias-multa.

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público sustenta violação aos arts. 59 e 61 do Código Penal, além do art. 42 da Lei n. 11.343/06

Afirma que a pena-base teria sido fixada acima do mínimo legal com esteio em elementos idôneos pelo sentenciante, e a Corte estadual a teria reduzido sem fundamentar o motivos.

Argumenta que a natureza da droga apreendida não poderia ter sido afastada, tendo em vista que independente da quantidade do entorpecente, somente a natureza seria suficiente para fundamentar a exasperação da sanção inicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca que deveria ser mantido o aumento de 1/5 na segunda fase da dosimetria pela presença da agravante da reincidência, tal como escolhido pelo sentenciante.

Aponta que o aumento de 6 meses para cada circunstância judicial seria irrisório, de maneira que a pena não restaria fixada de necessária e suficiente para a prevenção e repressão do ilícito em questão.

No que diz respeito ao pleito de redimensionamento da pena-base, observa-se que o juiz de primeiro grau fixou-a em 7 anos de reclusão, e 800 dias-multa, com os seguintes fundamentos:

Passo a dosimetria.

Culpabilidade normal à espécie, carecendo de valoração. É reincidente, utilizando-se a incidência 001 de f. 190, circunstância que será valorada apenas na segunda fase; ostenta outra condenação transitada em julgado (incidência 002), de tal sorte que portador de maus antecedentes. Deve ser relevada ainda a natureza da droga apreendida, na forma do art. 42 do Lei n. 11.343/06², que preponderante sobre as circunstâncias do art. 59 do CP. Traficava o réu alcalóide denominado vulgarmente como "crack" ou "pasta base de cocaína", entorpecente de poderoso efeito no sistema nervoso, e reconhecidamente como das drogas que acaba por causar talvez a mais aguda dependência a seus usuários. Tamaña dependência, que comum em várias cidades existem locais onde os usuários se reúnem para fazerem uso desta droga, aos quais se costuma denominar "cracolândia". Os usuários, de outro lado, costumam perambular a esmo pelas ruas, destituídos que ficam de vontade fazer algo útil. Enfim, cuida-se de uma chaga que merece especial reprobabilidade, havendo de exasperar a pena daqueles que insistem em mercadejar o abjeto produto.

De tal maneira, deve a pena base arrojarse do mínimo legal, fixando-a em 7 (sete) anos de reclusão, e sanção pecuniária de 800 dias-multa, equivalendo cada fração diária o valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. (fls. 306-307)

A Corte estadual, no julgamento do recurso de apelação, reduziu a sanção inicial para 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 560 dias-multa, afirmando que:

II- Do pedido de redução da pena-base:

A defesa pugna pela revisão da pena aplicada, aduzindo ser o Apelante primário e com bons antecedentes.

Cabe então destacar os motivos de convencimento do magistrado a quo com relação à dosimetria da pena (f. 306):

[...]

No caso concreto, o magistrado a quo exasperou a reprimenda inicial em dois anos acima do mínimo legal, em razão dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes do réu e da natureza de droga apreendida com o Apelante - pasta base de cocaína - fundamentando-se, para tanto, no art. 42 da Lei Antidrogas.

O Juízo a quo agiu com acerto ao sopesar negativamente os antecedentes do réu, eis que uma condenação definitiva foi considerada na segunda fase de dosimetria para agravar sua pena, enquanto outra foi valorada na primeira fase, não havendo que se falar em bis in idem.

De outro vértice, o Magistrado sentenciante considerou desfavorável apenas a natureza da droga, qual seja, pasta base de cocaína, ponderando que esta apresenta maior grau de nocividade em relação a outras não menos ilícitas, e fazendo uma digressão sobre os males do crack.

Porém, a consideração negativa em razão do caráter nocivo da droga deve ser sopesada juntamente com a quantidade de droga apreendida, que in casu, foi de apenas 04 (quatro) gramas.

[...]

Mesmo considerando a natureza da droga, é necessário sopesá-la com a quantidade de entorpecente apreendido, e neste caso, ela é pequena. Por oportuno, colaciono:

[...]

Assim, no caso presente, se por um lado é possível valorar negativamente a droga por sua qualidade, por outro lado a sua nocividade que serviu de parâmetro para a exasperação da pena-base acaba mitigada pela quantidade apreendida, no caso, pouco expressiva. Conjugando-se os dois aspectos, tenho que não deve ser agravada a pena em razão desta circunstância, que merece ser decotada.

Em assim sendo, merece subsistir apenas o agravamento da pena base pelos antecedentes.

Reduzo a pena-base para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa. (fls. 383-385)

Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias.

Admite-se, contudo, o reexame 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.

Sabe-se que na fixação da sanção inicial dos crimes de tráfico de drogas devem ser analisados com preponderância ao art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, conforme determinação expressa do art. 42 da Lei n. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente caso, observa-se que a pena-base foi fixada em 7 anos de reclusão, e multa, pelo juiz de primeiro grau com fundamento nos maus antecedentes e na natureza da droga apreendida.

A Corte a quo manteve a consideração negativa dos maus antecedentes e decotou o aumento procedido pelo magistrado de piso em razão da natureza da droga por entender que a quantidade apreendida era pequena e, por isso, não justificaria tal incremento, reduzindo a sanção inicial para 5 anos e 6 meses de reclusão e multa.

Nota-se, portanto, que está devidamente justificada a redução da sanção inicial.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSTATADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- Hipótese em que o Tribunal a quo afastou os maus antecedentes do paciente, de modo que a exasperação da pena-base e fixação do regime prisional mais gravoso fundamentou-se unicamente na quantidade e natureza da droga.

- Embora tais elementos possam mostrar-se idôneos para justificar a elevação da pena ou imposição do regime mais severo, 16 (dezesseis) pedras de crack, pesando 5,5g (cinco gramas e cinco decigramas) não configuram uma quantidade expressiva.

Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a redução da pena-base ao mínimo legal, determinando o retorno dos autos a fim de que o Juízo da Execução analise a possibilidade de readequação do regime e substituição da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritivas de direitos.

(HC 244.405/ES, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 25/03/2013)

Com relação ao quantum de exasperação da pena-base pelos maus antecedentes, tem-se que a Corte estadual reduziu para 6 meses de reclusão o aumento procedido em razão da citada circunstância judicial e, dessa maneira, agiu dentro da discricionariedade vinculada que possui, não cabendo a este Sodalício superior rever o referido quantum. Nesse mesmo norte:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS CORRETAMENTE SOPESADAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE.

I - Não há que se falar em ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando a fundamentação empregada pelas instâncias ordinárias para justificar a elevação da pena encontra respaldo nos elementos probatórios carreados aos autos e atesta a gravidade concreta do delito, desautorizando a revisão da reprimenda por esta Corte, uma vez que não há flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade a ser sanada.

II - Muito embora o quantum fixado permita ao acusado iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, as circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam o estabelecimento de regime mais gravoso, considerando-se a gravidade concreta do crime.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 713.007/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016 - com destaque)

Outrossim, não há falar em desproporcionalidade na exasperação da reprimenda básica, porquanto consoante orientação jurisprudencial do STJ, tem-se que A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016).

Por fim, no concernente ao pleito de alteração da fração referente à agravante da reincidência para 1/5, tem-se que, novamente, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça rever os patamares aplicados na fixação da dosimetria pelas instâncias de origem, salvo hipóteses de flagrante ilegalidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma vez que a escolha dos aumentos insere-se na esfera de livre convencimento dos magistrados. Nesse diapasão:

RECURSO ESPECIAL - ROUBO QUALIFICADO E LATROCÍNIO - CRIMES DE ESPÉCIES DIVERSAS - CONTINUIDADE DELITIVA - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL - ART. 69, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - DOSIMETRIA - CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO - MAIS DE CINCO ANOS - REINCIDÊNCIA - AGRAVANTE GENÉRICA - MAUS ANTECEDENTES - POSSIBILIDADE - FRAÇÃO DE AUMENTO - LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO - PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[...]

5 - O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Na verdade, o artigo 61 limitou-se a prever as circunstâncias que sempre agravam a pena, embora não tenha mencionado qualquer valor de aumento.

6 - Doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que caber ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante da reincidência, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

7 - Reconhecida a contrariedade aos artigos 61, inciso I, 69, caput e 71, todos do Código Penal Brasileiro, bem assim à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dá-se provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau em relação aos recorridos.

(REsp 1008517/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 26/11/2013 - com destaque)

Assim, nota-se que a fixação da reprimenda pela Corte de origem encontra-se devidamente fundamentada. Nesse contexto, para se chegar à conclusão adversa, ao contrário do que pretende o agravante, seria necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório e não de mera reavaliação das provas, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice do enunciado sumular n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. GRADUAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. SÚMULA 7 DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. AUMENTO DA PENA-BASE FUNDAMENTADO NA NATUREZA E NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PERFEITA SINTONIA ENTRE ACÓRDÃO E JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. O recurso especial não é via adequada para o reexame dos parâmetros adotados pelo juiz na graduação da pena-base, uma vez que a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal envolve particularidades subjetivas, decorrentes do livre convencimento do juiz, as quais não podem ser revistas por esta Corte de Justiça. Incidência da Súmula 7 do STJ.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 488.607/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 03/09/2015)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0095431-4

AgRg no
AREsp 694.590 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00036952920128120002 0003695292012812000250001 29427220128120002
36952920128120002 3695292012812000250001

PAUTA: 27/06/2017

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : JOSIVAM VIEIRA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MAURICIO NOGUEIRA RASSLAN E OUTRO(S) - MS006921

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSIVAM VIEIRA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MAURICIO NOGUEIRA RASSLAN E OUTRO(S) - MS006921
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.