

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.175 - BA (2018/0163709-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : RENATO SANTOS DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o réu foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), e condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de pagamento de 500 dias-multa, conforme a sentença de fls. 100-103.

A defesa interpôs apelação, pleiteando a desclassificação do delito ou a redução das penas, o abrandamento do regime e a conversão da pena corporal, além dos *sursis* e da isenção de custas.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso, conforme a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONDIÇÃO DE USUÁRIO NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. INAPLICABILIDADE DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/2006. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA MENORIDADE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. SURSIS. AUSENTES REQUISITOS LEGAIS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação.

É válido o testemunho prestado por policiais, se não há qualquer indício de que tenham interesse na condenação.

A mera alegação de usuário não conduz a desclassificação do delito, pois o fato do acusado declarar-se usuário de drogas não o impede de ser, simultaneamente, traficante, sobretudo, quando não há nos autos a demonstração de sua dependência toxicológica. Inaplicabilidade da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em face da ausência dos requisitos

legais. Reincidência demonstrada.

Compensadas a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes, a persistência da atenuante da menoridade não possui o condão de reduzir a pena-base abaixo do mínimo legal, em face do óbice constante na Súmula nº 231 do STJ.

A ausência dos requisitos previstos nos arts. 44 e 77 do CP, afasta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, bem como a aplicação do sursis penal.

Por ser catalogada na legislação penal, a pena de multa aplicada não pode ser dispensada, salvo pelo Juízo da Execução, quando poderá avaliar a miserabilidade jurídica do sentenciado. Recurso conhecido e improvido (fls. 163-164).

Na sequência, a defesa interpôs o recurso especial, no qual alega violação dos arts. 28, § 2º, e 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e 5º, XLVI, LIV e LVII, da Constituição Federal.

Sustenta, em síntese, a inexistência de provas para a condenação por tráfico, pois não foi comprovado que a droga era destinada ao comércio, o que impõe a desclassificação para a conduta do art. 28 da Lei Antidroga.

Assevera que o recorrente preenche os requisitos para a aplicação da minorante no patamar máximo de redução, e "*Para que a causa de diminuição seja afastada é imprescindível que o réu seja reincidente em crime de tráfico, pratique-o com contumácia e integre organização criminosa, pois, do contrário, se estaria punindo o agente mais pelos fatos pretéritos de sua vida do que pela própria acusação*" (fl. 184).

Alega que o réu tinha 19 anos de idade na data do crime, devendo ser reconhecida a menoridade e fixada a pena abaixo do mínimo legal.

Requer a modificação do regime, a conversão ou a suspensão condicional da pena.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência das Súmulas n. 284/ STF e ns. 7 e 231 desta Corte.

Contraminuta às fls. 310-314.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 238-244).

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo em recurso especial, visto que atacados os

fundamentos da decisão agravada.

O recurso não merece provimento.

Inicialmente, não compete ao Superior Tribunal de Justiça a análise de violação a dispositivo constitucional, motivo pelo qual não conheço desta parte do Recurso Especial. Cito precedente:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. CAUSA EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

4. Não compete a esta Corte Superior, por expressa determinação da Constituição Federal, a análise de suposta ofensa a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido (REsp 1.136.233/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 29/02/2016).

No que concerne às provas do crime de tráfico, o Tribunal de origem consignou:

No caso em exame, a tese aventada pela defesa, não restou demonstrada. Afigura-se inviável o reconhecimento da dependência toxicológica do Apelante, pois, embora tenha se declarado usuário, em nenhum momento colacionou aos autos qualquer documento comprobatório de sua dependência. Ademais, o fato do acusado declarar-se usuário de drogas não o impede de ser, simultaneamente, traficante.

Com efeito, o crime objeto desta ação penal pela qual o Apelante responde, restou totalmente esclarecido. O arcabouço probatório converge para única conclusão quanto ao enquadramento típico aqui retratado. Da análise das declarações prestadas pelo Apelante em Juízo emerge a tentativa de construir uma situação fática, favorável à tese defensiva de negativa de autoria, que não encontra amparo nas demais provas coletadas nos autos.

Assim, não há como desclassificar a conduta do Recorrente para o art.28 - posse para uso próprio -, devendo ser mantida

a sua condenação na sanção prevista no caput, art. 33 da Lei 11.343/2006 (fl. 168).

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Confiram-se, nesse sentido, os precedentes desta Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 28 E 33, AMBOS DA LEI N.º 11.343/06 E AO ART. 386, VII, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 871.789/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14.6.2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO PARA USO PRÓPRIO. PLEITO PELA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Eg. Tribunal a quo, amparado na interpretação do arcabouço probatório dos autos, entendeu ter ficado comprovado que a droga apreendida fosse destinada ao uso próprio, sendo incabível a desconstituição de tal conclusão, em razão do óbice constante da Súmula 7, do STJ.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.317.783/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 11/2/2014).

No tocante à segunda fase da dosimetria, anota-se que não é possível

reduzir a pena aquém do mínimo legal na segunda fase de dosimetria penal, em consonância com a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, Súmula n. 231, *verbis*: "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Dessa forma, não cabe a aplicação da atenuante da menoridade para fins de redução da reprimenda na hipótese em que a pena-base foi aplicada no patamar mínimo. A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. LATROCÍNIO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 231 DO STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Constatada a regularidade da decisão proferida pela Corte de origem, não é cabível a apreciação do pedido de reconhecimento da participação de menor importância, pois a alteração da convicção motivada da instância ordinária demandaria reexame aprofundado do quadro fático-probatório, inviável no rito de cognição sumária da ação constitucional.

2. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus somente é permitida quando houver falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada for notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

3. As circunstâncias atenuantes não podem acarretar redução da pena em patamar inferior ao mínimo legal previsto para os delitos pelos quais foram condenados os pacientes, em respeito à vedação contida na Súmula n. 231 do STJ.

4. Ordem não conhecida (HC 275.327/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/2/2016).

Na terceira fase o Tribunal de origem manteve a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o réu é reincidente (fls. 169-170).

Nesse contexto, o recorrente não preenche os requisitos para a aplicação da minorante, ante a reincidência. Nesse sentido, os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STJ. PROVAS. CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. BIS IN IDEM. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Não se conhece de recurso especial, por ausência de prequestionamento, se a matéria não foi debatida no v. acórdão hostilizado (Súmula n.º 282 do STJ). Tal se dá, no caso, em relação ao pedido de detração.

[...] VI - A aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, exige que o condenado preencha cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, hipótese não caracterizada no caso em concreto, ante a reincidência (precedentes). Recurso especial parcialmente provido (REsp 1575661, Rel. Ministro FÉLIX FISHER, QUINTA TURMA, DJe 02/09/2016).

Ademais, "A reincidência afasta a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, não se exigindo que a reincidência seja específica em tráfico de drogas. Precedentes" (HC 244.611/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD, DES. CONVOCADA DO TJ/SE, SEXTA TURMA, DJe de 16.12.2013).

Quanto à conversão da pena corporal, regime e concessão do *sursis*, os pedidos restam prejudicados, conforme destacado no acórdão (fl. 171).

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator