

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.386.760 - SP (2018/0283110-7)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : FABRIZIO CASSIANO
ADVOGADO : JORGE CASSIANO NETO E OUTRO(S) - SP097735
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

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

Consta dos autos que o réu, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 dias-multa, conforme a sentença às fls. 138-142.

A defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando a desclassificação da conduta ou a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas no máximo de 2/3, além da modificação do regime de pena para o aberto e a conversão da pena.

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo, conforme o acórdão assim ementado:

- 1. Apelação Criminal - Tráfico de entorpecente.*
- 2. Materialidade delitiva e autoria demonstradas por auto de prisão em flagrante, auto de apreensão do entorpecente, laudo de exame químico-toxicológico e a prova oral.*
- 3. Recurso defensivo que pleiteia a desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 - Impossibilidade de acolher-se o pedido em virtude de comprovação de que a droga não destinava exclusivamente a consumo pelo próprio réu.*
- 4. Penas - aplicadas dentro dos parâmetros legais e com razoabilidade.*
- 3. Recurso desprovido (fl. 224).*

Os embargos de declaração foram rejeitados, com correção de erro material (fls. 244-253).

A defesa aponta, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 386, VI, do Código de Processo Penal, 59 do Código Penal, 33, § 4º, e 42 da Lei n.

11.343/2006, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que não prospera a condenação por tráfico, sendo que *"o recorrente NÃO fora surpreendido em situação de mercancia, e sim, com pequena quantidade de droga no interior de sua carteira de documentos e só, absolutamente nada mais"* (fl. 268), o que impõe a desclassificação para a conduta do art. 28 da Lei Antidrogas.

Alega que o réu é primário e que não se justifica a majoração da pena-base, pois a quantidade da droga foi pequena e *"a inadequada conduta social é inerente ao tipo penal e o fato de o Recorrente ser jovem, ter base familiar sólida e formação educacional não são critérios previstos pelo legislador para tal majoração"* (fl. 274).

Assevera que preenche os requisitos para a aplicação da fração máxima redutora de pena, sendo destituída de fundamentos concretos a redução fixada em 1/6 pela "grande" quantidade da droga e que o acórdão *"em recurso exclusivo da defesa consignou que além da natureza e variedade dos entorpecentes ' (...) deve-se ter em conta que o documento de fls. 21 notícia que o tráfico já era realizado uma semana antes, não se tratando, portanto, de comércio ocasional'"* (fl. 279), o que resulta em *reformatio in pejus*.

Aduz que a redução máxima permitirá a conversão da pena e a fixação do regime aberto.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial sob os seguintes fundamentos: incidência das Súmulas n. 284/STF e n. 7 do STJ, além de não demonstrada a divergência jurisprudencial.

Contraminuta (fls. 408-417). O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do especial (fls. 431-437).

É o relatório. Decido.

A irresignação não merece prosperar.

A pretensão de desclassificação da conduta encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, pois 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.

Confira-se, nesse sentido, o precedente 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).

Quanto à dosimetria, é pacífico nesta Corte o entendimento de que na fixação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga preponderam sobre as circunstâncias judiciais, nos termos do previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso, apesar da pequena quantidade de drogas (2,6 g de *ecstasy*, "LSD" e cocaína), resta justificado o acréscimo da reprimenda na primeira fase da dosimetria, considerando-se que fixado com base em outro elemento concreto, qual seja, o valor em dinheiro apreendido (fls. 249-250).

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXTENSÃO AO PACIENTE DE TRATAMENTO MAIS BENÉFICO CONCEDIDO A CORRÉU. POSSIBILIDADE. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

[...]

2. O reexame da dosimetria da pena em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade.

3. Na espécie, a pena-base imposta ao paciente

encontra-se fundamentada com base em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, tendo sido fixada acima do mínimo legal em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis: acentuada culpabilidade do acusado, graves circunstâncias e consequências do crime.

4. A condenação mais branda imposta pelo Tribunal de origem a outro corréu, por não ter sido fundada em motivo de caráter exclusivamente pessoal desse acusado, deve ser estendida ao paciente e aos demais corréus em idêntica situação, conforme determina o art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estender ao paciente e aos demais corréus em idêntica situação o tratamento mais benéfico dado pelo Tribunal de origem a outro corréu (HC 226.759/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 19/10/2015).

Ademais, verifica-se que o fundamento adotado pelo Tribunal de origem não resultou em aumento da pena fixada, de modo que não há ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, segundo o qual, em recurso exclusivo da defesa, a situação do réu não pode ser agravada, considerando-se a pena aplicada em primeiro grau. Nesse sentido: HC 275.110/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 27/11/2014. E ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE NÃO VERIFICADA. RECURSO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, INCISO III, ALÍNEA C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA.

[...]

IV - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que a situação final do réu não seja agravada. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 628.568/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/05/2016).

No tocante à terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem manteve a aplicação do redutor de pena no patamar de 1/6, sob os seguintes fundamentos:

Na espécie sub examine além das considerações da sentença, que destacou a natureza e variedade dos entorpecentes e o montante do dinheiro apreendido, deve-se ter em conta que o documento da fls. 21 noticia que o tráfico já era realizado uma semana antes, não se tratando, portanto, de comércio ocasional.

Assim, a redução de 1/6 já foi beneficiada ao acusado (fl. 229).

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei Antidrogas, o acórdão recorrido considerou, além da natureza das drogas, outro fundamento concreto para fixar a fração mínima de redução da pena, ou seja, o volume de dinheiro proveniente do comércio espúrio. Nesse contexto, não merece reforma o aresto impugnado, porquanto devidamente justificado o patamar aplicado. No mais, o redimensionamento da fração implicaria em reexame fático-probatório. A propósito, o seguinte precedente, a título exemplificativo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE DO DELITO. COMPROVAÇÃO. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Chegando-se ao final do processo sem a comprovação da materialidade do delito, impõe-se a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal: "O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII - não existir prova suficiente para a condenação".

2. Não só o auto de apreensão como também o Laudo de Exame em Substância, realizado pelo Núcleo de Criminalística – NUCRIM do Departamento da Polícia Federal no Estado de São Paulo, concluíram que o material apreendido dentro do envelope SEDEX se tratava de cocaína, substância entorpecente relacionada na Lista de Substâncias Entorpecentes de Uso Proscrito no País, constante da Portaria SVS/MS n. 344, de 1998.

3. O Laudo de Exame em Substância juntado aos autos atende suficientemente como prova da materialidade do crime previsto no

antigo art. 12, caput, da Lei n. 6.368/1976, porque, além de haver sido elaborado por pessoas técnicas e habilitadas para tanto (dois peritos criminais federais), foi corroborado pelas demais provas colhidas ou ratificadas mediante contraditório judicial.

4. Ao prever a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3, o legislador almejou dar um tratamento diferenciado (mais brando) àqueles que não fazem do crime meio de vida. Em outros termos, a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

5. O argumento apresentado pelas instâncias ordinárias – relacionado, em última análise, ao maior potencial de disseminação da droga pelo agravante, dada a sofisticação da forma com que foi praticado o delito – justifica a redução da reprimenda no patamar mínimo de 1/6.

6. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, é irrelevante que haja a efetiva transposição das fronteiras nacionais, sendo suficiente, para a configuração da transnacionalidade do delito, que haja a comprovação de que a substância tinha como destino/origem localidade em outro País.

7. Ainda que o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 preveja as condutas de "importar" e "exportar", não há bis in idem na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006), porquanto o simples fato de o agente "trazer consigo" a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico. Precedentes.

8. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.263.165/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/12/2015).

Pelos mesmos motivos, inviabilizado o recurso pela alínea "c", registrando-se o descumprimento dos regramentos pertinentes.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator