

RECURSO ESPECIAL Nº 1.786.421 - SP (2018/0331287-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : J P M DE S
ADVOGADO : SILMARA APARECIDA SALVADOR - SP163154
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **J. P. M. DE S.**, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo da defesa.

Nas razões do recurso especial, sustenta a defesa violação dos artigos 33, § 2º, e 44, ambos do Código Penal, e 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como divergência jurisprudencial na interpretação dada aos referidos dispositivos legais.

Alega que estão presentes os requisitos para a aplicação da minorante, porquanto o recorrente é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa, a quantidade de droga apreendida (4,11 grama de cocaína) "está longe de ser considerada como expressiva" (e-STJ, fl. 399), bem como "processos em andamento não podem ser utilizados para agravar a situação do réu, conforme entendimento pacífico na jurisprudência" (e-STJ, fl. 399).

Aduz que o regime fechado foi fixado com fundamento na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em desarmonia com os entendimentos consubstanciados no teores das Súmulas 440 do STJ e 718 do STF.

Por fim, requer a aplicação da minorante no grau máximo (2/3) e, após a diminuição da pena, a fixação do regime aberto e o deferimento do pleito de permuta da pena corporal por restritivas de direitos.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 410-419) e admitido o inconformismo (e-STJ, fls. 454-456), os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso ou, caso superada essa fase, pelo seu desprovimento (e-STJ, fls. 466-471).

É o relatório.

Decido.

O recurso não comporta provimento.

As instâncias ordinárias afastaram a minorante e fixaram o regime fechado com a seguinte fundamentação:

"Observa-se que o acusado já foi condenado em primeiro grau por delito de tráfico de drogas e, segundo os depoimentos dos policiais ouvidos em juízo, se dedica à prática do tráfico de drogas, o que torna incabível a redução de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006." (e-STJ, fl. 254)

"Também não é caso da aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, porquanto na hipótese dos autos, as circunstâncias de cometimento do delito indicam que não se trata a hipótese de tráfico eventual, sendo que a pena aplicada se mostra suficiente para a repressão e prevenção ao crime de tráfico ilícito de drogas.

A redação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, diz que:

Art. 33 (.)

§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" (grifo nosso).

Esta norma possui natureza jurídica de causa especial diminuição de pena. A finalidade desta minorante é adequar a punição ao caso concreto, atendendo-se ao princípio constitucional de individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal).

Seu objetivo é o de adequar a pena prevista no preceito secundário do artigo 33, "caput", ao fato delituoso que represente menor gravidade, ou seja, reduzida ofensa, menor perigosidade social, uma vez que se dirige às pessoas que, a despeito de terem praticado uma conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dediquem à traficância.

É certo que, embora o acusado seja primário, a prova coligida, especialmente o depoimento dos policiais e as várias denúncias anônimas, dá conta de que se dedicava às atividades criminosas, fazendo do comércio ilegal de entorpecentes o seu meio de vida.

Frise-se ainda que, na hipótese dos autos, a nocividade da droga (cocaína), imprime maior gravidade à empreitada criminosa. É sabido que a cocaína é substância entorpecente altamente nociva, que causa ao usuário rápida dependência química e efeito devastador à própria saúde e à sociedade. Tais circunstâncias evidenciam, realmente, uma culpabilidade exacerbada na conduta do acusado.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o fechado se mostra o adequado, de acordo com a determinação constante no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto.

Aliás, a modalidade é, na verdade, a única compatível com a gravidade do delito praticado e está em sintonia com o rigor com que o legislador tratou o traficante, negando-lhe benefícios outros que normalmente concede a infratores de normas diversas.

Com efeito, se não tem ele direito à liberdade provisória, fiança etc., não faria sentido que, condenado, pudesse receber pena alternativa, ou cumprir a reprimenda em outro regime.

A respeito, tem-se que "O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90" (STJ, HC 207414, Relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado 04-10-2011).

Embora o Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES) tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, a. r. decisão não foi unânime e foi feita de forma incidental, não possuindo eficácia erga omnes e nem efeito vinculante." (e-STJ, fls. 337-340).

No que tange à pretensão de aplicação da minorante, como é sabido, os

requisitos legais para o deferimento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar apenas pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

Na hipótese, verifica-se que a dedicação do recorrido às atividades criminosas se infere da existência de uma ação penal em andamento por tráfico de drogas. Releva salientar que "a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas" (HC 330.418/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2015).

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, AFASTADA EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE. ALTERAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. A Terceira Seção desta Corte de Justiça entende que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Ademais, modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o recorrente não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos. 3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 1136353/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017).

Quanto ao pleito de abrandamento do regime, de fato, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias

judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, observa-se que o recorrente foi condenado a pena de 6 anos e 27 dias de reclusão, em regime fechado para cumprimento inicial da pena, que foi devidamente fundamentado consoante dispõe o art. 33, e parágrafos, do Código Penal e a Súmula 269/STJ, não havendo, portanto, qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 8 (oito) anos de reclusão, as circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do Código Penal que implicaram majoração da pena-base justificaram a imposição do regime mais gravoso.

A propósito:

"[...]

1. 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.

2. Mostra-se válido o aumento da pena-base em 6 meses acima do mínimo legal, ao fundamento de que o réu se encontrava cumprindo pena em regime semiaberto quando da prática do delito.

3. Admite-se a fixação de regime prisional fechado ao réu reincidente, condenado à pena inferior a 4 anos, se a pena-base é estabelecida acima do mínimo legal.

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.558.372/SP, Min. Rel. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/06/2016).

"[...]

1. Recurso especial interposto fora do prazo legal.

2. Inocorrência de nulidade flagrante, hábil a autorizar a concessão de *habeas corpus* de ofício, o que somente é possível em casos excepcionais, quando a ilegalidade se mostra primo oculi. No caso, a imposição do regime fechado ao apenado, ainda que a pena seja menor que quatro anos, decorreu da presença de circunstâncias judiciais negativas e da reincidência, sendo inaplicável a Súmula 269 do STJ.

3. Alegação de insignificância do delito não conhecida, uma vez que a matéria não chegou sequer a ser discutida pelo Tribunal *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg nos EDcl no AREsp 648.240/SC, Min. Rel. GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/03/2016).

Por fim, indeferido o pleito de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, mantendo-se a pena de 6 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, o pedido de permuta da pena corporal por restritivas de direitos resta prejudicado, diante da ausência do requisito objetivo previsto no artigo 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, "b", do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

