AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.399.850 - SP (2018/0306340-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	CLEBER MARTINS GOMES
ADVOGADOS	:	DANIELE CRISTINA BARBATO - DEFENSORA PÚBLICA - SP236007 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o réu foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, IV e VI, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas com causa de aumento) e condenado às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, além de pagamento de 194 dias-multa, conforme a sentença de fls. 155-160.

A defesa interpôs apelação, pleiteando a absolvição do réu por insuficiência de provas para a condenação ou a desclassificação da conduta, o decote da causa de aumento, a fixação do regime aberto e a conversão da pena corporal.

A acusação também apelou, pleiteando e a fixação da pena-base acima do mínimo legal e o decote da causa de diminuição prevista na Lei Antidrogas.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial, conforme a seguinte ementa:

> *Tráfico de drogas. Materialidade c autoria comprovadas. Réu surpreendido em atitude típica de comercialização de drogas.Impossibilidade de desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei n° 11.343/2006. Majorante relativa ao envolvimento de adolescente bem demonstrada. Adequação das penas-base. Circunstâncias judiciais predominantemente favoráveis, em especial a primariedade e a ausência de antecedentes criminais. Afastamento do redutor previsto no artigo 33, §4°, da referida lei. Regime prisional inicial fechado necessário a atender o critério de censurabilidade da conduta.Recurso da defesa desprovido. Recurso do Ministério Público provido em parte, determinada a expedição do mandado de prisão após esgotados os meios ordinários de impugnação* (fl. 264).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 299-305).

Na sequência, a defesa interpôs o recurso especial, no qual alega violação dos arts. 33, *caput, e* § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 33 e 59 do Código Penal - CP.

Sustenta, em síntese, que o recorrente preenche os requisitos para a aplicação da minorante no patamar máximo de redução, sendo que *"a única hipótese para se afastar a causa de diminuição em comento, pela quantidade/natureza de entorpecentes é quando há expressa menção de que a quantidade vem aliada a outros elementos de convicção do não preenchimento dos requisitos do §4º do art. 33 da lei n° 11.343/06, o que não ocorreu no presente caso, pois que fora levado em consideração meramente a quantidade e variedade de drogas e a falta demonstração de atividade lícita"* (fl. 318).

Alega que o acórdão presumiu a dedicação à traficância, devendo ser reduzida a pena no máximo de 2/3 e fixado o regime aberto, além de convertida a pena privativa em restritivas de direitos.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência das Súmulas ns. 7 e 182 desta Corte.

Contraminuta às fls. 360-363.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 387-392).

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo em recurso especial, visto que atacados os fundamentos da decisão agravada.

O recurso não merece provimento.

Na terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, considerando que o réu se dedica a atividades criminosas (fls. 303-304), diante das circunstâncias do crime e da diversidade de drogas, de modo que o recorrente não preenche os requisitos para a diminuição da pena.

Confira-se, nesse sentido, o precedente desta Corte:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS.*

DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INOCORRÊNCIA. PRÁTICA DE ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

[...]

4. Hipótese em que o Tribunal de origem justificou o quantum de exasperação da pena-base, em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (30 buchas de maconha, 2,286kg de pasta base para cocaína, 599g de maconha, 18g de farelo de crack e maconha, 28g de crack). Descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, porque a fixação da fração fundou-se em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

5. Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

7. No caso, o Tribunal a quo afastou a incidência da minorante por entender que a paciente se dedicava à atividade criminosa, diante da quantidade de drogas apreendidas e da confissão de que realizava a traficância há 1 ano.

8. A diversidade de entorpecentes justifica a fixação de regime mais severo, nos termos dos arts. 33 e 59 do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

9. Habeas corpus *não conhecido* (HC 344.032/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 15/3/2016).

Ademais, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, seria inevitável o reexame 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"*. Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. REEXAME DE PROVA. ALEGADO

BIS IN IDEM. IMPROCEDÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A alegada insuficiência probatória para condenar o agravante pelo crime de tráfico de drogas demanda incursão no material fático dos autos, o que é vedado pelo óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. As instâncias ordinárias entenderam, de forma fundamentada, que não se aplica a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que o réu se dedica a atividades criminosas. Consignou a Corte de origem a expressiva quantidade de droga, bem como as circunstâncias dessa apreensão. Rever esse entendimento demanda incursão no contexto fático-probatório, o que não se admite na presente via.

[...]

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 456.502/RS, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME - Desembargador convocado do TJ/SP, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2014).

Ficam prejudicados os pedidos quanto ao regime e conversão da pena corporal, porquanto mantido o *quantum* da pena fixada.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator