

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.693 - SP (2018/0340308-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE** : ELTON MARIANO DA SILVA (PRESO)  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA -  
SP258990  
KAREEN PATRICIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA -  
DEFENSORA PÚBLICA - SP257821  
**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 ora agravante, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas com causa de aumento), foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, conforme a sentença de fls. 153-157.

A defesa do recorrente apelou pleiteando a absolvição por insuficiência de provas ou a redução da pena pela aplicação da minorante, além do regime mais brando e a conversão da pena corporal.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso, nos termos do acórdão assim ementado:

*Apelação. Crime de tráfico de drogas. Autoria, materialidade e traficância demonstradas. Sanção penal sem alterações. Não provimento ao recurso (fl. 317).*

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 386, VII, do Código de Processo Penal, 33, § 2º, "c", e 44 do Código Penal, e 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta, em síntese, que a condenação não pode se basear somente no depoimento dos policiais, um deles preso, e "*não há nos autos elementos sólidos a embasar uma sentença desfavorável. Na pior das hipóteses, há dúvida acerca da autoria do crime, que não restou comprovada com a segurança e a certeza necessárias para*

*embasar uma condenação, sendo certo que, para que haja condenação, a prova deve ser plena e convincente, ao passo que, para a absolvição, basta a dúvida, consagrando-se o princípio do in dubio pro reo" (fl. 342).*

*Alega que o réu preenche os requisitos para a redução da pena, pois "em sendo o recorrente primário e não havendo prova do envolvimento anterior do Recorrente com atividade ou organização criminosa, pugna-se pela aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista no artigo 33, parágrafo 4º" (fl. 345).*

*Alega, ainda, que a redução da pena permitirá que seja fixado o regime aberto e deferida a conversão da pena corporal.*

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

*Contraminuta às fls. 386-390. O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do especial (fls. 401-409).*

*É o relatório. Decido.*

*A irresignação não merece prosperar.*

*Quanto à pretendida absolvição, 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, confirmam-se:*

***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).

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. FALTA DE PLURALIDADE DE AGENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*2. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Trata-se, portanto, de delito de concurso necessário.*

*3. Hipótese em que a Corte de origem não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre o paciente e outros integrantes da facção criminosa da qual seria integrante. Não houve sequer a indicação de quem seriam as demais pessoas com ele associadas. Na falta da comprovação de dois requisitos legais para a configuração do delito de associação para o tráfico de entorpecentes, pluralidade de agentes e vínculo subjetivo no cometimento dos delitos, a absolvição do paciente é medida que se impõe.*

*4. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.*

*5. In casu, a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas - 288,75g de cocaína; 1.693,79g de maconha e 23,04g de 'crack' - para fixar a pena-base do delito de tráfico em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.*

*6. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 7 anos 5 meses e 23 dias-multa de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, quantia e variedade dos entorpecentes, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*

7. *É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).*

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para absolver o paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, resultando a pena definitiva em 7 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão mais pagamento de 647 dias-multa, mantido o regime inicial fechado (HC 430.593/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/9/2018).*

Na terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem negou 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. 322-323), notadamente por fazer do tráfico o meio de vida, de modo que não preenche os requisitos para a diminuição da pena.

De outra parte, inafastável a incidência da Súmula n. 7 do STJ, pois para se acolher a pretensão recursal, no ponto, seria necessário o reexame do conjunto probatório, o que é vedado na via eleita.

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 de modificação do regime e de conversão da pena corporal, porquanto mantido o *quantum* da pena acima de 4 anos.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

