RECURSO ESPECIAL Nº 1.779.122 - SP (2018/0300494-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	VITOR VAGNER DOS SANTOS SILVA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO THIAGO MONTEIRO PEREIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP246545
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o recorrente, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) e 244-B da Lei n. 8.069/1990 (corrupção de menor), foi condenado às penas cumuladas de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 166 dias-multa, conforme a sentença de fls. 142-155.

A defesa interpôs apelação, pleiteando a absolvição por insuficiência de provas ou a modificação do regime e a conversão da pena corporal.

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

> *Art. 33, caput, c.c. art.40, VI, ambos da Lei n. 11.343/06 Materialidade delitiva e autoria demonstradas. A forma como ocorreu a apreensão impede a desclassificação para a figurado art 28 da Lei.*
>
> *Prova - Palavras de Servidores Públicos - Validade Inexistência de motivos para incriminarem o réu injustamente.Pena fixada no mínimo legal, observado o redutor máximo do par. 4º, do art. 33 da Lei de Drogas, majorada a reprimenda em 1/6, na terceira fase, pelo fato da prática envolver adolescente, afastada a condenação pelo art 244-B da ECA.*
>
> *REGIME PRISIONAL O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade - Crime de tráfico ilícito de entorpecentes merece maior reprovabilidade em razão de sua gravidade e pelas conseqüências nefastas que sua prática tem na sociedade - Art 33 c.c. art 59, do CP.*
>
> *Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Além de ser equiparado a hediondo, pelos mesmos fundamentos para fixar o regime inicial fechado, o crime*

de tráfico traz graves conseqüências à sociedade e à saúde pública, além de fomentar a prática de outros crimes.

Recurso parcialmente provido (fl. 207).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 28 da Lei n. 11.343/2006, 33, § 2º, alínea "c", e § 2º, 44 e 59, do Código Penal.

Sustenta, em síntese, que a quantidade da droga foi pequena e compatível com a posse para uso pessoal, sendo *"apreendidos 33g de maconha e 2,9g de cocaína, não há prova induvidosa da destinação para o tráfico de drogas"* (fl. 240).

Alega que *"Inapelavelmente, a decisão ora impugnada está em desacordo com o entendimento uniforme das cortes superiores de que a gravidade em abstrato do crime de tráfico e a sua equiparação a crime hediondo, por si sós, não são razões suficientes para a fixação do regime inicial fechado e para a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Isso porque o recorrente é primário e não tem antecedentes criminais"* (fls. 245-246).

Contrarrazões às fls. 261-281. Admitido o recurso (fl. 284), o Ministério Público Federal opina pelo provimento do especial (fls. 300-303).

É o relatório. Decido.

A irresignação merece parcial provimento.

Quanto à pretendida desclassificação, 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, confiram-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).

No tocante ao regime de pena, ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o recorrente seja primário, as circunstâncias em que cometido o crime resultaram em aumento de pena na terceira fase da dosimetria, pela incidência da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei Antidrogas, restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso e o indeferimento da substituição da pena corporal.

Todavia, embora constatada a periculosidade concreta da conduta do recorrente (fls. 213-214), considerando o *quantum* da pena aplicada – 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão –, o regime mais gravoso na hipótese é o semiaberto, consoante a jurisprudência desta Corte. A corroborar esse raciocínio:

PENAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. DELITO PRATICADO NAS PROXIMIDADES DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE, APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

1. A incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime de tráfico. Precedentes.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime diverso do fechado, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz

"na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Condenado o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, por tráfico de 12 pinos plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 9,5 g; 4 porções de maconha prensada, com peso líquido de 6,4 g; e 2 cigarros de maconha, com peso líquido de 0,8 g, nas proximidades de 2 estabelecimentos de ensino, não se mostra razoável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tampouco o regime aberto.

5. Ordem concedida, em parte, ratificada a liminar, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva (HC 209.237/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15.2.2012).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (128 PINOS DE COCAÍNA). FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO - O SEMIABERTO - E NÃO O FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

3. Todavia, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - 2 anos e 6 meses - cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

4. [...]

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (HC 367.301/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, QUINTA TURMA, DJe de 17/10/2016).

Quanto à substituição da pena, anoto, ainda, que a natureza da droga potencialmente lesiva justifica a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, porquanto as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição,

de modo que não foram preenchidos os requisitos do art. 44, III, do Código Penal. A propósito, cito o precedente:

> HABEAS CORPUS *SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.*
>
> *3. No caso, a natureza da droga apreendida – cocaína – constitui critério idôneo para impedir a aplicação do redutor em sua fração máxima, mas a sua quantidade – 24g – revela a necessidade de adequá-lo para a proporcional fração de 1/3, redimensionando-se a pena do paciente.*
>
> *4. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.*
>
> *5. No caso dos autos, considerando que a pena foi fixada em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mas tendo em vista que o redutor foi aplicado em apenas 1/3, por conta da natureza da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.*
>
> *6. Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.*
>
> *7. Contudo, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso - a natureza da droga apreendida - não recomenda a substituição.*
>
> *8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime*

inicial semiaberto (HC 360.233/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26.8.2016).

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso para fixar o regime inicial semiaberto, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator