RECURSO ESPECIAL Nº 1.757.251 - SP (2018/0193793-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	APARECIDO SEBASTIAO DA SILVA
RECORRENTE	:	TAMIRES PINHEIRO DA SILVA
ADVOGADO	:	RODRIGO CORRÊA GODOY E OUTRO(S) - SP196109
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 APARECIDO SEBASTIÃO DA SILVA, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa, conforme a sentença de fls. 304-311.

A defesa interpôs apelação, pleiteando a absolvição ou a redução da pena, o reconhecimento da confissão espontânea e da causa especial de diminuição, a modificação do regime e a conversão da pena corporal.

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

> *SENTENÇA CONDENATÓRIA DOS RÉUS PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006) - APELOS DEFENSIVOS BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO COM ARRIMO EM ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, VOLTANDO- SE CONTRA OS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, DEDUZINDO-SE PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS, RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO, APLICAÇÃO DO REDUTOR, SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL E FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO.*
>
> *DESCABIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA BEM DEMONSTRADA - PALAVRAS DOS AGENTES DA LEI QUE MERECEM PRIMAZIA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO, INCONSISTENTE A NEGATIVA DE AUTORIA - CONDENAÇÃO MANTIDA EM FACE DO ACERVO DA PROVA - GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA, ALÉM DE PETRECHOS COMUMENTE UTILIZADOS NO NARCOTRÁFICO, PARA*

> *PESAGEM E EMBALAGEM DAS DROGAS, EVIDENCIAM O TRÁFICO, DESCABENDO O BENEFÍCIO DA REDUÇÃO COMPROVAÇÃO - DE QUE OS RÉUS SE DEDICAVAM ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS AUSÊNCIA - DOS REQUISITOS LEGAIS - DOSAGEM DAS PENAS CORRETA, OBSERVADO O REGRAMENTO APLICÁVEL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 42, DA LEI DE DROGAS - NÃO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO DO RÉU, POSTO QUE NÃO FOI ESPONTÂNEA E INTEGRAL - ESTIPULAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO QUE SE AFIGURA CORRETA, NÃO SENDO RECOMENDÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS - PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA - CONDENAÇÕES MANTIDAS - RECURSOS DESPROVIDOS* (fl. 441).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 497-504).

Em sede de recurso especial, a defesa alega violação ao disposto nos arts. 59 e 65, III, "d", do Código Penal - CP, 33, § 4º, e 42 da Lei n. 11.343/2006, 617 e 619 do Código de Processo Penal - CPP.

Sustenta, em síntese, que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, pois a quantidade da droga não é expressiva.

Assevera que o acórdão é omisso e obscuro, uma vez que considerou quantidade superior à apreendida, sem indicar elemento de prova, além se limitar a *"consignar que 'os réus de dedicavam ao abastecimento de varejistas', sem enfrentar, sequer minimamente, o argumento de que esse fato não poderia ser tido como comprovado apenas e tão somente pela existência de denúncia anônima"* (fl. 513).

Alega que o réu admitiu a guarda da droga e *"o magistrado utilizou essa confissão para a condenação do recorrente, fazendo-o de forma expressa na sentença, de modo que deveria incidir a atenuante reclamada"* (fl. 516).

Aduz, ainda, que o acórdão também é obscuro quanto à minorante da Lei Antidrogas, pois afirmou que o réu é distribuidor de drogas, *"a 'duração da conduta' indicada na sentença não estava amparada em nenhum elemento idôneo de prova, mas apenas - uma vez mais - na tal denúncia anônima"* (fl. 520), bem como estaria engajado em organização criminosa.

Alega que o réu preenche os requisitos da minorante, sendo que questionou *"justamente a deficiência da fundamentação da sentença, que em nenhum momento afirmou que os acusados se dedicavam ao tráfico ou que integravam organização criminosa, limitando-se às vagas assertivas de que a conduta era*

duradoura (mesmo sem nenhuma investigação prévia) e que os acusados desenvolviam uma atividade organizada (que não se confunde com organização criminosa)" (fl. 520), e o acórdão manteve a negativa com base em fundamentos diversos, incorrendo em *reformatio in pejus.*

Contrarrazoado (fls. 559-584) e admitido parcialmente o recurso (fls. 617-620), o Ministério Público Federal opinou pela intempestividade do especial (fl. 631).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

A irresignação merece parcial provimento.

O voto condutor, ao manter a sentença de condenação, assentou:

> *O militar Marçal informou que recebeu denúncia acerca do tráfico de drogas realizado por um casal, conhecidos pelas alcunhas de "Cidão" e "Tia Lena", responsáveis pelo tráfico no local.*
>
> *No local, havia criação de cavalos, utilizada como fachada para o tráfico, bem como que o casal usava um veículo Parati cinza. Dirigiram- se ao local onde se depararam com o veículo Parati e o casal do lado de fora do veículo. Realizada a abordagem, observou-se que a acusada dispensou um invólucro plástico que continha 30 trouxinhas de maconha. Na cueca do acusado, por sua vez, os agentes localizaram outro invólucro de plástico, contendo outras 30 trouxinhas de maconha, além da quantia de R$ 200,00 reais em dinheiro.*
>
> *Na sequência, os agentes da lei receberam ligações do Copom informando que no local onde estavam os cavalos haveria mais entorpecentes enterrados. Assim, com o auxílio de cães farejadores, fizeram busca no terreno, localizando outras 98 trouxinhas de maconha enterradas. Por fim, também houve denúncia que na residência do casal haveria mais estupefacientes escondido. Dirigiram- se ao local e, dentro da casa, localizaram a quantia expressiva de R$ 1.148,00 reais em dinheiro, um caderno com anotações, uma balança de precisão e 205 trouxinhas de maconha, tudo no mesmo ponto do quarto.*
>
> *No total, foram apreendidas 363 porções de maconha, pesando 507,8 gramas.*
>
> *No mesmo sentido o depoimento do agente Caio, acrescentando que a informação era de que os réus usavam a chácara para abastecer outros traficantes. Ao fazer a denúncia, a pessoa mostrou fotos dos réus e disse que "Tia Lena" se chamava Tamires (mídia digital)* (fls. 445-446).

No julgamento dos embargos de declaração o Tribunal *a quo* afastou as

omissões e obscuridades alegadas adotando os seguintes fundamentos:

> *Em relação a alegada contradição do peso da droga apreendida que, segunda a Defesa, o correto seria de 306,18 gramas de maconha, tendo constado no aresto o peso de 507,8 gramas de maconha, ora, pelas provas constantes nos autos, o segundo peso é o correto, todavia, ainda que o peso menor prevalecesse, em absolutamente nada mudaria o desfecho da decisão condenatória, tampouco, a reprimenda final imposta aos réus. Verifica-se que, tanto um peso como outro, são quantidades muito significativas, devendo prevalecer o édito condenatório nos termos da r. decisão a quo, confirmada pela e. Turma Julgadora.*
>
> *Por fim, tanto a pena final aplicada aos réus - 05 anos de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, como o regime inicial mais rigoroso fixado, o fechado, foram corretamente aplicados e bem fundamentados, não merecendo reparos.*
>
> *A reprimenda foi fixada, na primeira fase, 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, justificando o Magistrado pela expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, conforme dispõe o artigo 42, da Lei de Drogas, sendo mantidas nas fases seguintes, ausentes atenuantes, agravantes, bem como causas de aumento e de diminuição, não merecendo prosperar o pedido de aplicação da circunstância atenuante da confissão espontânea, posto que simplesmente, não ocorreu. Para ser reconhecida essa circunstância, a confissão precisa ser espontânea e integral, o que não ocorreu no presente caso* (fls. 501-502).

Como visto, constata-se que inocorreu omissão ou obscuridade, haja vista que o julgado atacado enfrentou de maneira clara e fundamentada todas as questões postas nos autos, vindo a concluir que o réu deveria ser condenado, além de manter a pena fixada, reconhecendo a inexistência de causas de diminuição, ao entendimento de que o réu estava envolvido e se dedicava à traficância (fls. 450-451).

Ressalta-se que *"omissão no julgado e entendimento contrário ao interesse da parte são conceitos que não se confundem"* (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.129.183/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 28.8.2012). A propósito, confira-se o seguinte precedente:

> HABEAS CORPUS. *PROCESSO PENAL. CRIMES DE LATROCÍNIO E ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE PELO NÃO ENFRENTAMENTO DAS TESES DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADES NA FASE INQUISITORIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVA JUDICIAL, PRODUZIDA SOB O CRIME DO CONTRADITÓRIO. ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO*

DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Embora seja necessário apreciar as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário, porém suficiente para embasar o julgado, como ocorreu na espécie. O Impetrante, ademais, sustenta omissão sobre supostas ilegalidades na fase inquisitorial que em nada influíram no juízo condenatório.

[...]

4. Ordem de habeas corpus *denegada.* (HC 212.002/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/10/2013).

A dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade, em flagrante violação do art. 59 do Código Penal, o que não se constata na hipótese dos autos. A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 4º, II E IV. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FIXADO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A dosimetria da pena e o estabelecimento do regime prisional inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e estão atrelados às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes.

3. O Tribunal local fixou a pena-base acima do mínimo e estipulou o regime inicial mais gravoso para o cumprimento da sanção constritiva ao reconhecer a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis com base em elementos concretos do crime, em especial os maus antecedentes, o elevado prejuízo suportado pela vítima (cerca de trezentos mil reais em diamantes) e o fato de o acusado integrar quadrilha; sendo certo que maiores considerações a respeito do tema não prescinde de aprofundado reexame de provas, providência vedada em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 490.422/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/3/2016).

Ademais, 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, de modo que resta justificado o acréscimo da reprimenda na primeira fase da dosimetria, pois foram apreendidos mais de 500g de maconha, divididos em centenas de porções. Sobre o tema:

> HABEAS CORPUS. *IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *[...]*
>
> *TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. PENA-BASE DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.*
>
> *1. Na fixação da pena-base do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.*
>
> *2. Na espécie, a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da natureza dos estupefacientes apreendidos - cerca de 7.500 mil 'pinos' de cocaína, pesando em torno de 1,5 kg, 3 porções de cocaína, com peso de quase 3 kg, além de aproximadamente 500 g de maconha -, encontra-se devidamente justificada e proporcional.*
>
> *3.* Habeas corpus *não conhecido* (HC 324.033/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/12/2015).

Quanto à confissão espontânea, o acórdão recorrido consignou que *"deve ser espontânea e integral, o que não ocorreu no presente caso. Conforme anotado pelo Magistrado, 'o réu mudou a verdade ao afirmar ser apenas um guardador de drogas para terceiros, o que restou infirmado pela prova dos autos e também ao procurar afastar a responsabilidade da esposa acerca do tráfico exercido pelo casal'"* (fl. 449), de modo que foi negada a incidência da atenuante. O entendimento do Tribunal de origem encontra-se em desacordo com a jurisprudência desta Corte, a qual considera cabível a atenuação da pena com o reconhecimento da confissão parcial. Confira-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIOS SIMPLES. CONSUMADO E TENTADO. ART. VIOLADO: 65, III, D, DO CP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO*

OBRIGATÓRIA. CONFISSÃO QUE TERIA ATRAPALHADO A ELUCIDAÇÃO DOS FATOS. INOVAÇÃO DE TESE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. TEMA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. VIA INADEQUADA.

1. As instâncias ordinárias deixaram de aplicar a atenuante da confissão espontânea apenas porque ela teria vindo acompanhada da tese de que o delito teria sido praticado em legítima defesa. Contudo, segundo a jurisprudência desta Corte, a confissão, ainda que parcial ou qualificada, deve atenuar a pena.

2. A alegação de que a confissão não teria contribuído para a elucidação dos fatos, mas, na verdade, tê-la-ia dificultado constitui inovação de tese, pois não suscitada nas contrarrazões ao recurso especial oferecidas pelo Ministério Público estadual. Ademais, é inviável a análise do tema na via estreita do recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

3. É descabida a apreciação de matéria constitucional em recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.

4. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp 1.568.311/MG, Rel. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 13/6/2016).

O Tribunal de origem não aplicou a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob os seguintes fundamentos:

Ora, ainda que não se tenham provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa à qual pertencia, evidente que para vender e negociar drogas em qualquer lugar, os acusados deveriam necessariamente estar inseridos na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, "livre concorrência" na venda de drogas. E não se trata aqui de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Notório que a atividade da traficância assumiu características de negócio, sendo hoje fonte de renda do crime organizado, até porque os responsáveis pela estruturação da venda de drogas controlando as etapas de produção, transporte e acondicionamento - não confiariam a entrega a consumidor final a uma pessoa que não gozasse da confiança deles, ou que não tivesse com eles algum vínculo (grifo nosso).

Enfim, havendo indícios do envolvimento dos acusados com a criminalidade, descabido o redutor previsto no § 4°, do artigo 33, da Lei n° 11.343/06. Valendo trazer à colação, como já se decidiu, que a conduta social do réu, a quantidade e a natureza do entorpecente, além das circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa (RHC n° 116.926/DF, rel. Min.Luiz Fux, j. em 20.8.2013; HC n° 116.541/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 6.6.2013; HC n° 98.366/MG, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 5.2.2010) (fls. 450-451).

Nesse contexto, o Tribunal de origem manteve a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, considerando que o réu integrava organização criminosa ou se dedicava a atividades criminosas, notadamente em razão das circunstâncias em que cometido o delito, de modo que o recorrente não preenche os requisitos para a diminuição da pena. Nesse sentido:

> *REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINAIS OU INTEGRA ORGANIZAÇÃO PARA ESSE FIM. VIAGENS ANTERIORES AO EXTERIOR. MINORANTE. NÃO INCIDÊNCIA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO A QUO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 7 E 83/STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.*
>
> *1. As instâncias ordinárias entenderam que o recorrente integra organização criminosa ou se dedica à criminalidade, pelo fato de já ter feito outras viagens ao exterior, por curto período de tempo, sem conseguir justificá-las nem comprovar a origem dos recursos para custeá-las, circunstâncias que revelam o modus operandi característico de tráfico internacional, em total harmonia com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 83/STJ.*
>
> *2. Para se afastar as premissas assentadas no acórdão recorrido e concluir que o recorrente não se dedica a atividades criminosas nem integra organização para esse fim seria necessário o reexame dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, o que é defeso no âmbito do recurso especial, ante o que preceitua a Súmula n. 7/STJ.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido* (AgRg no AREsp 1.066.438/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2017).
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. ART. 12 DA LEI N.º 10.826/03. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. CRIMES PERMANENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. COLHEITA DA PROVA PELA MAGISTRADA TITULAR, À ÉPOCA. SENTENÇA PROLATADA, EM RAZÃO DE AFASTAMENTO MOTIVADO POR DESIGNAÇÃO PARA OUTRO JUÍZO, PELO SUCESSOR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE*

QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE AO TRÁFICO DE DROGAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Para se concluir que não havia situação de flagrância, seria necessário reexaminar o contexto fático-probatório dos autos, o que se afigura inviável na estreita via eleita.

[...]

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se ao tráfico de drogas, fazendo dele seu meio de vida, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 359.420/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 26.8.2016).

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).

Por outro lado, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do acervo probatório dos 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".*

Confira-se o precedente desta Corte:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES E APETRECHOS RELACIONADOS COM A TRAFICÂNCIA. CONCLUSÃO DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REDUTOR DA PENA PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE MAJORADA E GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Como a Corte de origem concluiu que o agente dedicava-se à atividade criminosa e a modificação deste entendimento depende do reexame do conjunto fático-probatório, incide o óbice da Súmula n. 7/STJ, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

2. Em virtude de a pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal e as circunstâncias do crime serem desfavoráveis ao réu, mostra-se devidamente fundamentado o regime fechado para o início de cumprimento de reprimenda superior a quatro e inferior a oito anos.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1.219.589/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 16/3/2018).

Ademais, a nova ponderação da circunstância relativa à causa de diminuição estabelecida no julgamento da apelação 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.

Sobre o tema:

> *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 invidualização 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 revaloração 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).

Portanto, merece reforma o acórdão recorrido, no que tange ao reconhecimento da confissão parcial.

Passo, então, ao redimensionamento da pena do recorrente.

Conforme o acórdão recorrido, mantenho na primeira fase a pena-base em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes e reconhecida a atenuante da confissão espontânea, fixo a pena no patamar de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e de diminuição, a pena definitiva se concretiza em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa.

Mantidos os demais termos do acórdão.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para reconhecer a incidência da atenuante da confissão e redimensionar a pena do recorrente APARECIDO SEBASTIÃO DA SILVA, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator