RECURSO ESPECIAL Nº 1.779.825 - RO (2018/0302867-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	DENIS TAFAREL LIMA TOLEDO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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 Rondônia.

Consta dos autos que o réu, denunciado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), foi absolvido da segunda imputação e condenado às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 550 dias-multa, conforme a sentença de fls. 113-121.

A defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando a redução da pena-base, a aplicação da minorante e a redução da pena de multa.

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

> *Apelação criminal. Tráfico de entorpecente. Dois réus.*
> *Pedido de Absolvição. Provas seguras. Impossibilidade. Redução da pena-base. Fundamentação idônea. Impossibilidade. Redução da agravante da reincidência. Reconhecimento da Minorante do § 4º. Vultosa quantidade de entorpecente. Fundamento idôneo. Redução da pena pecuniária. Efeitos da condenação. Impossibilidade.*
> *Recurso não provido.*
> *1. Se o conjunto probatório é seguro a evidenciar que o agente praticou o crime de tráfico ilícito de drogas, a tese defensiva de fragilidade probatória torna-se desarrazoada.*
> *2. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.*
> *3. A quantidade de droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a*

elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no §4° do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Precedentes.

4. No delito de tráfico ilícito de drogas, a multa é pena cumulativa com a pena corporal prevista no preceito secundário do tipo, cuja exclusão é defesa em respeito ao princípio constitucional da legalidade (fls. 215-216).

A defesa aponta, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 33, § 4º, e 42 da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta, em síntese, que o réu faz jus à redução da pena, sendo que a quantidade da droga não está prevista como requisito para negar a minorante, assim como a forma de acondicionamento.

Assevera que a pena-base foi aumentada para 8 anos em razão da quantidade do entorpecente e negada a minorante na terceira fase pelo mesmo fundamento da "grande quantidade", o que configura *bis in idem.*

Contrarrazões às fls. 247-254. Admitido o recurso à fl. 256. Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso às fls. 267-270.

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

A irresignação não merece provimento.

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. 222-223), notadamente em razão da quantidade de droga, de modo que o recorrente não preenche os requisitos para a diminuição da pena. O entendimento do acórdão recorrido não destoa da orientação jurisprudencial desta Corte. Confiram-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO, INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. VERIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Para 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 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

2. No caso, o Tribunal a quo não aplicou a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que, pela análise dos autos, depreende-se que a grande quantidade da droga apreendida (50kg de maconha) e o modus operandi da conduta indicam envolvimento com o crime organizado. Ora, rever os fundamentos utilizados pela Corte de origem, para concluir que o acusado não se dedicava a atividades criminosas, como requer a parte recorrente, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.788.692/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/3/2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDA. PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. NATUREZA DE DUAS DROGAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, e, no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza do entorpecente, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base em 1/3 mostra-se razoável em razão da grande quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (41 eppendorfs de cocaína - 75,900g, 60 pedras de crack - 23,690g, e 17 porções de maconha - 44,640g –, considerando os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão.

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao caso concreto, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa,

> *evidenciada sobretudo pela grande quantidade de drogas apreendida, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.*
>
> *Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.*
>
> *4. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF.*
>
> *5. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.*
>
> *No caso dos autos, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, tendo o Tribunal de origem destacado, também, quanto ao regime, a natureza de duas drogas – crack e cocaína. Dessa forma, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em 5 anos, 6 meses e 20 de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.*
>
> *6. Habeas corpus não conhecido* (HC 477.630/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 15/2/2019).

Ressalto que *Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em virtude da natureza das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do recorrente a atividades criminosas, que restou evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, com destaque para a expressiva quantidade de entorpecente apreendido* (AgRg nos EDcl no AREsp 1.222.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/10/2018).

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).

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator