

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.832.235 - SP (2019/0243428-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
RECORRENTE : ALEX DE CAMARGO SERAFIM (PRESO)
ADVOGADO : JOÃO MÁRIO DE CAMPOS PAES E OUTRO(S) - SP259156
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 o seguinte acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Tráfico de drogas - Recurso defensivo - Dosimetria penal - Quantidade exacerbada de substância entorpecente [11 tijolos, pesando 9,220g (nove quilos, duzentos e vinte gramas) de maconha], que exige maior exasperação da pena-base, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e individualização da conduta - Exegese do artigo 42, da Lei nº 11.343/06 Incidência da causa de aumento prevista no inciso III, do artigo 40, da Lei Antidrogas - Elementar objetiva e de perigo abstrato devidamente demonstrada - Afastamento - Impossibilidade - Redutor especial previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas Ausência do preenchimento dos requisitos legais - Circunstâncias fáticas que afastam a figura do traficante ocasional, sujeito ativo a quem a lei objetiva emprestar tratamento diferenciado - Reconhecimento - Precedentes - Pena adequada e motivadamente dosada, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito - Sentença mantida - Recurso desprovido (fl. 247).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 33, § 4º, e 40, III, 42 da Lei n. 11.343/2006, 33, § 2º, "b", 59 e 68 do Código Penal - CP.

Sustenta, em síntese, que a pena básica foi fixada de forma desproporcional, devendo ser redimensionada ao mínimo ou no limite de 1/6 de aumento, pois *"não houve a adequada e devida fundamentação no que diz respeito à majoração da pena base em 03 (três) anos acima do mínimo legal, seja em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida (circunstâncias do crime), seja em razão das consequências do crime"* (fl. 270).

Alega que é improcedente a configuração da causa de aumento, uma vez que a existência de escola, campo de futebol e local de trabalho coletivo próximos do

Superior Tribunal de Justiça

local do crime, por si só, não autorizam a majoração, e "*que sua incidência reclama um agir dolosamente (ainda que eventual); requer a finalidade de alcançar as pessoas que frequentam qualquer daqueles locais determinados na lei*" (fl. 275).

Assevera que o recorrente preenche os requisitos para aplicação da minorante, sendo inidôneo o fundamento do acórdão, pois a quantidade da droga, por si só, não afasta a possibilidade de ser reconhecido como traficante iniciante e a condenação por outro crime de tráfico não pode ser interpretada em seu desfavor, inexistindo prova de dedicação a atividades criminosas ou que integra organização criminosa.

Alega, ainda, que o regime fechado foi imposto em razão da gravidade abstrata do delito, sendo que o réu preenche os requisitos do semiaberto.

Após a apresentação de contrarrazões (fls. 289-294), o apelo raro foi admitido na origem (fl. 297). O Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do recurso (fls. 306-323).

É o relatório. Decido.

O recurso merece parcial provimento.

Quanto à pena-base, a quantidade da droga é circunstância prevista no art. 42 da Lei Antidrogas que justifica a exasperação da pena-base.

Entretanto, assiste razão à defesa ao pleitear a redução. Na hipótese, a pena básica de 8 anos de reclusão (tráfico), fixada pelas instâncias ordinárias em razão da quantidade do entorpecente, mostra-se desproporcional. Entendo que, no caso concreto, é razoável e proporcional o *quantum* de acréscimo de 1 (um) ano e 8 (oito) meses acima do mínimo legal previsto para o crime do art. 33 da Lei Antidrogas.

Confira-se, a título exemplificativo, o seguinte precedente desta Quinta Turma:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

2. O aumento da pena-base em 1 ano e 8 meses não se mostra, no caso, desproporcional, tendo em vista a elevada gravidade da conduta do paciente, com o qual foi apreendido aproximadamente 7kg de maconha. Inteligência do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedente.

3. A instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face de as circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu à atividade criminosa. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. A quantidade e a natureza do entorpecente constitui fundamento idôneo para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso (fechado).

Habeas corpus não conhecido (HC 446.762/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 31/10/2018).

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

Logo, a dinâmica fática se mostra totalmente incompatível com a referida benesse legal, já que as circunstâncias delitivas reunidas revelam dedicação às atividades criminosas.

Confira-se: após delação popular, foi apreendida, na residência de Alex, farta quantidade de entorpecente (onze tijolos de maconha, totalizando quase dez quilos da droga, que, se fracionados; poderiam produzir inúmeras porções individuais, de sorte apromover o intenso e perene tráfico, atingindo diversos usuários) e apetrecho utilizado para o sucesso do habitual comércio ilícito (balança digital). Além disso, posteriormente aos fatos aqui discutidos, o acusado envolveu-se em nova prática do tráfico ilícito de entorpecentes, tendo sido condenado singularmente (v. certidão de fls. 160/161).

Como se vê, tais circunstâncias são inconciliáveis com a figura do traficante ocasional, sujeito ativo a quem a lei objetiva emprestar tratamento diferenciado.

Nem se cogite a ocorrência do intolerável bis in idem, pois a quantidade do entorpecente, muito embora sopesada na primeira fase da dosimetria penal, não foi aqui considerada de forma isolada para o afastamento do benefício legal, ao contrário, as circunstâncias fáticas do flagrante policial (o que inclui quantidade dos entorpecentes, apreensão de apetrechos típicos e existência de denúncias sobre o local dos fatos), e o envolvimento subsequente com a mesma prática ilícita, somadas, é que evidenciaram dedicação habitual à atividade criminosa, sendo absolutamente implausível o reconhecimento do tráfico privilegiado (fls. 253-254).

Superior Tribunal de Justiça

O acórdão recorrido não reconheceu a aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base na quantidade da droga, circunstâncias do crime e pelo fato de praticar novamente o mesmo crime. No caso, concluiu a instância ordinária pela dedicação do recorrente na traficância, restando não preenchidos os requisitos para a diminuição da pena. Assim, verifica-se que o acórdão recorrido não destoa da orientação jurisprudencial desta Corte. Confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO. INADMISSIBILIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE RELEVANTE DE DROGAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante, prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada, como na hipótese, a dedicação à atividade criminosa.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.788.536/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 03/09/2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PACIENTE QUE RESPONDE A OUTRO PROCESSO POR TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA PREVISTO NO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

O fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 está em consonância com o entendimento desta Corte, uma vez que o paciente responde a outro processo por tráfico de drogas, o que demonstra personalidade voltada para a prática

Superior Tribunal de Justiça

delitiva, fazendo do crime o seu meio de vida.

3. Ademais, a reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. 4. Não aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, fica prejudicado o pedido de abrandamento do regime prisional, porquanto, estabelecida a reprimenda corporal em 5 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto é o adequado, consoante dispõe o art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

5. O entendimento do Tribunal de origem quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal, está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Habeas corpus não conhecido (HC 440.222/RS, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 02/05/2018).

Ademais, 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". Nesse sentido, o precedente desta Corte:

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.

Superior Tribunal de Justiça

7/STJ.

3. *Agravo regimental desprovido* (AgRg no AREsp 1.066.438/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2017).

Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, a majoração da pena em razão da aplicação da causa de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, é de índole objetiva, incidindo em função do local do cometimento do crime. Nas hipóteses em que o delito é cometido nas proximidades de estabelecimento educacional, é desnecessária a efetiva comprovação de que a mercancia visava a atingir os estudantes, como ocorre no presente caso. Sobre o tema:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE, NATUREZA E MAUS ANTECEDENTES. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA MERCANCIA NOS REFERIDOS LOCAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. *A natureza e a variedade 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. *Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.*

4. *No caso, não há falar em constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base em aproximadamente 1/5 com fundamento nos maus antecedentes do paciente, na diversidade e natureza das drogas.*

5. *Em relação à causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, cumpre destacar que a respectiva majorante tem caráter objetivo, prescindindo da análise da intenção do acusado em comercializar drogas com alunos das instituições de ensino.*

6. *Habeas corpus não conhecido* (HC 359.467/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26.8.2016).

Superior Tribunal de Justiça

Em relação ao regime de pena, a quantidade e a natureza da droga demonstram, também, a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. A propósito: HC 398.299/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 15/2/2018. Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO. PENA MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

3. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

4. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade de entorpecentes apreendidos permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

5. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. A valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.

7. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade da droga apreendida justifica a fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do

Superior Tribunal de Justiça

Código Penal.

8. *Negado o reconhecimento do tráfico privilegiado e mantida a condenação do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

9. *Habeas corpus não conhecido* (HC n. 453.165/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/6/2018).

Passo, então, ao redimensionamento da reprimenda do recorrente.

Conforme o acórdão, diante da valoração negativa da circunstância da quantidade da droga, fixo a pena-base no patamar proporcional de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 dias-multa.

Na segunda fase, conforme o acórdão, ausentes agravantes e presente a atenuante da confissão, aplico a mesma fração de 1/6 e fixo a pena no patamar de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e presente a majorante do art. 40, III, da Lei Antidrogas, aumento a pena na mesma fração de 1/6 imposta na sentença e fixo a pena definitiva em 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e pagamento de 647 dias-multa. Mantidos os demais termos do acórdão.

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para redimensionar a pena, nos termos acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator