

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.052 - SP (2019/0319800-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
RECORRENTE : FABRICIO REGIS MARQUESI
ADVOGADO : DIEGO PAVANELO - SP384763
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

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

Consta dos autos que o réu, denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), foi condenado às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, em regime inicial aberto, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, conforme a sentença de fls. 152-163.

Inconformada, a acusação apelou da sentença, pleiteando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, o decote da minorante da Lei Antidrogas, o afastamento da substituição da pena e o regime fechado. O Tribunal de origem deu provimento ao recurso de apelação ministerial, conforme às fls. 236-242.

Em sede de recurso especial, a defesa alega violação dos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 33, § 2º, "b", e § 3º, e 59 do Código Penal - CP, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta que o réu preenche os requisitos da causa de diminuição, pois *"Deslindada as características mais importantes, tanto da personalidade do ora acusado, quanto dos motivos e do objeto da relação estabelecida, calha verificar os conteúdos dos depoimentos e das provas colhidas durante a instrução processual, comprovam que o apelado faz jus a diminuição da pena previstas no art. 33 §4ª da lei de drogas. Ademais, a quantidade de drogas não constitui requisito legal para avaliar a concessão, ou não, do benefício de redução da pena"* (fl. 264).

Assevera que a gravidade abstrata do crime não justifica o regime fechado, devendo ser fixado o semiaberto, pois o réu é primário e tem residência fixa.

Requer o restabelecimento da pena fixada na sentença, bem como o regime

Superior Tribunal de Justiça

aberto, a conversão da pena corporal e o efeito suspensivo visando impedir a expedição de mandado de prisão.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 284-293. O recurso especial foi parcialmente admitido (fls. 296-298). O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do especial (fls. 323-324).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

A irresignação não merece provimento.

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

No que concerne à dosimetria da pena, cabe reparo, nos termos pleiteados pelo Ministério Público, porquanto no primeiro momento foi fixada no mínimo legal, inobstante a nefasta natureza da droga apreendida, a demonstrar maior grau de reprovabilidade da conduta do apelado, pelo que fixa-se a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, no segundo momento foi mantida no mesmo patamar, ante a ausência de circunstâncias alteradoras, enquanto no terceiro momento foi diminuída em 2/3 (dois terços), em razão do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, o que merece ser afastado, tendo em vista a significativa quantidade de droga apreendida na posse do apelado, a demonstrar o envolvimento não ocasional dele com o espúrio comércio, pelo que é tornada definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Obedecendo ao mesmo raciocínio acima explicitado, fixa-se a pena pecuniária em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal (fl. 239).

O Tribunal *a quo* reformou a sentença para negar 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, notadamente em razão da quantidade do entorpecente, 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. Confirmam-se, nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE**

Superior Tribunal de Justiça

PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O RÉU NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem.

2. Não é irrisória a quantidade das drogas apreendidas, pois segundo consignado no v. acórdão, renderia mais de 100 porções para venda, além da variedade e natureza das drogas ser fundamento concreto para afastar o redutor.

3. "É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida" (AgRg no AREsp 199.440/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 5/9/2012).

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.732.245/RS, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 13/6/2018).

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).

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".

Superior Tribunal de Justiça

Confira-se o precedente desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE MAJORADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. In casu, as instâncias ordinárias fundamentaram expressamente a majoração da pena-base, considerando, em especial, a quantidade da droga apreendida – 99 kg de maconha –, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Daí, não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

3. A aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, segundo a qual reconheceu o envolvimento do recorrente com organização criminosa. Desse modo, concluído pelo Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, que ele integra organização criminosa, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1.317.902/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/09/2018).

Por fim, "A quantidade e a qualidade da droga apreendida podem ser considerados tanto para afastar a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas como para estabelecer regime prisional mais gravoso" (AgRg no HC 502.660/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 13/06/2019). Na hipótese, apesar da menção à hediondez do delito, resta justificada a fixação do regime inicial fechado, considerando a gravidade concreta da conduta (fls. 239-240). No mesmo sentido,

confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME INICIAL FECHADO. ART. 42 DA LEI DE DROGAS CONSIDERADO NA 3ª FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PENA FIXADA ACIMA DE 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. LIMINAR CASSADA.

[...]

III - In casu, observa-se que, não obstante ser pequena a quantidade da droga apreendida - apenas 3 (três) gramas -, a natureza altamente viciante do crack e as demais circunstâncias do caso concreto (a forma de acondicionamento da droga, a ausência de demonstração da origem lícita do dinheiro apreendido ou de exercício de atividade lícita e, ainda, outras passagens pela justiça pela prática de mesmo delito) indicam que a paciente dedica-se a atividades criminosas, justificando, por isso, o afastamento da redutora prevista no caput do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

IV - Considerando-se a existência de circunstâncias desfavoráveis que foram consideradas na dosimetria da pena, na terceira fase, para afastar a causa especial de redução de pena, inclusive a natureza da droga, inviável a fixação do regime intermediário unicamente em razão do montante de pena imposto à paciente, ex vi dos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006.

V - Fixada a pena definitivamente em 5 (cinco) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada. (HC 400.348/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/08/2017).

Inviabilizado o recurso pela alínea "c", registrando-se o descumprimento dos regramentos pertinentes.

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568 desta Corte, nego provimento ao recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

