

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.066 - SP (2019/0330447-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : LUANA CAROLINE RESENDE CORNELIO (PRESO)
RECORRENTE : LUANA APARECIDA BOMFIM BATISTA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO -
SP258374
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 assim ementado:

Apelação. Crime de tráfico de drogas. Sentença condenatória. Recurso do Ministério Público. 1. Quadro probatório suficiente para a condenação das apelantes pelo crime de tráfico de drogas 2. O delito previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06 reclama uma associação dotada de estabilidade, que não se confunde com o concurso de agentes. Panorama não configurado na hipótese. 3. Cenário incompatível com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06. 4. Redimensionamento das penas. Apelo parcialmente provido (fl. 385).

Em sede de recurso especial, a defesa alega violação dos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 33, §§ 2º e 3º, 44 e 59 do Código Penal - CP.

Sustenta que as recorrentes preenchem os requisitos da causa de diminuição, pois não há provas da dedicação e "*A quantidade e diversidade de drogas, por si sós, não são circunstâncias aptas a demonstrar que as rés dedicavam-se a atividades criminosas e/ou integravam organização criminosa - ressaltando que ambas foram absolvidas da acusação da prática do crime do artigo 35 da Lei 11.343/06 -, dependendo de outras circunstâncias fáticas para se chegar a tal conclusão, sob pena de inviabilizar a própria aplicação da minorante*" (fl. 408).

Assevera que o regime mais gravoso se mostra desproporcional, sendo que as rés são primárias e a redução da pena impõe a modificação do modo de expiação da

pena, devendo ser computado o tempo de prisão cautelar, além da conversão da pena corporal.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 419-427. O recurso especial foi admitido (fl. 430). O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do especial (fls. 441-442).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

A irresignação não merece provimento.

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, sob os seguintes fundamentos:

5. Mas, como obtemperado pelo recorrente, a hipótese não comporta a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, a elevada quantidade e a diversidade das drogas, ainda dos objetos apreendidos, são indicativas de um acentuado envolvimento das rés com o tráfico de drogas. Não se trata de um cenário de pessoa iniciante nesta atividade. Vale dizer, trata-se de pessoas dedicadas às atividades criminosas.

Cabe salientar que "a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas", para os fins a que alude o citado artigo de lei (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia).

Na realidade, a qualificação do agente como pessoa dedicada às atividades criminosas - situação que afasta a incidência da causa de diminuição de pena estampada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/11 - pode vir assentada na prova indiciária, tal como esta se acha definida no artigo 239, do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado (artigo 155, do Código de Processo Penal), não se exigindo prova direta desta circunstância, sob pena de inviabilização da repressão penal a este tipo de delito, dada a dificuldade de se obter uma prova deste tipo (STF, HC nº 101.519, rel. Min. Luiz Fux) (fl. 389).

Verifica-se que 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, sob o

fundamento de que as rés se dedicam à atividade criminosa do tráfico, notadamente em razão da quantidade e diversidade/natureza dos entorpecentes e circunstâncias da prisão, de modo que as recorrentes não preenchem os requisitos para a diminuição da pena. Portanto, inviável a incidência da minorante. Confira-se, nesse sentido:

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".

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, resta justificada a fixação do regime inicial fechado, considerando a gravidade concreta da conduta (fl. 392). No mesmo sentido:

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).

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator