

RECURSO ESPECIAL Nº 1.835.873 - SP (2019/0262450-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : DIEGO RODRIGUES CATANHA

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SERGIO ANDRE WEISE CHINEZ - DEFENSOR
PÚBLICO - SP0311051**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

DIEGO RODRIGUES CATANHA interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0003732-68.2016.8.26.0635).

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 33, §§ 2º, 44 e 59 do Código Penal e 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Aduz que a pena-base foi majorada excessivamente e sem fundamentação idônea e negada a aplicação da minorante indevidamente, além de haver sido aplicado o regime mais gravoso com base na hediondez do delito.

Requer, em síntese: a) a redução da pena-base; b) a aplicação da minorante em seu grau máximo; c) a fixação do regime inicial aberto; d) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões às fls. 290-310 e decisão de admissibilidade às fls. 313-314.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial e, caso conhecido, pelo seu não provimento.

Decido.

I. Pena-base

Verifico que o Juiz sentenciante, por ocasião da primeira fase da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, aumentou a pena-base em dois anos, sob o fundamento de que o recorrente "guardava e transportava grande quantidade de entorpecente, em tijolos, **totalizando mais de onze quilogramas de 'cannabis sativa L.'**" (fl. 165).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve inalterada a pena-base imposta ao réu, com base nos seguintes argumentos (fls. 255-256):

O artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 estabelece que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Foi apreendida no caso concreto grande quantidade de maconha em poder do réu (11.206,6g), motivo pelo qual o juiz sentenciante corretamente fixou a basilar em 2/5 acima do mínimo legal, ou seja, em 7 anos de reclusão e no pagamento de 700 dias-multa, no piso, não havendo que se falar em redução para o mínimo legal, visto que plenamente justificável o recrudesimento, mesmo porque pena-base não é sinônimo de pena mínima (STF, Habeas Corpus 76.196- GO, 2ª Turma, rei. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 29.09.98).

De início, ressalte-se que, diversamente do que aduz o recorrente, a pena-base não foi valorada em razão do alegado "dolo intenso", mas, especialmente, em decorrência da elevada quantidade de drogas apreendidas.

A defesa questiona, ainda, o *quantum* de aumento efetivado na pena-base, que, no seu entender, deveria ser inferior à exasperação operada pelas instâncias de origem, haja vista a desfavorabilidade apenas da quantidade de drogas.

Não se pode olvidar que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é

regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que, havendo as instâncias ordinárias fundamentado o aumento da reprimenda-base à luz, justamente, das peculiaridades do caso concreto – notadamente no fato de haver sido apreendidos **mais de 11 kg de maconha** (fl. 165) –, não vejo como acolher o pleito defensivo, **em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado**.

Vale dizer, uma vez que foram apontados **argumentos concretos e específicos dos autos** para a fixação da pena-base acima do mínimo legal – em consonância, aliás, com o disposto no **art. 42 da Lei n. 11.343/2006** –, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo de proporcionalidade feito pelas instâncias ordinárias para, a pretexto de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, reduzir a reprimenda-base estabelecida ao acusado.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias**" (HC n. 122.184/PE, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 5/3/2015), situação que, no entanto, não verifico caracterizada nos autos.

Deve, portanto, ser mantida inalterada a pena-base estabelecida ao réu.

II. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

A Corte estadual manteve o entendimento de que seria indevida a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com base nos seguintes fundamentos (fl. 256):

Por outro lado, o réu não fazia jus ao redutor da pena, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, **tendo em vista a evidência de que ele se dedicava à atividade criminosa**.

Com efeito, mesmo presente a primariedade, para sua

aplicação, além de o agente preencher parte dos requisitos estabelecidos no tipo penal (agente primário, de bons antecedentes, que não integra organização criminosa), ainda deve ficar demonstrado que se trata de pequeno traficante, que tenha agido de forma ocasional, pois a intenção do legislador, ao permitir a redução das sanções penais, foi justamente diferenciar o traficante contumaz, que dispõe de sofisticado aparato organizado, daquele eventual que vende drogas para sustentar seu vício.

Isso porque, **as circunstâncias fáticas indicam que o réu se dedicava a atividade criminosa, tanto que foi detido em ponto de venda de drogas, portando grande quantidade de maconha, além de petrecho ligado ao narcotráfico (uma balança de precisão), revelando para os policiais na ocasião a dinâmica da empreita criminosa, salientando que entregaria a substância ilícita a pessoa conhecida pelo vulgo "Gordinha", o que denota atividade estável e organizada.**

Com efeito, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, conforme visto, o Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou **elementos concretos** dos autos que evidenciam que **as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão** não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a **atividades criminosas**, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, §

4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o recorrente não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada pela incidência da Súmula 7 do STJ.

Ainda, por cautela, ressalto não ter havido a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena, porquanto a Corte estadual, na terceira etapa, considerou não apenas a quantidade de drogas apreendidas, mas também as **demais circunstâncias** em que perpetrado o delito para concluir que o acusado se dedicaria a atividades delituosas.

Registro que, segundo o Supremo Tribunal Federal, não há *bis in idem* quando, além da quantidade de drogas apreendidas, **há outros elementos concretos dos autos** que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

A título de exemplo, menciono o seguinte julgado:

[...]

4. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, “Se instâncias ordinárias concluíram que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa para negar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o habeas corpus não comporta. **Não há que se falar em *bis in idem*, pois, embora haja simples referência à quantidade de droga apreendida, ela não foi um fator preponderante na negativa de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06**, já que se entendeu, em razão das circunstâncias em que foi praticado o delito, que o agravante se dedicava à atividade criminosa, o que, por si só, obsta a incidência do redutor de pena pretendido” (HC 136.177-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 141.167/SP, Rel. Ministro Roberto Barroso, 1ª T., DJe 16/6/2017).

Ainda, confira-se o seguinte trecho do voto proferido nos autos do **HC n. 130.592/SP** (DJe 11/10/2016), de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

O que se veda é a consideração cumulativa da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14, e HC nº 112.776/MS, Plenário, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 30/10/14; RHC nº 128.726/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 11/9/15), e não sua consideração alternativa.

Na espécie, de fato, **o tribunal local, contrariando a jurisprudência desta Suprema Corte, valorou negativamente a quantidade e a natureza das drogas apreendidas na primeira e na terceira fases da dosimetria.**

Se a tanto tivesse se limitado, efetivamente estaria caracterizado indevido *bis in idem*.

Ocorre que, como exposto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acréscimo, na terceira fase, também valorou negativamente as circunstâncias da apreensão da droga, mais precisamente o fato de a paciente manter em sua residência uma balança de precisão e a contabilidade do tráfico, concluindo que ela “fazia do narcotráfico seu meio de vida”.

Logo, **abstraindo-se a valoração negativa, na terceira fase da dosimetria, da quantidade e da natureza das drogas, ainda assim subsiste fundamento suficiente, por si só, para negar o redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.**

Nesse julgado, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro relator, afirmou, **por via oblíqua**, que, caso as instâncias de origem houvessem sopesado **apenas** a quantidade e a natureza da droga apreendida – circunstâncias já valoradas para fins de exasperação da pena-base – para justificar a impossibilidade de incidência do redutor, haveriam incorrido no inadmissível *bis in idem*. No entanto, assim não se entendeu somente porque, **além da quantidade de substâncias entorpecentes, havia outros elementos nos autos** (mais precisamente, o fato de o acusado manter em sua residência uma balança de precisão) que permitiam a conclusão de que ele fazia do tráfico o seu

meio de vida e, portanto, se dedicava a atividades criminosas.

Diante de tais considerações, não identifico o apontado constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada ao recorrente a incidência do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

III. Regime inicial de cumprimento de pena

Quanto ao regime de cumprimento de pena, faço lembrar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, embora o réu fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, e não obstante haja sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, teve a pena-base estabelecida **acima do mínimo legal** e foi apreendido com **elevada quantidade de drogas**, circunstâncias que evidenciam a necessidade de imposição do regime inicial fechado, *ex vi* do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, em atenção também ao enunciado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

IV. Substituição da pena por restritivas de direitos

Estabelecida reprimenda superior a 4 anos de reclusão, deve ser mantida a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e no

Superior Tribunal de Justiça

art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **nego provimento ao recurso especial.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator