

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.998 - SP (2019/0337259-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **VITOR GOMES BONFIM (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - DEFENSOR PÚBLICO -
SP324471
RECORRIDO : **THIAGO FIGUEIREDO SANTOS (PRESO)**
AGRAVANTE : **THIAGO FIGUEIREDO SANTOS (PRESO)**
ADVOGADO : **LUCIENE TELLES - SP204820**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se agravo interposto por THIAGO FIGUEIREDO SANTOS, contra decisão que inadmitiu o recurso especial, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o agravante, em concurso de agentes, foi sentenciado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 600 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação pugnando pela absolvição, subsidiariamente, a redução das penas-bases ao mínimo legal, a aplicação do redutor de penas previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, a fixação de regime inicial diverso do fechado e a substituição da pena privativa por penas restritivas de direitos. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso da defesa para diminuir a pena para 4 anos e 2 meses de reclusão, e pagamento de 416 dias-multa, ao reconhecer o tráfico privilegiado (e-STJ fls. 260/265).

Nas razões do presente recurso especial, a defesa alega violação do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, sustentando "possível o aumento da fração aplicada para metade, redutor previsto no artigo 33, §4º do artigo 33 da Lei

11.343/06, com estabelecimento da pena aplicada em 2 anos e 6 meses de reclusão."(e-STJ fl. 325).

Alega, ainda, violação do art. 33, §2º, alínea "b" ou "c" do CP, sustentando que "no presente feito a pena do recorrente está fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão e, com possibilidade de diminuição e, o fundamento do v. acórdão para fixar o regime fechado e viola a norma federal, bem como, contraria súmulas do STJ e STF" (e-STJ fl. 326).

Sustenta, também, violação dos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF e n. 440 da Súmula do STJ.

Aponta que "a pena é inferior a 8 anos e o entendimento do Superior Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, permite a fixação de regime semiaberto em delitos de tráfico privilegiado." (e-STJ fl. 327).

Requer o provimento do recurso especial para aplicar a fração de 1/2, prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 , além de fixar regime menos gravoso que o fechado.

Opostos embargos de declaração pelo órgão ministerial, foram rejeitados (e-STJ fls. 366/369).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 405/414), o recurso não foi admitido (e-STJ fls. 418/419), alegando o Tribunal *a quo* encontrar óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ e n. 284 da Súmula do STF.

Nas razões do presente agravo, a defesa alega que "não não é crível que para o agravante pleitear o aumento da fração prevista no §4º da Lei 11.343/06 enseja o reexame da matéria (súmula 7 do STJ), porém, para o Ministério Público o afastamento desse benefício, não enseja o reexame de matéria." (e-STJ fl. 427) E ainda, "a menção da r. decisão de fls. 418, que não é possível recurso baseado em súmulas com todo respeito, as súmulas mencionadas foram citadas com elementos a amparar a modificação do regime de cumprimento de pena, pois, referidas súmulas são inclusive mencionadas em diversas decisões" (e-STJ fl. 432).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial, conforme ementa (e-STJ fl. 472):

PENAL. PROCESSO PENAL. NARCOTRÁFICO (3,38KG DE MACONHA). CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDO GRAU COM REDUÇÃO DA PENA A 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO SOB REGIME INICIAL FECHADO. PRETENSÃO MINISTERIAL DE AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI DE DROGAS, SOB ARGUMENTO DE DEDICAR-SE O RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. INDEVIDA INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. PRETENSO AUMENTO DA RAZÃO DA MINORANTE SEM FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PARECER POR NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL MINISTERIAL E DESPROVIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DEFENSIVO.

É o relatório. **Decido.**

O agravo é cabível, tempestivo, e foram impugnados os fundamentos da decisão de inadmissibilidade.

De pronto, esclareço que, realmente, *para fins do art. 105, III, a, da Constituição Federal, não é cabível recurso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula*, conforme consta do enunciado n. 518 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

No mais, destaco que as razões do recurso especial devem apresentar, de forma precisa, o fato e o direito aplicável, demonstrando o seu cabimento, além de expor, objetivamente, as razões do pedido de reforma da decisão recorrida, refutando todos os seus fundamentos, sob pena de vê-los mantidos.

Contudo, no presente caso, o recorrente pugna pela elevação da fração de redução da pena, sem trazer nenhuma argumentação que justifique seu pedido. Dessa forma, tem-se que a fundamentação do recurso especial se mostra

deficiente, o que atrai a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, porquanto o agravante não apontou de que forma os dispositivos legais teriam sido violados, inviabilizando, assim, a adequada compreensão da controvérsia.

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ALTERAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 617 DO CPP. REFORMATIO IN PEJUS. NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE NÃO ALBERGA A TESE VENTILADA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Consoante jurisprudência deste Sodalício Superior, "somente quando a dosimetria da pena mostrar-se teratológica é que deve ser modificada a reprimenda imposta pelo Juízo de primeiro grau, respeitando-se sua discricionariedade e valorizando a condição de que é ele que está mais próximo dos fatos e da realidade local. Ademais, para se modificar as conclusões das instâncias ordinárias relativas à dosimetria da pena, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio heroico" (HC 184.325/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Min. ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 04/12/2015), 2. O dispositivo de lei indicado como violado não alberga a pretensão recursal perquirida pelo recorrente, fato este que impossibilita a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Enunciado 284 da Súmula do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1221928/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO ILEGAL DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, FALSIDADE IDEOLÓGICA E DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. OFENSA AOS ARTS. 112 E 252 DO CPP. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DE NORMAS FEDERAIS. FALTA DE

PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESES DE AUSÊNCIA DE DOLO E CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE. PRETENSÃO DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA CONTINUIDADE DELITIVA FIXADA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I - As razões do recurso especial relativamente à indigitada violação dos artigos 112 e 252 do Código de Processo Penal se referem ao descumprimento das regras do instituto do impedimento e, o v. acórdão objurgado trata de um caso de suspeição, ficando, assim, patente a deficiência da argumentação, que está dissociada dos fundamentos apresentados pela eg. Corte Bandeirante, não permitindo a compreensão da controvérsia (Súmula 284/STF).

II - Não havendo pronunciamento pela eg. Corte de origem sobre as matérias disciplinadas nos dispositivos indicados como violados, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não se verifica o necessário prequestionamento.

III - É vedada a alteração das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias, no âmbito dos recursos extraordinários (Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF). Assim, é inviável, nesta sede, a reforma do entendimento da instância a quo relativo à não comprovação da ausência de dolo, no crime de interceptação ilegal de comunicações telefônicas, e do estado de necessidade.

IV - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o critério de majoração pela continuidade delitiva é proporcional ao número de infrações cometidas.

V - O recurso especial não pode ser conhecido com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição da República, por ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial nos moldes legais.

Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1447034/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017)

Portanto, verifico que não cabe conhecimento quanto ao pedido de redução da fração da redutora do tráfico privilegiado em 1/2, por deficiência de

fundamentação.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para **a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos**. Precedentes: AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 22/6/2016; AgRg no AREsp n. 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 6/5/2016.

O juiz sentenciante tratou sobre a fixação do regime fechado da seguinte forma (e-STJ fl. 141):

O regime inicial de cumprimento, assim, será aquele fechado, cuidando-se de delito equiparado àqueles hediondos e a maior culpabilidade, o maior desvalor da conduta dos réus.

Por sua vez, quanto ao pedido de fixação de regime menos gravoso que o fechado, o Tribunal *a quo* assim fundamentou sua decisão (e-STJ fl. 265):

(...)

*Para início do cumprimento da pena corporal foi fixado o regime fechado, **que fica mantido, em razão da elevada quantidade de entorpecentes apreendida, a revelar ousadia e periculosidade, bem como a necessidade de tratamento mais rigoroso**. Observo que, diante dos artigos 33, § 3º, e 59, caput e inciso III, ambos do Código Penal, o Juiz pode estabelecer o regime inicial de cumprimento das sanções conforme o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.*

(...)

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Como se pode observar, o regime fechado foi estabelecido somente em razão da natureza e da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, não obstante tenha sido o recorrente condenado **à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão**.

Entretanto, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendida - **3,388kg de maconha (sendo 3 tijolos e 323 invólucros contendo a droga)** - não autorizam o seu maior agravamento, impondo-se a alteração para o regime semiaberto.

A propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. VETORES DA CULPABILIDADE E DA CONDUTA SOCIAL VALORADOS NEGATIVAMENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÕES PENAIIS EM CURSO. SÚMULA N. 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE RESPONDE A OUTRO PROCESSO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. REGIME INTERMEDIÁRIO. CABIMENTO.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITO PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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 do delito de roubo, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

3. Na hipótese, a valoração negativa da culpabilidade não está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados integram a estrutura do tipo penal, conforme o entendimento desta Quinta Turma no sentido de que a potencial consciência da ilicitude ou a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade em sentido estrito, não fazendo parte do rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, logo, não constitui elemento idôneo a justificar a exacerbação da pena-base (RHC 41.883/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/4/2016).

4. Inquéritos policiais, ações penais em andamento e até mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, e servir de supedâneo para justificar o afastamento da reprimenda básica do mínimo legalmente previsto em lei, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Nesse diapasão, a Súmula n. 444/STJ.

5. A irresignação quanto a ausência de redução da pena diante da confissão espontânea do réu não foi examinada pelo Tribunal a quo, circunstância que impede o pronunciamento desta Corte a respeito, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, fixada a pena-base no mínimo legalmente previsto, inviável a aplicação da atenuante pela confissão espontânea, prevista no art. 65, inc. I, do Código Penal - CP, por força da Súmula n. 231 do STJ. 6. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática

delitiva (HC 378.574/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/2/2017).

7. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade técnica do réu, a quem foi imposto reprimenda definitiva de 5 anos de reclusão, e considerando que a quantidade de droga apreendida não é elevada - 3,210g de crack - cabível a imposição do regime inicial semiaberto para cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP.

8. Mantida a pena final em patamar superior a 4 anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, afinal, o paciente não preencheu o requisito objetivo para alcançar o benefício.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda ao patamar de 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto para o seu cumprimento. (HC 466.739/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 21/02/2019)

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO NO TOCANTE AO DELITO DO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. FATO QUE, POR SI SÓ, DEMONSTRA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO ALICERÇADO TÃO SOMENTE NA GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME SEMIABERTO MAIS ADEQUADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se mostra possível examinar o pleito de absolvição pelo crime de associação para o tráfico, na medida em que demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório acostado aos autos, desiderato esse incabível na via estreita do habeas corpus.

2. A condenação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006) denota a dedicação do agente às atividades criminosas e, por conseguinte, por si só, impede a

incidência da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

3. Independentemente da gravidade abstrata e do caráter hediondo do crime, considerado o quantum da pena definitiva imposta - 8 (oito) anos de reclusão -, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a consequente fixação das penas-bases de cada um dos delitos no mínimo legal, cabível estabelecer como regime prisional inicial o semiaberto.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar que o regime inicial de cumprimento da pena do Paciente seja o semiaberto. (HC 480.782/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS PELA CORTE A QUO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

[...]

PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI.

A condenação pelo crime de associação para o tráfico de entorpecentes demonstra a dedicação do agente à atividades criminosas, autorizando a conclusão pelo não preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para a concessão da benesse prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/2006. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA IGUAL A 8 ANOS. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Estabelecida a pena em 8 anos de reclusão e favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, possível a fixação do regime inicial semiaberto, diante das circunstâncias do caso concreto, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do CP.

2. Agravo parcialmente provido para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda. (AgRg

Superior Tribunal de Justiça

no AREsp 997.580/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018).

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, **dar-lhe provimento**, alterando o regime para o semiaberto.

Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator