



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1630521 - SP (2019/0362668-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : LUCAS MESSIAS APARECIDO COLOMBO DIAS DE OLIVEIRA
AGRAVANTE : VALMIR DE CAMARGO
ADVOGADO : MAURO ATUI NETO - SP266971
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por LUCAS MESSIAS APARECIDO COLOMBO DIAS DE OLIVEIRA com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o agravante, junto com o corréu, foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) c/c o art. 65, I e III, "d", e c/c o art. 29, *caput*, todos do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa, em regime fechado, conforme a sentença de fls. 170/181.

A defesa apelou, pleiteando a absolvição, a aplicação da minorante no máximo legal, a fixação do regime aberto e a conversão da pena corporal.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, conforme a seguinte ementa:

Tráfico de drogas. Apreensão de 500 invólucros contendo cocaína e 9 porções de maconha, pesando, respectivamente as massas líquidas de 468,7g e 20,5g. sentença procedente à acusação. Recursos da defesa. pedido de absolvição do acusado Lucas por insuficiência de provas. inoccorrência. Acervo probatório que revela envolvimento do sentenciado com a traficância. Insurgência quanto à dosimetria. Incabível a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pro não terem sido preenchidos os requisitos legais. Regime fechado adequadamente imposto. Impossibilidade de conversão das reprimendas corporais em alternativas. Nega-se provimento aos recursos.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 501/517).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial (fls. 456/475), no qual alega violação dos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 33, §§ 2º, "b", e 59, III, do Código Penal - CP.

Sustenta, em síntese, que o réu preenche os requisitos da redutora de pena, pois não há prova de que se dedique a atividades criminosas. Aduz que o Tribunal acrescentou fundamentos para justificar a negativa do redutor, o que caracteriza *reformatio in pejus*.

Alega que não há razão para o estabelecimento do regime fechado, pois as circunstâncias judiciais são favoráveis e a gravidade abstrata do delito não justifica a

imposição de regime mais gravoso. Requer a redução máxima da pena corporal e a fixação de regime semiaberto.

O recurso foi inadmitido pela incidência da Súmula n. 7 do STJ (fls. 571/572). Contraminuta às fls. 643/652. O Ministério Público Federal opinou pelo desprovisionamento do recurso (fls. 681/693).

É o relatório. Decido.

A irresignação não merece provimento.

Na terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem afastou 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 pela quantidade de droga apreendida, dividida em dezenas de porções, e por ter processos em andamento. O entendimento do acórdão não destoia da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se, nesse sentido, o precedente desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MODUS OPERANDI E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.

2. No caso em análise, com base na grande quantidade de drogas apreendidas e no modus operandi da conduta, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente integra organização criminosa.

3. "Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa" (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe de 21/08/2018).

4. A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

5. 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. 6. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 502.660/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 13/06/2019).

Ademais, para se modificar o entendimento do acórdão recorrido, no sentido de

reconhecer que o recorrente preenche os requisitos para a diminuição da pena, seria necessário o reexame das provas dos autos, o que encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. ENTRADA PERMITIDA PELO RÉU. CRIME PERMANENTE. PROVA LÍCITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. MODO ADEQUADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. No caso, consta que, após ter sido surpreendido transportando em seu veículo 17 munições calibre 38, o recorrente conduziu e autorizou a entrada dos policiais em sua residência, onde foram encontrados os entorpecentes.

3. Concluído pela instância antecedente que o réu se dedica ao tráfico de entorpecentes, sobretudo pela expressiva quantidade da substância apreendida - 5 tijolos de maconha (4.045,9g), a alteração desse entendimento para fazer incidir a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, providência inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Estabelecida a pena definitiva em 7 anos de reclusão e considerando a quantidade da droga apreendida, circunstância elencada legalmente como preponderante e devidamente valorada na terceira etapa da dosimetria, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado à prevenção e à reparação do delito.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1.330.715/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 6/3/2019).

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

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA IGUAL A 8 ANOS. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E LESIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

III - No caso dos autos, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, que se basearam na gravidade concreta do delito, ou seja, perniciiosidade do entorpecente apreendido (natureza da droga apreendida - 400g cocaína, além de balança de precisão e traficância habitual). Assim, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legalmente estabelecido, o paciente seja primário e o quantum de pena pelo concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo (8 anos de reclusão) permitam, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade e a natureza de droga apreendida, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, 'c' e 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

IV - Ressalto que, mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 506.372/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2019).

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 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).

Ante o exposto, conheço do agravo e, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 24 de março de 2020.

Ministro Joel Ilan Paciornik

Relator