

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.867.355 - SP (2020/0065766-6)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**RECORRENTE : JUNIOR PEREIRA**  
**RECORRENTE : WENDEL PATRICK MANOEL DOS SANTOS**  
**ADVOGADO : ADRIANO DIOGENES ZANARDO MATIAS - SP207786**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

**JUNIOR PEREIRA e WENDEL PATRICK MANOEL DOS SANTOS** interpõem 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. 0001243-14.2018.8.26.0530).

Consta dos autos que os recorrentes foram condenados pela prática dos crimes de tráfico de drogas e de associação para o narcotráfico.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 59 e 68 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006 e pretende, em síntese, a redução da pena-base.

Decisão de admissibilidade às fls. 700-701.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso.

**Decido.**

No que tange à pretendida redução da pena-base, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do

procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, as instâncias ordinárias, ao fixarem a pena-base acima do mínimo legal, salientaram que "as sanções foram exasperadas de 3/5 pela expressiva quantidade de droga apreendida (**aproximadamente 800 gramas de cocaína, a maior parte já dividida em 2.466 eppendorfs e outra ainda a granel**), consoante estabelece o artigo 42 da Lei de Drogas, até porque essa circunstância revela maior censurabilidade da conduta" (fl. 651). Tal circunstância evidencia que as instância de origem **atuaram, justamente, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.**

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 na quantidade de substâncias apreendidas** –, 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 de origem, para, a pretexto de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, ou mesmo de violação dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, reduzir a reprimenda-base estabelecida aos acusados.

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.

Diante de tais considerações, não identifico a apontada violação dos arts. 59 e 68 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006 e, por isso mesmo, mantenho inalterada a reprimenda aplicada aos acusados.

Ainda, afirma a defesa que as instâncias ordinárias incorreram no inadmissível *bis in idem*, porquanto sopesaram a quantidade de drogas apreendidas tanto na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, quanto na terceira, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Esclareço, no entanto, que, ainda que afastado o fundamento relativo à quantidade de drogas apreendidas na terceira fase da dosimetria, ainda assim não haveria como reconhecer a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em favor dos recorrentes, haja vista que eles também foram condenados pela prática do crime descrito no art. 35 da Lei de Drogas.

Faço lembrar que a **Terceira Seção** deste Superior Tribunal possui o entendimento de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso, especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

Exemplificativamente: **HC n. 371.353/PI**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 16/12/2016; **HC n. 422.709/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 19/12/2017.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e no art. 34, XVIII, "b", parte final, do RISTJ,

**nego provimento ao recurso especial.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**