



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.292.054 - SP (2011/0267220-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MARCOS FERREIRA DE BARROS
ADVOGADO : REGINALDO BARBAO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : MARCOS FERREIRA DE BARROS
ADVOGADO : REGINALDO BARBAO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. INAPTIDÃO PARA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A doutrina pátria e a jurisprudência desta Corte Superior são firmes em assinalar que o princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta, pois admite exceções que devem ser verificadas caso a caso.
2. Não há violação ao princípio da identidade física do juiz quando a sentença é prolatada por outro Magistrado se aquele que presidiu a instrução estiver afastado administrativamente.
3. O Magistrado de primeiro grau sopesou condenação ainda sem a certificação do trânsito em julgado para fins de exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes, em inobservância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade e ao enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal.
4. O Juiz sentenciante, ao destacar a natureza da droga apreendida, atuou em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a conduta social do agente".

5. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, com preponderância das dispostas no art. 42 da Lei de Drogas.

6. Em que pese mencionar a errônea existência de maus antecedentes e da reincidência, as instâncias ordinárias justificaram em outros fundamentos idôneos a não incidência da causa especial de diminuição da pena.

7. Os julgados prolatados em habeas corpus não se prestam à configuração do dissídio jurisprudencial, nos moldes do art. 266 do RISTJ; devem, obrigatoriamente, ser oriundos de recurso especial.

8. Conforme disposição do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando o recurso interposto estiver fundado em dissídio pretoriano, deve a parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência, bem como realizar o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, suposta incompatibilidade de entendimentos e similitude fática entre as demandas.

9. A despeito de as instâncias ordinárias terem justificado a fixação do regime fechado no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, verifico que o recorrente, não obstante haver sido condenado a pena não excedente a 8 anos, possui circunstância judicial desfavorável; não há, pois, ajuste a ser feito quanto ao regime inicial de cumprimento da reprimenda.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido, somente para diminuir a reprimenda-base e tornar definitiva a pena em 5 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 541 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 1309/08, 9ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo – SP).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.292.054 - SP (2011/0267220-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MARCOS FERREIRA DE BARROS

ADVOGADO : REGINALDO BARBAO E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVANTE : MARCOS FERREIRA DE BARROS

ADVOGADO : REGINALDO BARBAO E OUTRO(S)

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MARCOS FERREIRA DE BARROS interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 990.10.284948-1).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, alega o recorrente, além da divergência jurisprudencial, violação dos arts. 399, § 2º, do Código de Processo Penal; 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006; 33 e 59, ambos do Código Penal.

Argumenta que há **nulidade** nos autos, por violação do princípio da **identidade física do juiz**, haja vista que "o feito não foi sentenciado pelo Magistrado que presidiu a audiência" (fl. 328).

Enfatiza que, apesar de a **pena-base** haver sido fixada acima do mínimo legal pela presença de **maus antecedentes**, "o recorrente é tecnicamente primário" (fl. 330).

Defende que possui direito à aplicação da **causa especial de diminuição da pena** prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para tanto, afirma que é primário, tem bons antecedentes e que a presunção de que se dedica à atividade criminosa com fundamento na quantidade de droga apreendida não é admitida em nosso sistema penal.

Enfatiza que o **regime** prisional mais adequado é o **semiaberto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca a divergência jurisprudencial nesse ponto e indica como paradigma o HC n. 154.570/STJ.

Requer o provimento do recurso, para que seja a sentença condenatória anulada. Subsidiariamente, pugna para que seja fixada a pena-base no mínimo legal; aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; estabelecido o regime semiaberto para cumprimento da pena.

Contrarrazões às fls. 390-417.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 490-495, pelo não provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.292.054 - SP (2011/0267220-7) EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. INAPTIDÃO PARA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A doutrina pátria e a jurisprudência desta Corte Superior são firmes em assinalar que o princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta, pois admite exceções que devem ser verificadas caso a caso.

2. Não há violação ao princípio da identidade física do juiz quando a sentença é prolatada por outro Magistrado se aquele que presidiu a instrução estiver afastado administrativamente.

3. O Magistrado de primeiro grau sopesou condenação ainda sem a certificação do trânsito em julgado para fins de exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes, em inobservância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade e ao enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal.

4. O Juiz sentenciante, ao destacar a natureza da droga apreendida, atuou em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza 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".

5. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, com preponderância das dispostas no art. 42 da Lei de Drogas.

6. Em que pese mencionar a errônea existência de maus antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e da reincidência, as instâncias ordinárias justificaram em outros fundamentos idôneos a não incidência da causa especial de diminuição da pena.

7. Os julgados prolatados em habeas corpus não se prestam à configuração do dissídio jurisprudencial, nos moldes do art. 266 do RISTJ; devem, obrigatoriamente, ser oriundos de recurso especial.

8. Conforme disposição do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando o recurso interposto estiver fundado em dissídio pretoriano, deve a parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência, bem como realizar o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, suposta incompatibilidade de entendimentos e similitude fática entre as demandas.

9. A despeito de as instâncias ordinárias terem justificado a fixação do regime fechado no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, verifico que o recorrente, não obstante haver sido condenado a pena não excedente a 8 anos, possui circunstância judicial desfavorável; não há, pois, ajuste a ser feito quanto ao regime inicial de cumprimento da reprimenda.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido, somente para diminuir a reprimenda-base e tornar definitiva a pena em 5 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 541 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 1309/08, 9ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo – SP).

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de tráfico, **10 porções de cocaína, pesando 3,8 g**.

II. Alegada negativa de vigência do art. 399, § 2º, do Código Penal

O recorrente sustenta que a sentença proferida nos autos violou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o princípio da identidade física do juiz, uma vez que foi prolatada por juiz diverso do que acompanhou a instrução do feito, em regime de mutirão.

Ao apreciar a alegação defensiva, o Tribunal *a quo* assim decidiu (fl. 292, destaquei):

Rejeito a matéria preliminar.

Não foi olvidado pelo Juízo *a quo* o princípio da identidade física do juiz, recentemente inserido no Código de Processo Penal (Lei 11.719/08) e previsto no art. 399, § 2º: 'O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença'.

O artigo mencionado é bastante genérico, por isso, devem ser utilizadas as regras e exceções previstas para o instituto no Código de Processo Civil. Assim, de acordo com o artigo 132 do referido Diploma Legal, tal princípio não se aplica caso o magistrado que presidiu a instrução seja promovido, transferido, convocado, afastado, licenciado ou aposentado. **No caso dos autos, como bem anotado no parecer do Ministério Público, o Juiz que presidiu a instrução estava afastado administrativamente do cargo, razão pela qual o processo foi sentenciado por outro magistrado, sem incorrer em nulidade alguma.**

Quanto ao tema, na concepção de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, "o dispositivo em voga [art. 399, § 2º, do CPP] não pode ser aplicado a ponto de gerar uma total imobilidade do sistema jurídico processual penal. O reconhecimento expresso do princípio da identidade física do juiz não importa que, necessariamente, o mesmo magistrado que coletou a prova deverá – e só ele – proferir a sentença" (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. até fev. 2013. São Paulo, Atlas, 2013, p. 852).

Ao avaliar se a oitiva de testemunhas ou até o interrogatório do réu por carta precatória ofenderia o referido dispositivo legal, Marco Antonio Marques da Silva pondera que "o princípio deve mesmo ser sacrificado, pois, ainda que o ato processual seja realizado por precatória, **o desfecho do processo em prazo razoável é outro postulado constitucional em prol da dignidade humana**" (SILVA, Marco Antonio Marques da. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 621).

Ainda, defende Rogério Montai de Lima:

Se é verdade (e, é) que as partes não podem ser surpreendidas com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

simples impressões pessoais do julgador, **não existe qualquer razão em vincular obrigatoriamente o juiz que presidiu, concluiu ou participou da audiência e colheu a prova, ao dever de sentenciar o processo (embora isso possa ser ("recomendável", não como regra), tudo porque as razões do livre convencimento do Magistrado deverá constar expressamente na sua decisão. A mera subjetividade do julgador como fator preponderante da decisão viola o devido processo legal, garantia constitucional estrutural.**

Por interpretação conforme a Constituição, sobretudo em prestígio a razoável duração do processo, motivação das decisões, celeridade, economia processual, moabilidade, proporcionalidade, vedação de subjetivismo e escassez de juízes, entre outros, não seria impertinente concluir que o art. 132 do CPC, diante de tantas situações que o excepcionam, está mais para mera recomendação legal do que para regramento de competência (quanto mais absoluta). (LIMA, Rogério Montai de. *Princípio da Identidade Física do Juiz: Vida e Morte – Hipóteses de não incidência e limites de aplicabilidade ao juiz substituto*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 61, n. 430, ago. 2013, p. 80-81, grifei.)

A respeito do tema, esta Corte Superior firmou o entendimento de que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto. Ilustrativamente: "Não há se falar em violação ao princípio da identidade física do juiz, uma vez que não se trata de princípio absoluto". (**HC n. 280.592/RJ**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 8/9/2015).

Na espécie, constato dos autos que o Magistrado que presidiu a instrução estava afastado administrativamente. Dessa forma, deve ser aplicado o entendimento deste Superior Tribunal de que: "Segundo a dicção do artigo 132 do CPC, aplicável por analogia ao processo penal, 'o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.'" (AgRg no RHC 28.690/SP, Rel. Ministra **ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA** (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013)" (**AgRg no AREsp n. 185.924/DF**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 12/2/2014).

Assim, **não merece acolhida a alegação de nulidade da sentença** porque não há violação do princípio da identidade física do juiz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. A pena-base do crime de tráfico de drogas

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, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 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, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se 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 e 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, verifico que o Juiz sentenciante assim fundamentou a aplicação da pena-base do paciente acima do mínimo legal, *in verbis* (fl. 196, destaquei):

Bem sopesados os elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, consistente em 5 (anos) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, tendo em vista os **antecedentes do réu** (fls. 139/142), a **natureza do entorpecente**, seu **potencial lesivo as circunstâncias do caso**.

A Corte estadual manteve o *quantum* de exasperação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base pelos seguintes fundamentos (fl. 296):

Finalmente, segue a análise da dosagem das penas.

A pena-base foi fixada acima do mínimo (1/6) com base nos maus antecedentes (fls. 139 e 142), perfazendo cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso, fixado adequadamente o regime inicial fechado, nos termos do art. 2^a, § 1^o, da Lei 8.072/90.

Dos trechos anteriormente transcritos, constato que foram considerados desfavoráveis ao recorrente os **antecedentes** e a **natureza da droga** apreendida.

Em princípio, o Juiz sentenciante considerou a existência de **maus antecedentes** com fundamento na certidão de fls. 161-164. Entretanto, da análise da mencionada certidão, verifico, claramente, que o Magistrado de primeiro grau sopesou **condenação ainda sem a certificação do trânsito em julgado** para fins de exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes, em inobservância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade e ao enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal, *in verbis*: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Assim, entendo que deve ser **afastada** a valoração desfavorável dos antecedentes.

Ainda, verifico que o Magistrado de primeiro grau considerou desfavorável a **natureza da droga apreendida (cocaína)**, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza 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".

Destaco que, segundo Informação Pericial n. 710/2009 do Instituto de Criminalística da Seção de Perícias e Análises Laboratoriais a Polícia Civil do Distrito Federal, uma dose típica de cocaína ou crack é de 100 mg a 200 mg, considerando a pureza da "cocaína de rua". A dose letal mínima é de 1,2 g; contudo, indivíduos suscetíveis morreram após a aplicação de apenas 30 mg de cocaína nas membranas mucosas. Ainda segundo a referida informação pericial, viciados toleram até no máximo 5 g de cocaína por dia. (Consta dessa informação pericial que as informações sobre dosagem foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obtidas no sítio eletrônico do *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*).

Deve ser mantida, portanto, a avaliação desfavorável dessa circunstância.

Por essas razões, justamente porque verificada a inadequação **apenas parcial** da análise das circunstâncias judiciais e considerando que remanesce desfavorável ao recorrente **a natureza da droga apreendida, deve ser reduzida a pena-base imposta de 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa para 5 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 541 dias-multa.**

Apenas ressalto que estou fixando o *quantum* acima em razão do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina que a quantidade de substância entorpecente deve ser considerada **com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal.

IV. A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, verifico que o Juiz sentenciante assim fundamentou a sua não incidência no caso (fls. 196-197):

Inviável, de outro giro, a redução prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11343/06, não sendo primário o réu. Ademais, a expressão "pode" empregada pelo preceito conduz à conclusão de que o benefício também depende do convencimento judicial acerca da coexistência de condições subjetivas favoráveis, que não se verificam, no caso concreto. Ausentes, pois, circunstâncias agravantes e atenuantes, causas de aumento e de redução, a reprimenda se estabiliza naquele patamar.

O Tribunal de origem manteve a negativa de aplicação do referido benefício pelos seguintes fundamentos (fls. 295-296):

Não faz jus o apelante ao benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 ele não é primário e ostenta maus antecedentes; além disso, tanto as circunstâncias da prisão quanto a **quantidade da droga com ele encontrada**, mostra que se dedica, sim, a atividades criminosas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fazendo do tráfico seu meio de vida.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Vale dizer, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que 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: "A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T, DJe 14/4/2014).

No caso, em que pese mencionar a errônea existência de maus antecedentes e da reincidência, verifico que a instância ordinária entendeu incabível a aplicação da minorante em comento, também sob o fundamento de que "tanto as circunstâncias da prisão quanto a **quantidade da droga com ele encontrada, mostra que se dedica**, sim, a atividades criminosas, fazendo do tráfico seu meio de vida (*sic*)" (fls. 295-296).

Dessa forma, não identifico nenhuma violação do disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que **foram apontados elementos concretos que indicam a dedicação do recorrente a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o acusado não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada em recurso especial, consoante o disposto na Súmula n. 7 do STJ.

Nesse sentido:

[...]

1. **Desfazer o entendimento a que chegou as instâncias ordinárias para verificar se o réu se dedicava a atividades criminosas implicaria no reexame de matéria fático-probatória dos autos.** Incidência da Súmula 7 do STJ.

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 569.600/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 17/3/2015, grifei.)

[...]

2. **A Corte de origem afastou a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o agravante se dedicava a atividades criminosas e, portanto, não atendia a um dos requisitos previstos no dispositivo. Para se entender de forma diversa, haveria necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.**

[...]

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.263.860/PA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 5/12/2014, destaquei.)

V. Nova dosimetria da pena

Constatada a violação legal, passo à readequação da pena, considerando que a reprimenda-base do recorrente ficou estabelecida, ante os fundamentos que declinei, em 5 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 541 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e de diminuição, razão pela qual torno **a reprimenda definitiva em 5 anos e 5 meses de reclusão mais 541 dias-multa.**

VI. Regime de cumprimento da pena

Em princípio, nesse ponto, esclareço que, ao proferir voto - que ficou vencido - no **AgRg nos EDcl no Resp n. 1.120.334 - MG (2009/0099400-0)**, externei convicção, amparada em precedente da relatoria da Ministra Assusete Magalhães (**EDcl no REsp n. 1.348.815/SP**, Rel. Ministra Assusete Magalhães, julgamento 15/8/2013, DJe 17/3/2014), de que **as normas** insertas na **Constituição Federal** (art. 105, III, "c"), no **Código de Processo Civil** (art. 541, parágrafo único) e no **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça** (art. 255, § 1º, "a" e "b", e § 2º), que tratam do cabimento do recurso especial pela divergência, **não trazem restrição à admissibilidade de arestos proferidos em *habeas corpus* servirem como paradigma para fins de demonstração de dissídio pretoriano.**

É certo – aduzi – que não se pode discutir, em recurso especial, matéria de natureza constitucional, nem de prova, nem de nenhuma outra legal ou jurisprudencialmente vedada. No entanto, não rara é a discussão exclusiva de tese jurídica em julgados proferidos em *habeas corpus*, a qual, muitas vezes, pode ser encontrada no embasamento de julgados de recurso especial. Entendo, nesse sentido, que eventuais dissimilitudes fáticas e/ou jurídicas devem ser analisadas caso a caso, o que não implica a imposição imediata de não conhecimento do recurso.

Logo, como bem consignado no aludido julgado desta Sexta Turma, "não é possível, no entanto, criar um óbice processual, prévio e generalizado, no sentido de que qualquer acórdão, proveniente de ***habeas corpus***, não será admitido, para fins de interposição do recurso especial, com base na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal." (destaques no original).

Feita, portanto, esta ressalva quanto ao meu entendimento pessoal, esclareço que "a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à **impossibilidade de acórdão proferido em sede de *habeas corpus*, mandado de segurança e recurso ordinário servir de paradigma para fins de alegado dissídio jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório**, eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no EREsp n. 998.249/RS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 3ª S., DJe 21/9/2012).

Assim sendo, entendo que este recurso especial não pode ser conhecido sob a alínea "c" do permissivo constitucional, pois o aresto colacionado como paradigma foi proferido em *habeas corpus*.

Ainda, registro que, conforme disposição dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando o recurso interposto estiver fundado em dissídio pretoriano, deve a parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência, bem como realizar o devido cotejo analítico, demonstrando de forma clara e objetiva a suposta incompatibilidade de entendimentos e a similitude fática entre as demandas.

No caso, o ora recorrente restringiu-se a colacionar julgado que teria sido solucionado de forma distinta do resultado do feito em análise, deixando de proceder ao cotejo analítico entre o acórdão recorrido e o *decisum* tido por divergente.

Dessa forma, torna-se inviável conhecer do recurso pela alínea "c" do art. 105, III, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

[...]

IV. Não houve o cotejo analítico entre o aresto impugnado e os acórdãos tidos por divergentes, providência necessária, para a demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, de acordo com o art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RISTJ.

V. Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.370.112/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T, DJe 8/8/2013, destaquei).

No que tange ao modo de cumprimento de pena, verifico que o Juiz sentenciante entendeu devida a fixação do regime inicial **fechado**, conforme a seguir descrito (fl. 197):

A gravidade do crime impõe o regime inicial fechado, estando, ainda, legalmente vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista na Lei n. 9714/98. Auspiciosa, aliás, uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretação teleológica, com vistas à compreensão do sentido e do espírito da lei, que não pretendeu alcançar crimes de intensa nocividade social, como as condutas tipificadas no art. 33 da Lei 11.43/06, afastando-se, também, a exegese precipitada e literal, segundo a qual a vedação da substituição estaria adstrita aos delitos praticados "com violência ou grave ameaça".

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve inalterada a imposição do modo inicialmente mais gravoso, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Imperioso salientar que, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, 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 e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 – se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

No caso, constato que as instâncias ordinárias entenderam devida a imposição do regime inicial fechado com base tão somente na hediondez do delito cometido e no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sem, no entanto, terem apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso.

Na espécie, entretanto, verifico que o recorrente, não obstante haver sido condenado a pena não excedente a 8 anos, possui circunstância judicial desfavorável (tanto que a pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal). Não há, portanto, nenhum ajuste a ser feito quanto ao modo de cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII. Dispositivo

À vista do exposto, conheço parcialmente do recurso especial (alínea "a") e, nessa extensão, por identificar a violação do art. 59 do Código Penal, dou-lhe parcial provimento, somente para diminuir a reprimenda-base e **tornar definitiva a pena em 5 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 541 dias-multa, pela prática do delito art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006** (Processo n. 1309/08, 9ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo – SP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0267220-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.292.054 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13092008 50080664300 664302008 990102849481

PAUTA: 01/03/2016

JULGADO: 01/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MARCOS FERREIRA DE BARROS
ADVOGADO	: REGINALDO BARBAO E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE	: MARCOS FERREIRA DE BARROS
ADVOGADO	: REGINALDO BARBAO E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.