



Recurso Especial Criminal nº 0001273-67.2015.8.19.0039
Recorrente: Johny Willian da Silva Bernardes Santos
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, tempestivo, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interposto em face de acórdão da 2ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, assim ementado:

“E M E N T A APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PEDIDOS: 1) ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS; 2) DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUCTA DEFINIDA COMO TRÁFICO DE DROGAS PARA A FIGURA TÍPICA PREVISTA NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06; 3) REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL.

I. Pretensão absolutória. Descabimento. Tráfico de drogas. Materialidade do delito e respectiva autoria na pessoa do apelante devidamente comprovadas nos autos pelas provas pericial e oral produzidas no curso da instrução criminal. Laudos que atestam a apreensão de 11,6g (onze gramas e seis decigramas, peso líquido total) de erva seca, picada e prensada em 05 (cinco) pequenos “tabletes”, acondicionados, cada um deles, em um saco de plástico incolor, fechado por nó e com uma etiqueta fixada com a inscrição “COMPLEXO DA SERRINHA”, e 03g (três gramas, peso líquido total) de material pulverulento de cor branca, distribuídos em 10 (dez) pequenos sacos de plástico incolor, parcialmente cobertos por segmento de papel com a inscrição “CAJUEIRO PÓ DE 5 FAVORITA





CVRL”, fechados por grampos metálicos, o que se soma à prova oral colhida durante a instrução criminal. Policiais militares que avistaram o apelante e o corréu Ronald Gomes em atitude suspeita, em um ponto de ônibus, tendo o apelante, ao perceber a aproximação da viatura policial, dispensado algo debaixo de um ônibus que se encontrava parado no local, fazendo com que os policiais desembarcassem da viatura e realizassem busca pessoal nos suspeitos, logrando êxito em encontrar com o apelante o valor de R\$ 10,00 (dez reais). Apelante que, diante disso, teria dito que havia saído da cadeia há pouco tempo e que a apreensão iria prejudicá-lo. Prova satisfatória. Drogas inquestionavelmente destinadas à difusão. Condenação pelo delito de tráfico de drogas mantida, tornando prejudicado, assim, o pleito subsidiário de desclassificação para o crime de posse de drogas para consumo pessoal.

II. Dosimetria. Pena-base corretamente afastada do mínimo legal. Inexistência de violação ao verbete 241 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, a exasperação se mostra proporcional e adequada, se considerada, ainda, a natureza de uma das substâncias apreendidas, cocaína, extremamente nociva à saúde pública. Observância ao artigo 42 da Lei n.º 11.343/06. Acréscimo de novos fundamentos a embasar a manutenção da pena-base. Possibilidade. Inexistência de reformatio in pejus. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Recurso desprovido.” (fls. 391/399)

Inconformado, o recorrente alega violação aos artigos 28 e 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, 155, 156 e 386, VII, do Código de Processo Penal, 59 e 61, I, do Código Penal e Súmula 241, do STJ, requerendo a sua absolvição ou a desclassificação do crime para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 ou a redução da pena-base no mínimo legal. (fls. 410/429)

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 435/459.





É o Relatório. Decido.

O acórdão recorrido manteve a condenação do réu, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, às penas 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias multa, à razão de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Assim, para a modificação da conclusão a que chegou o Colegiado, como pretende o recorrente, **em especial, à absolvição e à desclassificação**, importaria no revolvimento do conteúdo fático probatório do processo. Inexistindo arbitrariedade ou manifesta ilegalidade, é vedado às instâncias recursais superiores o reexame de provas, consoante a pacífica jurisprudência do STJ acerca do mesmo tema. Veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE NULIDADE DA INVASÃO DOMICILIAR. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REVISÃO DA CONCLUSÃO ADOTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE APROFUNDADO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INVIABILIDADE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Inviável o conhecimento da tese de nulidade da invasão domiciliar, tendo em vista que a matéria não foi debatida perante a Corte de origem, configurando inovação recursal e não preenchendo, portanto, o requisito do prequestionamento. "Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte."





(AgRg no AREsp n. 2.198.104/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023) 2. O Tribunal local entendeu estarem devidamente comprovadas tanto a autoria quanto a materialidade do delito de tráfico de drogas imputado ao agravante, ante o conjunto fático-probatório acostado aos autos, em observância aos princípios do devido processo legal substancial, do contraditório e da ampla defesa.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova" (AgRg no HC n. 672.359/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe 28/6/2021)".

4. Diante da fundamentação concreta e suficiente utilizada pela Corte local para amparar a condenação, a análise do pleito de absolvição ou desclassificação da conduta exigiria a desconstituição da interpretação dada ao caso pelas instâncias originárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência vedada na via estreita do recurso especial, que não admite o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, segundo estabelece a Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp n. 2.123.639/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/5/2024, DJe de 3/6/2024.)

A respeito da **revisão dosimétrica**, a jurisprudência do Superior de Tribunal de Justiça assentou o entendimento que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido



ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Neste sentido:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE DO INCREMENTO DA PENA-BASE. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

(...)

4. No que diz respeito ao quantum de aumento da pena-base, cumpre salientar que "o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. No entanto, o quanto de aumento, decorrente da negatização das circunstâncias, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena" (REsp 1.599.138/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/4/2018, DJe 11/5/2018).

(...)

6. Writ não conhecido.”

(HC 644.277/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021)





Assim, a leitura do acórdão impugnado revela que o entendimento adotado, acerca da **dosimetria**, encontra-se em perfeita harmonia com a orientação pacificada das instâncias superiores, bem como não afronta os artigos dito violados, não ensejando acesso às vias excepcionais, o que atrai a aplicação da **Súmula 83 do STJ** “*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*”. Nesse sentido:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. No caso, para que fosse possível a análise do pleito absolutório, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte.

2. De acordo com entendimento desta Corte, “havendo mais de uma condenação com trânsito em julgado, não há ilegalidade ou bis in idem qualquer na consideração de condenações distintas para fins de maus antecedentes e de reincidência” (REsp n. 1.596.509/SC, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 14/6/2016.)

3. Da insurgência relativa à execução provisória da pena não se pode conhecer, pois tal providência não foi determinada pela Corte de origem, o que denota a ausência de interesse recursal e de prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 211/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.”
(AgRg no AREsp n. 2.002.288/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 24/6/2022.)



“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. EXASPERAÇÃO DE PENA. INEXISTÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE.

1. Em relação aos delitos de tráfico de drogas, dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 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". Nesse sentido, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de reprovabilidade sobre a conduta delituosa.

2. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena-base na fração de 1/6, em virtude da apreensão de razoável quantidade de crack, além de algumas porções de cocaína e maconha, quantidade essa que, na hipótese, não pode ser considerada irrelevante ou pequena o suficiente a ponto de manter a neutralidade da aludida vetorial na primeira etapa do cálculo.

3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no HC n. 706.132/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, **Sexta Turma**, julgado em 15/2/2022, DJe de 18/2/2022.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS (COCAÍNA E CRACK). NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 42, DA LEI N. 11.343/06. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. 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 - Atento às peculiaridades relacionadas aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, o art. 42 anuncia parâmetros outros para o cálculo da pena-base, esclarecendo que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa.

III - As circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa. Na espécie, verifica-se que o v. acórdão impugnado, respeitando os critérios acima referidos, considerou a natureza dos entorpecentes apreendidos (crack e cocaína), para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ. Tal o contexto, sobretudo por se tratar de circunstância preponderante na fixação da reprimenda, não observo teratologia manifesta no cálculo da reprimenda a justificar a concessão da ordem.

IV - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no HC n. 694.438/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 17/11/2021.)





“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. AFASTAMENTO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. DESLOCAMENTO PARA O VETOR DOS MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO QUANTUM FINAL DA PENA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS.

1. "Nos termos da jurisprudência firme desta Corte Superior, não há se falar em reformatio in pejus, quando o Tribunal local, em sede de apelação exclusiva da defesa, inova na fundamentação empregada na dosimetria ou na fixação do regime prisional inicial, sem, contudo, agravar a situação final do condenado." (AgRg no HC 555.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 30/04/2020).

2. Na hipótese, a Corte a quo afastou a valoração negativa de duas circunstâncias judiciais - personalidade e conduta social do agente - e deslocou para o vetor dos maus antecedentes uma das condenações transitadas em julgado. Manteve a pena-base acima do mínimo legal, porém, em patamar inferior ao fixado na sentença condenatória.

3. Mesmo tendo alterado a fundamentação quanto à valoração negativa das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), o Tribunal de segunda instância não realizou qualquer incremento na sanção originalmente imposta ao réu, em nenhuma das fases da dosimetria.

4. Embargos de divergência providos.” (EResp 1648534/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 11/06/2021)

Além disso, eventual modificação da reprimenda, como na hipótese em comento, implicaria em reexame dos fatos, o que encontra óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:



“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUALIFICADORAS UTILIZADAS, DE FORMA RESIDUAL, PARA AGRAVAR A PENA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ERRO OU ILEGALIDADE. PENA APLICADA DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte tem entendido que a dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade, o que não se constata na hipótese em que o Tribunal de origem destacou fundamentação concreta e idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, destacando fundamentos que não integram o tipo penal.

(...)

3. A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos a cada um dos vetores, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, de modo que não há impedimento a que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial. Precedentes.

(...)

5. Inexistente erro ou flagrante ilegalidade na dosimetria da pena aplicada ao agravante, a desconstituição do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias que, diante das peculiaridades do caso concreto, destacaram fundamentação idônea para majorar a pena-base do recorrente, incide à espécie o enunciado n. 7 da Súmula/STJ, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

6. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no AREsp 1793922/MA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 23/03/2021)



À conta de tais fundamentos, **DEIXO DE ADMITIR** o recurso especial interposto.

Publique-se.

Desembargadora **SUELY LOPES MAGALHÃES**
Segunda Vice-Presidente
(Documento datado e assinado digitalmente)