



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 960.413 - ES (2016/0201311-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : ALEXANDRE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O entendimento consignado pelas instâncias originárias está em conformidade com a orientação firmada neste Tribunal Superior, segundo a qual *"A reincidência impede a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto um dos requisitos legais para a sua incidência é a primariedade do acusado"* (HC 360.200/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 1/9/2016, DJe 6/9/2016).

2. Agrado regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agrado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 28 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 960.413 - ES (2016/0201311-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : ALEXANDRE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ALEXANDRE DE OLIVEIRA contra decisão (e-STJ fls. 274/277) na qual neguei provimento ao agravo em recurso especial.

Depreende-se dos autos que o ora agravante foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos e 9 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto (e-STJ fl. 203). Isso porque, conforme consta da denúncia, foram apreendidos com o agravante *"uma sacola contendo 27 buchas de maconha, bem como as quantias de R\$ 36,00 (trinta e seis reais) em notas e R\$ 58,15 (cinquenta e oito reais e quinze centavos) em moeda"* (e-STJ fl. 204).

O magistrado de primeira instância deixou de aplicar a diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, sob o fundamento de que o acusado seria reincidente específico (e-STJ fl. 135).

Da decisão condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido. O Tribunal de origem deixou de considerar os maus antecedentes do ora agravante, consignando que ainda não havia trânsito em julgado do processo utilizado para tal (e-STJ fl. 209).

Eis os termos da seguinte ementa do referido julgado (e-STJ fls. 201/202):

EMENTA: APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS EM RELAÇÃO À AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BASE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO E QUANTIDADE DA DROGA QUE IMPOSSIBILITAM A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CP. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

- 1. Embora não concorde a defesa do apelante, compulsando os autos, verifico que tanto a autoria quanto a materialidade estão amplamente comprovadas nos autos, precipuamente pelos depoimentos harmônicos e coerentes dos policiais responsáveis pela diligência, os quais possuem fé pública.*
- 2. É vedada pela jurisprudência pacífica a majoração da pena base fundada em elementos abstratos ou genéricos.*
- 3. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, uma vez que não estão presentes todos os requisitos do art. 44 do CP.*
- 4. Recurso a que se dá parcial provimento.*

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, no qual alegou contrariedade ao disposto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Sustentou que *"não há comprovação de envolvimento do recorrente com atividade criminosa e nenhuma prova nesse sentido foi analisada na sentença de piso para fins de não prover ao recorrente o direito de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas"* (e-STJ fl. 217).

Inadmitido o recurso na origem, neguei provimento ao agravo em recurso especial interposto.

Daí o presente agravo regimental, no qual o agravante sustenta que, *"diante do afastamento dos antecedentes pelo Tribunal de Justiça do Espírito, restou desmotivada a não aplicação da causa de diminuição de pena"* (e-STJ fl. 287).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso contrário, a submissão da matéria ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 960.413 - ES (2016/0201311-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Não assiste razão ao agravante.

Conforme consignado na decisão ora agravada, a defesa sustenta que *"não há comprovação de envolvimento do recorrente com atividade criminosa e nenhuma prova nesse sentido foi analisada na sentença de piso para fins de não prover ao recorrente o direito de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas"* (e-STJ fl. 217).

No entanto, consta dos autos que o ora agravante é reincidente específico no crime de tráfico de entorpecentes.

Confira-se:

"Tratando-se de Acusado reincidente específico, não incide em seu favor a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei em voga." (e-STJ fl. 135).

"[...] Na terceira fase, insurge-se o réu no tocante a não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06.

Entretanto, com acerto agiu a magistrada, visto que a espécie da droga, a quantidade e as circunstâncias (quantia em dinheiro encontrada e acondicionamento da substância ilícita), sustentam a não aplicação da dita causa de diminuição, visto que demonstram claramente a característica de "dedicação às atividades criminosas". (e-STJ fl. 210)

Verifica-se, portanto, que o entendimento consignado pelas instâncias originárias está em conformidade com a orientação firmada neste Tribunal Superior, segundo a qual *"A reincidência impede a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto um dos requisitos legais para a sua incidência é a primariedade do acusado"* (HC 360.200/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016).

Nesse mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGA. REINCIDÊNCIA. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRANSITO EM JULGADO. JULGADO DO STF. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

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, o que não é o caso dos autos.

3. Tendo o paciente cumprido a pena definitiva anterior, o prazo de extinção dos efeitos da reincidência passa a ser computado da data do cumprimento da pena ou da extinção punibilidade e não mais da data do trânsito em julgado.

4. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

5. Reconhecida a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes.

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Hipótese em que Tribunal de origem, diante do quantum da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena aplicada (5 anos e 10 meses de reclusão), da reincidência do paciente, das circunstâncias concretas do delito e da quantidade das drogas apreendidas, fixou motivadamente o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas.

8. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. O STF, no julgamento do HC 126.292/SP, decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC 365.905/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 08/11/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). REINCIDÊNCIA DO AGENTE. VEDAÇÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM COM OUTRAS ETAPAS DA DOSAGEM DE PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, traz expressa previsão de aplicação da causa de redução de pena somente caso "o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". In casu, reconhecida a reincidência do agente, a aplicação do dispositivo em comento redundaria em expressa violação ao comando legal. Precedentes.

Por se tratar de vedação prevista em texto explícito de lei, não há falar em bis in idem pela utilização da reincidência do agente tanto para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 como para majorar a pena-base por valoração desfavorável das circunstâncias judiciais - caso haja mais de uma condenação irrecorrível, como na espécie -, ou ainda para fazer incidir a agravante genérica, na segunda etapa da dosimetria da pena. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 307.476/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016, grifei.)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0201311-2

AgRg no
AREsp 960.413 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00135062120138080024 024130123664 024130123664201600667448 03511131039787
24130123664 24130123664201600667448

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ALEXANDRE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ALEXANDRE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.