



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1526346 - SP (2019/0180947-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : T T DO N S
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL – CP). IRRELEVÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE DA DROGA (QUASE 5KG DE MACONHA). CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. ART. 46 DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA PELA APLICAÇÃO DO ART. 46 DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA. REEXAME DE PROVAS. LAUDO PERICIAL. ENTENDIMENTO DO CARÁTER ILÍCITO DA CONDOTA. CAPACIDADE PARCIALMENTE COMPROMETIDA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Plenário da Corte Suprema, no julgamento do RE n. 593.818/SC (Repercussão Geral), decidiu que, *"Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal"* (RE 593.818/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO - SESSÃO VIRTUAL, julgado em 18/8/2020, Ata de julgamento publicada no DJe de 1º/9/2020).

2. Firme nesta Corte o entendimento de que as condenações alcançadas pelo período depurador de cinco anos (art. 64, I, do Código Penal – CP) não configuram reincidência, mas são aptas a configurar os maus antecedentes do réu. Inafastável, portanto, a incidência do verbeo n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

3. Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante.

4. *In casu*, a utilização da quantidade da droga apreendida para

e elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga *"tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006"* (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. Inafastável a incidência da Súmula n. 7/STJ, para se acolher a tese de que o agravante não se dedica a atividades criminosas ou não pertence a organização criminosa.

6. Quanto à aplicação da fração de redução pela semi-imputabilidade do réu, o Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte. Ademais, a pretensão recursal encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

7. A quantidade da droga demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Vedada, ainda, a conversão da pena privativa de liberdade, porquanto a pena definitiva supera 4 anos de reclusão (art. 44, I, do CP).

8. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de outubro de 2020.

Joel Ilan Paciornik
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1526346 - SP (2019/0180947-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : T T DO N S
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL – CP). IRRELEVÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE DA DROGA (QUASE 5KG DE MACONHA). CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. ART. 46 DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA PELA APLICAÇÃO DO ART. 46 DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA. REEXAME DE PROVAS. LAUDO PERICIAL. ENTENDIMENTO DO CARÁTER ILÍCITO DA CONDUCTA. CAPACIDADE PARCIALMENTE COMPROMETIDA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Plenário da Corte Suprema, no julgamento do RE n. 593.818/SC (Repercussão Geral), decidiu que, *"Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal"* (RE 593.818/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO - SESSÃO VIRTUAL, julgado em 18/8/2020, Ata de julgamento publicada no DJe de 1º/9/2020).

2. Firme nesta Corte o entendimento de que as condenações alcançadas pelo período depurador de cinco anos (art. 64, I, do Código Penal – CP) não configuram reincidência, mas são aptas a configurar os maus antecedentes do réu. Inafastável, portanto, a incidência do verbatim n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

3. Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante.

4. *In casu*, a utilização da quantidade da droga apreendida para

e elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga *"tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006"* (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. Inafastável a incidência da Súmula n. 7/STJ, para se acolher a tese de que o agravante não se dedica a atividades criminosas ou não pertence a organização criminosa.

6. Quanto à aplicação da fração de redução pela semi-imputabilidade do réu, o Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte. Ademais, a pretensão recursal encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

7. A quantidade da droga demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Vedada, ainda, a conversão da pena privativa de liberdade, porquanto a pena definitiva supera 4 anos de reclusão (art. 44, I, do CP).

8. Agravamento regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida às fls. 706/715, em que foi negado provimento ao recurso especial, sob os seguintes fundamentos: que as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos afastam os efeitos da reincidência, mas configuram maus antecedentes; acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência deste STJ; incidência da Súmula n. 7/STJ; além da inoccorrência de *bis in idem* na terceira fase da dosimetria e porque justificada a imposição do regime fechado.

O agravante afirma que, a condenação utilizada para fins de maus antecedentes foi extinta há mais de 5 anos, sendo que os efeitos penais não podem perdurar eternamente e *"além da dignidade da pessoa humana e do caráter ressocializador da pena, esse quinquênio depurador trazido pelo artigo 64, inciso I, do Código Penal tem sido discutido e utilizado também para se afastar os maus antecedentes de uma pessoa – inclusive, esse entendimento de afastamento dos maus antecedentes após 5 (cinco) anos é tema de Repercussão Geral ainda não decidida no próprio STF, tendo chegado à Corte Suprema através do RE nº 593.818 RG/SC"* (fl. 725).

Aduz que a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, bem como aplicada a minorante da Lei Antidrogas, pois os fundamentos do acórdão são inidôneos e não é o

caso de reexaminar o conjunto de provas para se aferir a ilegalidade na dosimetria.

Assevera que *"a r. decisão do Tribunal Bandeirante, além de contrariar o disposto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei federal nº. 11.343/06, utilizando-se da quantidade de droga para negar a aplicação do referido redutor, também incorreu no odioso bis in idem , tendo em vista que utilizou-se da quantidade de entorpecente na primeira e terceira fases da dosimetria da pena"* (fl. 728).

Reitera que o parcial entendimento do réu sobre a conduta não caracteriza fundamento idôneo para afastar a redução máxima da pena pela causa de diminuição do art. 46 da Lei Antidrogas, e que a pena inferior a 4 anos permite a fixação do regime aberto, não se justificando o regime mais gravoso com base na gravidade abstrata do crime de tráfico.

Requer a modificação do regime e a conversão da pena corporal, uma vez que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, além da restituição ao proprietário dos valores e bens apreendidos, conforme documento à fl. 293 e diante das provas testemunhal e documental da origem lícita.

Pugna, por fim, pelo provimento do presente agravo regimental e do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

Em que pesem os argumentos veiculados no presente agravo regimental, não há como modificar a decisão ora agravada.

O tema do prazo depurador de 5 anos foi tratado no RE n. 593.818/SC (Repercussão Geral), no qual o Plenário da Corte Suprema, em recente julgamento, por maioria, decidiu que *"Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal"* (RE 593.818/SC, el. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO - SESSÃO VIRTUAL, julgado em 18/8/2020, Ata de julgamento publicada no DJe de 1º/9/2020).

Assim, conforme o consignado na decisão monocrática, firme nesta Corte o entendimento de que as condenações alcançadas pelo período depurador de cinco anos (art. 64, I, do Código Penal – CP) não configuram reincidência, mas são aptas a configurar os maus antecedentes do réu. Inafastável, portanto, a incidência do verbete n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Cito precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.

TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. PREVISÃO DO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO INCIDE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PRECEDENTES. INVIABILIDADE DE EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ALEGADA EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, PELA MAIOR GRAVIDADE DA CONDUTA. REGIME INICIAL FECHADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas. Precedentes.

2. Inviável a apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, porquanto, por expressa disposição da própria Constituição Federal (art. 102, inciso III), se trata de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. Não há que se falar em bis in idem pela exasperação da pena na segunda fase da dosimetria, em razão da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal), bem como pelo afastamento da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Como já enfatizado, trata-se de previsão legal que evidencia apenas a necessidade de individualização da pena, ante a maior gravidade da conduta. No caso, a paciente possui maus antecedentes e é reincidente, o que justifica a exasperação da pena na primeira e na segunda fases, bem como afasta a incidência da figura do tráfico privilegiado.

4. Quanto ao regime prisional, tendo em vista os maus antecedentes e a reincidência, devida a aplicação de regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 593.509/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. APTIDÃO PARA CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 83 DO STJ. PRETENSÃO DE REDUZIR PENA PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Com efeito, "a jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, como no presente caso, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração

de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (AgRg no REsp 1.719.831/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018). Incidência da Súmula 83 do STJ.

2. Corte originária asseverou que a pena pecuniária em 02 (dois) salários-mínimos é proporcional e razoável, não existindo nenhum "argumento plausível que justifique a redução do valor da pena pecuniária para um salário mínimo". Desse modo, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões do especial, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, situação vedada pela Súmula 7 do STJ.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1.306.931/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/9/2018).

Consoante o consignado no *decisum* agravado, a teor do disposto no art. 42 da Lei Antidrogas e em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e natureza da droga pode ser utilizada para o afastamento da causa de diminuição do 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, constituindo fundamentação idônea.

No caso, o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, firmada no sentido de que a natureza e quantidade de entorpecente, aliadas às demais circunstâncias da apreensão, demonstra a dedicação do agente à atividade criminosa, como ocorre na presente hipótese.

Ademais, neste contexto de atuação do réu, não sendo o caso de traficante eventual (fl. 522), a consideração desta circunstância na terceira fase não importa em *bis in idem*.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma

sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas 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. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade de drogas apreendidas (2,206 kg de cocaína), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever esse entendimento demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes.

IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 481.005/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1º/4/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE
DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE
DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.
11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE
DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO
ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O
RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO
DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE
COM A VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS.
INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES.
ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL.

INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO EM LEI. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

- Inexiste o suscitado bis in idem, porquanto o reconhecimento do tráfico privilegiado foi negado ao paciente, não apenas em virtude da expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas - 119,8 gramas de maconha, 44,2 gramas de cocaína e 26 gramas de crack (e-STJ, fl. 4) -, mas também em virtude das circunstâncias que levaram à sua prisão em flagrante - em local conhecido pela polícia como ponto de tráfico de drogas, com os entorpecentes já fracionados e prontos para revenda (46 porções de maconha, 13 pinos de cocaína e 209 porções de crack), além de numerário e de uma caderneta na qual havia anotações relacionadas à mercancia -, associado ao fato de ele não haver comprovado o exercício de atividade lícita, tudo isso a indicar que o paciente não se tratava de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à referida minorante. Precedentes.

- Apesar de o montante da pena (5 anos de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime prisional mais gravoso, haja vista a gravidade concreta da conduta perpetrada, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, que é unânime no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta. Precedentes.

- É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não atendimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

- Agravo regimental não provido (AgRg no HC 607.585/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/9/2020).

De outra parte, para se acolher a tese de que o agravante não se dedica a atividades criminosas ou não pertence a organização criminosa, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial, o teor do verbete n. 7 da Súmula do STJ. Confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART.42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

2. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n.11.343/2006. No caso, as quantidades de 7,58 kg e de 5,3 kg de maconha se mostraram exacerbadas para o tipo, justificando as penas-base fixadas nos patamares de 7 anos e 6 meses para o primeiro agravante e de 6 anos para o segundo agravante.

3. Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante.

4. In casu, a utilização da quantidade da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. Verifica-se que o Tribunal a quo negou o benefício, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, diante da quantidade da droga apreendida e circunstâncias do fato, de maneira que entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos.

Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

6. Mantida a pena definitiva do segundo agravante em 6 anos de reclusão, "o regime fechado (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante" (HC 361.407/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe de 2/9/2016).

7. Agravo regimental desprovido (AgRg no AgRg no AREsp 1.672.657/RO, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 10/8/2020).

Também aplicável a Súmula n. 7 desta Corte, quanto à alegação de que os valores apreendidos tinham origem lícita, devendo ser restituídos, pois imprescindível o reexame do conjunto probatório dos autos. Sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO PREJUDICADA. SÚMULA N. 83 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP E RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENDIDOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A superveniência da sentença penal condenatória (confirmada em apelação criminal) torna esvaída a pretensão de reconhecimento de inépcia da denúncia. Súmula 83 do STJ. Precedentes.

2. A condenação do ora agravante foi embasada tanto em elementos informativos quanto em provas colhidas sob o crivo do contraditório judicial. Ademais, para entender pela absolvição do réu, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório amealhado aos autos, procedimento vedado em recurso especial, por força da Súmula n. 7 do STJ.

3. Para concluir pela origem lícita do dinheiro apreendido com réu e declarar ilegal o perdimento de bens, seria imprescindível o reexame do acervo fático-probatório amealhado aos autos, procedimento vedado em recurso especial, consoante adrede mencionado.

4. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no AREsp 879.614/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 14/2/2020).

Quanto à aplicação da fração de redução pela semi-imputabilidade do réu no grau máximo, o acórdão consignou que *"conforme trazido pelo próprio laudo pericial (fls. 45/46 dos autos em apenso), a perturbação mental do paciente não se mostrou acentuada, mas apenas sua capacidade de entendimento parcialmente tolhida, motivo pelo qual mantida a fração operada pelo d. Juiz de piso [...]"* (fl. 592). Destarte, reitero que o Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a fração vai estabelecida de acordo com o grau de incapacidade do réu.

Por outro lado, a pretensão recursal encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 46 DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA PELA APLICAÇÃO DO ART. 46 DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA. LAUDO QUE INDICA A CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO DO CARÁTER ILÍCITO DA CONDUTA, MAS NÃO A CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO PLENA. ADEQUAÇÃO. CONCLUSÃO DIVERSA QUE DEMANDARIA INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. RÉU REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - As instâncias ordinárias apresentaram fundamentação idônea para aplicar ao caso a redução da pena na fração de 1/3, pela incidência do art.

46 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a existência de laudo indicando que o paciente era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito da conduta, apenas não conseguia autodeterminar-se de forma plena. De outro lado, rever o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias acerca do ponto implicaria incursão no acervo fático-probatório, tarefa inviável na via estreita do habeas corpus.

- Nos termos do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais, entendimento aplicável ao caso dos autos.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento de pena (HC 430.984/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 12/4/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DETRAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INCONFORMISMO DA PARTE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A ORDEM PÚBLICA. ART. 46 DA LEI N. 11.343/2006. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO

PROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento de que para admissão do recurso especial com base no art. 619 do Código de Processo Penal, a omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição devem ser notórias, ou seja, imprescindíveis para o enfrentamento da questão nas Cortes superiores. No presente caso, não é o que se verifica, tratando-se, pois, de mero inconformismo da parte.

2. Outrossim, ressalte-se que cabe ao julgador fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação utilizada, nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, devendo ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo decisum, como ocorre in casu. 3. No presente caso, o pedido de detração da pena foi postulado após o julgamento da apelação, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

4. A segregação cautelar está adequadamente motivada com base em elementos concretos extraídos dos autos, notadamente diante da grande quantidade da droga apreendida (24.566 g de cocaína). Precedentes.

5. No que diz respeito à violação do art. 46 da Lei n. 11.343/2006, a pretensão encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, não sendo possível, em recurso especial, avaliar se o agravante possuía plena capacidade de compreender a ilicitude do fato, sem que se proceda ao reexame fático-probatório dos autos. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 454.273/PI, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/9/2018).

Por fim, no que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena, a quantidade da droga demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Além desta circunstância do art. 42 da lei Antidrogas, destaco que o réu ostenta maus antecedentes.

O pedido de conversão da pena privativa de liberdade fica vedado, porquanto a pena definitiva supera 4 anos de reclusão (art. 44, I, do CP). A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E O NOVO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade III - A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

IV - Na espécie, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, ausente, portanto, notória ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

V - Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

VI - In casu, a redutora de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada, em razão dos maus antecedentes criminais do paciente, fundamentação consonante ao entendimento firmado no âmbito deste Tribunal. Precedentes.

VII - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

VIII - O regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que, não obstante o montante final da pena autorizar o regime semiaberto, o paciente detém circunstância judicial desfavorável, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

IX - Considerando a fixação da reprimenda em patamar superior à 4 (quatro) anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art.44, inciso I, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido (HC 468.990/SP,

Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe
14/12/2018).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2019/0180947-4

AgRg no
AREsp 1.526.346 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000714920178260602 19/2017 192017 714920178260602

EM MESA

JULGADO: 13/10/2020
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : T T DO N S
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : T T DO N S
ADVOGADOS : ANDRÉ RICARDO DE LIMA DEVIDÉ - SP285379
MAURICIO RICARDO DE ALMEIDA - SP381673
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.