



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.482.954 - SP (2019/0109782-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : BENICIO ALVES
ADVOGADOS : DOUGLAS AMOYR KHENAYFIS FILHO - SP314983
DANIEL VITOR ZANDERICO E OUTRO(S) - SP369055
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIO. PARCIALIDADE DO JUIZ NÃO CONSTATADA. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. NULIDADES AFASTADAS. PREJÚZO PARA A DEFESA. NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. AUMENTO JUSTIFICADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DIVERSA DA TRATADA NO ARE N. 666.334 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não existe ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil – CPC e art. 3º do Código de Processo Penal – CPP, os quais autorizam o relator negar provimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado, deficientemente fundamentado, em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, como é o caso dos autos. Ainda que assim não fosse, a interposição do agrado regimental leva ao órgão colegiado o julgamento do recurso especial, afastando qualquer nulidade eventualmente existente.

2. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

3. *"A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que deve ser demonstrada a efetiva necessidade da realização de perícia toxicológica, com base em elementos concretos, o que não se deu na hipótese em exame"* (HC 402.245/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/8/2017).

4. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda, o que não ocorre nestes autos. As circunstâncias da quantidade e da natureza da droga constituem fundamento idôneo para aumentar a pena-base, nos termos do art. 42 da Lei Antidrogas e em consonância com a jurisprudência desta Corte.

5. 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.

6. Verifica-se que o Tribunal *a quo* manteve o afastamento do benefício, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, diante da quantidade e da natureza droga apreendida e das 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.

7. A utilização concomitante da quantidade de 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).

8. A quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso para o início de cumprimento da pena, no caso o fechado, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

9. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os 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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 19 de setembro de 2019(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.482.954 - SP (2019/0109782-7)

AGRAVANTE : BENICIO ALVES
ADVOGADOS : DOUGLAS AMOYR KHENAYFIS FILHO - SP314983
DANIEL VITOR ZANDERICO E OUTRO(S) - SP369055
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida (fls. 581/589), que negou provimento ao recurso especial pela incidência das Súmulas ns. 7 e 83 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, pela impossibilidade de redução da pena-base e aplicação da causa de diminuição da pena e em razão de estar justificada a fixação do regime mais gravoso fechado com fundamento na quantidade e natureza da droga.

A defesa alega que a decisão monocrática causou prejuízo ao réu, pois a matéria deveria ser submetida ao conhecimento do órgão julgador, de acordo com o princípio da colegialidade, e o exame do recurso não demanda qualquer revolvimento fático-probatório.

Aduz que, em relação à dosimetria da pena, *"até mesmo o Ministério Público Federal se posicionou favoravelmente ao recurso neste ponto específico, pleiteando que fosse afastado o aumento da fase inicial da dosimetria devia a ínfima quantidade de entorpecente!"* (fl. 601).

Sustenta a nulidade da sentença, sendo que *"não se tratou de insatisfação pela inversão da ordem, mas sim pela total parcialidade do juiz de piso, que foi agressivo e desrespeitoso com o agravante durante seu interrogatório, demonstrando que a matéria não fora corretamente analisada pela turma julgadora da segunda instância"* (fl. 604), a realização do exame toxicológico era de extrema importância e o indeferimento ocorreu com base em fundamentação inidônea, resultando em prejuízo à ampla defesa.

Assevera que o agravante preenche os requisitos da minorante e *"devido o fato do agravante não ostentar condenações transitadas em julgado, não existe óbice para não aplicar o sobredito privilégio. Além do mais, o juiz de piso fundamentou a sua não aplicação com base no "modus operandi" do agravante e que haviam supostas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denúncias anônimas contra o mesmo, sendo estas fundamentações totalmente inidôneas, pois não existem nos autos indícios de que o mesmo já efetuava o tráfico de drogas" (fl. 610), além de a quantidade não ser justificativa para impedir a redução da pena, esta circunstância já foi utilizada para majorar a pena-base e a nova utilização na terceira fase acarreta *bis in idem*.

Alega, ainda, que a pena-base deve ser reduzida, pois as circunstâncias judiciais são favoráveis e *"a decisão baseou-se apenas em fundamentações e arguições genéricas baseadas apenas em opiniões próprias e sem respaldo legal, sendo considerada inidônea uma fundamentação nestes moldes, além da droga apreendida ter sido evidentemente ínfima"* (fl. 614).

Afirma que o regime fechado foi imposto em razão da gravidade abstrata do crime, sendo autorizado no presente caso o regime semiaberto.

Requer, assim, reconsideração da decisão agravada ou a remessa do feito à apreciação da Turma a fim de que o agravo seja provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.482.954 - SP (2019/0109782-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

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

Sobre a análise do recurso especial por decisão monocrática, consoante o entendimento desta Corte, não existe ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil – CPC e art. 3º do Código de Processo Penal – CPP, os quais autorizam o relator negar provimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado, deficientemente fundamentado, em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, como é o caso dos autos. A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRARIEDADE AO ART. 16 DO CP. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. REPARAÇÃO NÃO INTEGRAL DO DANO. AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE. INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea "b", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que permite ao relator negar provimento ao recurso quando a pretensão recursal esbarrar em súmula do STJ ou do STF, ou ainda, em jurisprudência dominante acerca do tema.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 979.835/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 21/10/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 568/STJ. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR 7/STJ. TEMA NÃO SUSCITADO NAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO CONFIGURADA. AGENTE COM MAUS ANTECEDENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relator dar ou negar provimento ao recurso em virtude da decisão impugnada estar em consonância com jurisprudência dominante da Corte Suprema ou de Tribunal Superior, nos termos da Súmula 568/STJ.

[...]

4. *Agravo regimental desprovido* (AgRg no REsp 1593353/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/9/2016).

Ainda que assim não fosse, a interposição do agravo regimental leva ao órgão colegiado o julgamento do recurso especial, afastando qualquer nulidade eventualmente existente. Cito precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. CRIME CONTINUADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ESPAÇO TEMPORAL ENTRE OS DELITOS SUPERIOR A TRINTA DIAS. CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO. REVOLVIMENTO DE PROVAS DESNECESSÁRIO. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. REVALORAÇÃO DOS FATOS EXPRESSAMENTE DELINEADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *Inexiste maltrato ao princípio da colegialidade, pois, consoante disposições do Código de Processo Civil e do Regimento Interno desta Corte, o relator deve fazer um estudo prévio da viabilidade do recurso especial, além de analisar se a tese encontra plausibilidade jurídica, uma vez que a parte possui mecanismos processuais de submeter a controvérsia ao colegiado por meio do competente agravo regimental. Ademais, o julgamento colegiado do recurso pelo órgão competente supera eventual mácula da decisão monocrática do relator.*

[...]

8. *Agravo regimental improvido* (AgRg no REsp 1419834/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2017).

Quanto à nulidade do feito e necessidade de exame toxicológico, o agravante alega que o magistrado foi parcial no interrogatório, desrespeitoso e agressivo, bem como seria comprovada a dependência química mediante a sua realização. No ponto, o Tribunal de origem consignou que não restou constatada parcialidade do juiz e o réu não demonstrou o prejuízo ou a imprescindibilidade do exame. Assim, reitero que a Corte Estadual decidiu em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, firme no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

De outra parte, a modificação do entendimento do acórdão demandaria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, tarefa que encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO N. 182 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão que inadmitiu o Recurso Especial assentou a deficiência na fundamentação do apelo nobre e a necessidade de revolvimento de fatos e provas para a análise do pleito, o que fez incidir os óbices das Súmulas n. 284/STF e 7/STJ. No entanto, no agravo em recurso especial, a defesa limitou-se a reiterar os argumentos apresentados no apelo excepcional.

2. Deixando a parte agravante de impugnar especificamente os fundamentos da decisão impugnada na origem, é de se aplicar o Enunciado n. 182 da Súmula deste Superior Tribunal.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INQUIRÇÃO DIRETAMENTE PELO TOGADO SINGULAR. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA DA DEFESA. MÁCULA SUSCITADA APENAS NAS ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO CONCRETO AO RÉU. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão. Precedentes do STJ e do STF.

2. No caso dos autos, tendo a defesa anuído com a manutenção do sistema presidencialista de inquirição, não arguido tempestivamente a matéria, e tampouco demonstrado eventual dano concreto acarretado ao agravante, não há que se falar em invalidação do ato, como requerido na impetração. Inteligência dos artigos 571 e 563 do Código de Processo Penal.

PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso, o acórdão estadual concluiu acerca da suficiência de provas que corroborassem a acusação, destacando as palavras coerentes da vítima, aliada aos demais depoimentos e provas carreadas aos autos, que orientaram no sentido de sua condenação pela prática delitiva.

2. Dessa forma, a pretensão defensiva de absolvição, com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, dependeria de novo exame do conjunto fático-probatório carreado aos autos, providência vedada conforme o enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo improvido (AgRg no AREsp 1.410.723/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 7/5/2019).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que deve ser demonstrada a efetiva necessidade da realização de perícia toxicológica, com base em elementos concretos; o que não se deu na hipótese em exame, onde o magistrado destacou a realização do pleito sem que se apresentasse indícios que denotassem a dependência química dos agentes.

2. A simples alegação da condição de usuário não constitui elemento suficiente para justificar a realização da perícia toxicológica.

Ademais, afastar o fundamento da decisão que indeferiu o pedido da defesa exigiria revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via escolhida.

4. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

5. In casu, a prisão provisória que não se justifica ante a ausência de fundamentação idônea. A simples menção à necessidade de resguardo a ordem pública, aplicação da lei penal e instrução criminal, desassociada de circunstâncias do caso concreto que denotassem maior gravame ao bem jurídico tutelado, não serve para justificar a medida constritiva.

6. Do mesmo modo, a quantidade de entorpecentes apreendidos foi mencionada apenas para constatar a existência de materialidade delitiva, não constituindo motivação apta a determinar a custódia. Precedentes.

7. Ordem parcialmente concedida, a fim de que os pacientes possam aguardar em liberdade o julgamento, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma ou mais dentre as medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade (HC 402.245/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/8/2017).

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.

Na hipótese, conforme consignado no *decisum* agravado, as instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias consideraram as circunstâncias da quantidade e da natureza da droga, as quais mostraram-se exacerbadas para o tipo. O fundamento para aumentar a pena-base é respaldado pela jurisprudência desta Corte. Confira-se, a propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE EM 6 (SEIS) MESES EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006. SÚMULA 568/STJ. PEDIDO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

2. No caso, observa-se que a pena-base afastou-se 6 meses do mínimo legal com base na importante quantidade e variedade de drogas apreendidas (17,21g de maconha e 93,82g de cocaína), não havendo qualquer ilegalidade no referido aumento que deve ser mantido em respeito à discricionariedade do julgador.

3. Incidência da Súmula 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

4. "É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida" (AgRg no AREsp 199.440/MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 5/9/2012).

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 847.132/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1º/8/2016).

Na terceira fase, o Tribunal de origem concluiu que não se viabiliza a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 adotando os seguintes fundamentos

Já terceira fase, o magistrado deixou corretamente de aplicar a causa de redução de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, pois, apesar de o acusado ser primário e não ter maus antecedentes, bem como inexistirem evidências de que esteja envolvido com organização criminosa, a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos, evidencia que ele se dedica à atividade criminosa de maneira habitual, até porque não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de drogas, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afasta definitivamente a possibilidade de reconhecimento de tal benefício (fls. 464/465).

In casu, as instâncias ordinárias concluíram que o réu se dedicava a atividades criminosas, ao argumento de que a natureza e quantidade da droga demonstra o envolvimento do réu na traficância, não sendo um caso eventual, restando afastada a aplicação da minorante.

Com efeito, esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliados às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, como ocorre no caso destes autos. A propósito:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, segundo a qual considerou a elevada quantidade de droga apreendida (653g de maconha na forma de 5 tijolos), não se tratando de pequeno traficante.

2. [...]

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 968.331/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/3/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVANTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

1. - De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. - A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa (HC n. 356.145/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. - Na hipótese, a Corte local deixou de aplicar a referida causa especial de diminuição da pena respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com observância, ainda, aos pormenores da situação concreta, destacando a elevada quantidade de droga apreendida - 102,96g (cento e dois gramas e noventa e seis centigramas) de cocaína, contexto a demonstrar que o réu, embora primário, estaria envolto nas atividades criminosas. 4. - Não pode esta Corte Superior desconstituir os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem sem ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

5. - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 463.561/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1/2/2019).

Reitero que, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, seria inevitável o reexame das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

O agravante sustenta a existência de *bis in idem* sob o argumento de que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não foi aplicada em razão da quantidade de entorpecente apreendida, elemento que também teria sido considerado no aumento da pena-base.

In casu, a pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade e natureza da droga (fl. 463), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão do fato destas circunstâncias demonstrarem que o réu não preenche os requisitos legais por se dedicar à atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. Ressalte-se que a utilização concomitante da quantidade de 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- **Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade elevada da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade da droga apreendida (136 tijolos de maconha, pesando 156,8 kg), pelos maus antecedentes do acusado e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.**

- É de ser mantido o regime prisional fechado, pois o acórdão recorrido destacou a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na elevada quantidade da droga apreendida (136 tijolos de maconha, pesando 156,8 kg) e nos antecedentes do acusado, apontando, dessa forma, a presença de elementos válidos que recomendam o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido (HC 342.870/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/4/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA. DECURSO DE LAPSO SUPERIOR A 5 ANOS ENTRE O TÉRMINO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E A DATA DO NOVO CRIME. RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO VÁLIDO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DIVERSA DA TRATADA NO ARE N. 666.334 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. 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 – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É firme no Superior Tribunal de Justiça a orientação jurisprudencial no sentido de que as condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo de 5 anos previstos no art. 64, inciso I, do Código Penal, constituem fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base. Embora esse período afaste os efeitos da reincidência, não o faz quanto aos maus antecedentes. Precedentes.

3. "A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento válido e suficiente para comprovar os maus antecedentes e a reincidência, motivo pelo qual não há que se falar em constrangimento ilegal na aferição negativa desse elemento" (HC 396.780/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/8/2017).

4. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura bis in idem. Trata-se de hipótese diversa daquela 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. A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do Código Penal – CP e em consonância com o entendimento desta Corte.

In casu, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pela Corte estadual, pois, embora o quantum de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos, permita, em tese, a fixação do regime semiaberto, os fundamentos apresentados pelo Tribunal de origem revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade de drogas apreendidas (10kg e 630g de maconha), justificando a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

6. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP) 7. Habeas corpus não conhecido (HC 433.786/SP, desta relatoria, QUINTA TURMA, DJe de 10/12/2018).

Sobre o regime, também firme nesta Corte o entendimento de que a natureza e a quantidade do entorpecente constituem fundamentação idônea para justificar o regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto nos artigos 33, §§ 2º e 3º, do CP e 42 da Lei Antidrogas.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. 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. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade, na variedade dos entorpecentes apreendidos - 210,30 g de cocaína e 201,90 g de maconha, a granel e em porções de variados tamanhos -, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. Embora a paciente seja primária e pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.

5. É inadmissível a substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 511.972/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 13/8/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido (HC 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 23/5/2017).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0109782-7 PROCESSO ELETRÔNICO **AgRg no**
AREsp 1.482.954 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013097620178260417 13097620178260417 482/2017 4822017

EM MESA

JULGADO: 19/09/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : BENICIO ALVES
ADVOGADOS : DOUGLAS AMOYR KHENAYFIS FILHO - SP314983
DANIEL VITOR ZANDERICO E OUTRO(S) - SP369055
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 : BENICIO ALVES
ADVOGADOS : DOUGLAS AMOYR KHENAYFIS FILHO - SP314983
DANIEL VITOR ZANDERICO E OUTRO(S) - SP369055
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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.