



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 942.291 - SP (2016/0169906-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : DEIVID DONIZETE CARRERAS
ADVOGADO : ERIC ANTUNES PEREIRA DOS SANTOS - SP191792
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. ÓBICE INTRANSPONÍVEL DA SÚMULA 7 DESTA CORTE. UTILIZAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA VEDAR O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ao contrário do afirmado pelo agravante, os argumentos declinados nas razões do recurso especial a fim de sustentar a tese de que a droga apreendida se destinava ao consumo próprio, e não ao tráfico, demandariam sim a análise dos fatos, das circunstâncias e das provas amealhadas aos autos, mostrando-se insuperável o empecilho da Súmula 7/STJ.

2. Esta Corte já se manifestou no sentido de permitir a utilização dos maus antecedentes para majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria e também para vedar o reconhecimento do tráfico privilegiado, não havendo se falar em *bis in idem*. Precedentes

3. A necessidade do regime mais gravoso baseou-se na a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das substâncias apreendidas - 19,4g de cocaína, na forma de *crack*, e 45g de maconha - que, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento, na terceira etapa da dosimetria, da minorante do privilégio. Precedentes.

4. Desse modo, a decisão agravada deve ser mantida incólume por seus próprios termos.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 942.291 - SP (2016/0169906-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : DEIVID DONIZETE CARRERAS
ADVOGADO : ERIC ANTUNES PEREIRA DOS SANTOS - SP191792
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por DEIVID DONIZETE CARRERAS contra a decisão de e-STJ fls. 438/444, que conheceu do seu agravo para negar provimento ao recurso especial.

Em suas razões recursais, a defesa aponta "que INEXISTE NOS AUTOS QUALQUER ELEMENTO DE PROVA NO SENTIDO QUE O ENTORPECENTE APREENDIDO FOSSE DESTINADO AO COMÉRCIO. Ao contrário, foi sobejamente demonstrado que o Agravante era dependente das substâncias apreendidas em seu poder. Assim, forçoso concluir que a convicção judicial não adveio da prova produzida no curso da instrução processual, mas de meras ilações e suposições baseadas em simples indícios" (e-STJ fl. 448). Argumentou, assim, ser desnecessário o revolvimento do acervo probatório, já que o próprio tribunal reconheceu a ausência de provas para a condenação do agravante.

Aduz que a utilização dos maus antecedentes para majorar a pena-base e para vedar o reconhecimento do tráfico privilegiado afronta as bases do direito penal e processual penal vigente, além do princípio que veda o *bis in idem*.

Alega, por fim, que "a gravidade do delito e natureza do entorpecente apreendido são ínsitos ao próprio tipo penal e já foram sopesados pelo legislador para a fixação dos limites mínimo e máximo da reprimenda a ele atribuída, de modo que não pode ser utilizada como parâmetro para vedar a fixação dentro dos limites previstos pelo artigo alhures invocado" (e-STJ fl. 451). Ressaltou, ainda, que a quantidade de entorpecente apreendida foi pequena, não sendo passível de exasperar o regime inicial de cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pugna, assim, em caso de ausência de reconsideração, pela apreciação da decisão agravada pelo colegiado da Quinta turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 942.291 - SP (2016/0169906-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida, nos termos a seguir transcritos (e-STJ fls. 438/444):

Trata-se de agravo interposto por DEIVID DONIZETE CARRERAS em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o recorrente, denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, foi, em primeira instância, condenado à pena de advertência pela prática do delito do art. 28 da já referida lei de drogas.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação, o qual restou provido para condenar o recorrente por infração ao art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 337/349).

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, apontou o recorrente afronta ao art. 155 do Código de Processo Penal, por entender inexistente nos autos qualquer elemento de prova de que as substâncias apreendidas destinavam-se ao comércio, motivo pelo qual pleiteia a sua absolvição.

Alegou ofensa ao art. 68 do Código Penal, sob o argumento de que os maus antecedentes tanto foram utilizados para majorar a pena-base na primeira fase, quanto para impedir a aplicação da redutora do tráfico privilegiado, o que configuraria a ocorrência de bis in idem. Pugnou, assim, pela aplicação, na terceira fase, do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Aduziu, ainda, violação ao art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, em virtude da fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, com base na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

As contrarrazões foram apresentadas (e-STJ fls. 373/377), e o Tribunal local inadmitiu o recurso especial (e-STJ fls. 385/386), por incidência dos enunciados sumulares n. 284/STJ e 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No agravo (e-STJ fls. 399/407), o recorrente rebate as razões que levaram à inadmissão do recurso.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ fls. 434/436), nos termos da seguinte ementa:

AREsp. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. Pretensões de desclassificação da conduta de tráfico para uso, reconhecimento do tráfico privilegiado e reforma da pena e do regime prisional, que demandam aprofundamento no acervo fático-probatório dos autos. Súmula nº 7 do STJ. Parecer pelo desprovimento do agravo em recurso especial.

É o relatório. **Decido.**

O recurso é tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

Inicialmente, registre-se que, nos termos da Súmula n. 568 desta Corte, "o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

Não assiste razão ao recorrente.

Extrai-se dos autos que o Tribunal a quo, ao reformar a sentença para condenar o ora agravante pela prática do crime de tráfico assim o fez, nos termos seguintes (e-STJ fls. 306/307):

[...]

Com efeito, a quantidade estupefacientes apreendidos, o modo como estavam acondicionados, o dinheiro encontrado sem a demonstração de sua origem lícita e o local em que ocorreu a prisão, além das condições sociais e pessoais do inculpaado, são suficientes para demonstrar que seriam destinados ao consumo de terceiros.

Assim, para esta Corte Superior de Justiça desclassificar a conduta do recorrente para o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, teria, necessariamente, de esmerilar todo o conjunto probatório e fático, o que é, terminantemente, vedado pelo óbice da Súmula n. 7:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As provas colhidas no curso da instrução criminal, as declarações das vítimas e as das testemunhas foram suficientes para que se firmasse o convencimento das instâncias ordinárias pela imputação da autoria ao recorrente. Alterar tal entendimento implica revolvimento de provas, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ. 2. Quanto à alínea "c", o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso também não reúne condições de admissibilidade, uma vez que o dissídio jurisprudencial não restou caracterizado na forma exigida pelo art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c o art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.3. Agravo regimental a que se nega provimento.(AgRg no AREsp 555.996/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 3/3/2015, DJe 12/3/2015).

Quanto à alegação de ocorrência de bis in idem, esta Corte já se manifestou no sentido de permitir a utilização dos maus antecedentes para majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria e também para vedar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. REGISTRO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, exige que o condenado preencha cumulativamente os requisitos legais, quais sejam, ser primário, tenha bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

3. Na espécie, verifica-se que as instâncias de origem negaram a incidência da referida minorante, em razão dos maus antecedentes do paciente. Assim, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse em comento.

4. Não há falar em bis in idem na utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado, por expressa previsão legal.

5. O art. 33, § 3º, do CP dispõe que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Assim, conquanto tenha sido aplicada pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, o registro de circunstância judicial negativa - sopesada na primeira fase da dosimetria (maus antecedentes) -, impede a concessão, desde logo, do regime prisional semiaberto para seu cumprimento; dessa maneira, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 327.810/SP, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 2/2/2016) - (grifei)

Por fim, igualmente não assiste razão ao recorrente quanto ao pleito de fixação de regime mais benéfico para o cumprimento da reprimenda.

Extrai-se dos autos que a Corte local, ao reformar a sentença, fixou o regime fechado nos seguintes termos (e-STJ fl. 324):

A fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se justifica no caso em comento pela natureza e relevante quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

Pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que, no julgamento do recurso de apelação, o Tribunal local fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, ao destacar que a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das substâncias apreendidas - 19,4 g de cocaína, na forma de crack, e 45 g de maconha - que, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento, na terceira etapa da dosimetria, da minorante do privilégio, enseja uma maior repressão estatal, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Assim, inexistente ilegalidade a ser sanada, uma vez que esta Corte tem decidido que, em se tratando do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie dos entorpecentes apreendidos podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. **Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido. (HC 385.934/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

(...)

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 59 pinos de crack, 138 porções de maconha e 9 invólucros de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 371.857/SP, Rel. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017) - grifei.

*Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.*

Publique-se.

Intimem-se.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0169906-0

AgRg no
AREsp 942.291 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0026111 199082820098260196 26111 90000400820098260196 9392009 RI002PP611XG1

EM MESA

JULGADO: 21/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DEIVID DONIZETE CARRERAS
ADVOGADO : ERIC ANTUNES PEREIRA DOS SANTOS - SP191792
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 : DEIVID DONIZETE CARRERAS
ADVOGADO : ERIC ANTUNES PEREIRA DOS SANTOS - SP191792
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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.