



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.259.578 - SP (2018/0052766-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : LUCAS CALIEL GOMES GARCIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES ALIADAS ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. *BIS IN IDEM* NÃO CONFIGURADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Na hipótese, a Corte de origem concluiu que o agravante se dedica à atividades criminosas, em razão da quantidade e variedade da droga apreendida aliada às demais circunstâncias do delito, notadamente o fato de ter sido flagrado em conhecido ponto de venda de drogas portando um rádio comunicador, anotações e certa quantia em dinheiro, não fazendo jus à benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

3. É de se destacar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do citado benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar, assim, em fundamentação inidônea.

4. Para afastar a conclusão do Tribunal local no sentido de que o agravante se dedica a atividades criminosas, seria necessário a este Sodalício aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível em Recurso Especial, conforme Súmula n. 7/STJ.

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é possível avaliar a quantidade e a natureza da droga para aumentar a pena-base, bem como para afastar a benesse prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas na terceira fase da dosimetria, desde que aliadas à outras circunstâncias do delito que evidenciem a dedicação à atividade criminosa, sem ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

ABRANDAMENTO DO REGIME. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA, DIANTE DA MANUTENÇÃO DA REPRIMENDA. INSURGÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPROVIDA.

1. Mantida a reprimenda nos patamares fixados pela Corte local, prejudicada a análise dos pedidos de abrandamento do regime prisional e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, por não restarem atendidos os requisitos previstos nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 44, inciso I, do CP.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.259.578 - SP (2018/0052766-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : LUCAS CALIEL GOMES GARCIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por LUCAS CALIEL GOMES GARCIA contra decisão unipessoal desta Relatoria, que conheceu do agravo para dar parcial provimento ao Recurso Especial interposto.

Sustenta o agravante, em síntese, que o afastamento da benesse do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi justificado de maneira idônea, já que ao considerarem a quantidade de drogas e os utensílios apreendidos para impedir a incidência do privilégio, tanto o Tribunal estadual quanto esta Relatoria inovaram "*em relação ao texto legal*".

Aduz, ainda, que a quantidade e a variedade do entorpecente foram consideradas também na primeira fase da dosimetria da pena, implicando no vedado *bis in idem*.

Requer a reconsideração da decisão impugnada ou a submissão do presente agravo regimental ao Colegiado, a fim de que se dê provimento à irresignação, restabelecendo o *quantum* de pena aplicado na primeira instância, assim como a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos e a fixação do modo inicial aberto de cumprimento da reprimenda.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.259.578 - SP (2018/0052766-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Ultrapassados os requisitos de admissibilidade da insurgência, passa-se à análise do mérito do agravo regimental.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 166 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] no dia 17 de março de 2016, por volta das 15 horas, na Rua Dique do Piçarro, altura do nº 538, nesta cidade comarca de São Vicente, LUCAS CALIEL GOMES GARCIA qualificado a fls. 30, trazia consigo, para entrega a terceiros, 167 porções de cocaína, 04 pedras de crack, 135 porções de maconha e 04 frascos de lança-perfume, substâncias estas de caráter entorpecente, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, policiais militares realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, quando se depararam com o indiciado, com uma sacola na mão. Ao notar a presença policial, LUCAS tentou fugir, mas foi detido.

Em revista pessoal, os policiais localizaram, com o denunciado, um rádio comunicador HT e um aparelho celular. No interior da sacola, que LUCAS trazia consigo, encontraram os entorpecentes, um caderno com anotações e a quantia de R\$ 209,00.

Auto de exibição e apreensão a fls. 12/13. Auto de constatação provisória a fls. 17/18.

As circunstâncias da prisão do denunciado, a quantidade e apreensão de dinheiro, indicam a ocorrência do delito de tráfico de drogas." (e-STJ, fls. 78/79)

Inconformadas, defesa e acusação apelaram perante a Corte de origem, a qual deu provimento ao recurso ministerial, a fim de afastar a redutora do tráfico privilegiado e redimensionar a pena para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, mantendo os demais termos do édito condenatório.

Interposto Recurso Especial com fulcro na alínea a do inciso III do art. 105



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Constituição Federal, este não foi admitido pela instância ordinária, ensejando o respectivo agravo, no qual o agravante sustentou que os óbices indicados na decisão objurgada não incidiriam *in casu*.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento da insurgência.

Por decisão desta Relatoria, o agravo foi conhecido para dar parcial provimento ao Recurso Especial apresentado, mitigando o regime prisional.

Daí o presente agravo regimental, no qual sustenta a parte que deveria ser aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, porquanto o legislador não vinculou a incidência da referida benesse à quantidade e à variedade das drogas e, ainda, tais circunstâncias não poderiam ser valoradas em momentos distintos da dosimetria, sob pena de *bis in idem*.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

Com relação à causa especial de diminuição de pena, o §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

Esta Corte Superior assentou o entendimento de que *"a criação da referida causa especial de diminuição de pena tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização"* (REsp 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 26/4/2013).

Na hipótese, o Colegiado *a quo* afastou o privilégio com os seguintes fundamentos:

"Não há que se falar em aplicação do redutor especial, porque: 1. a quantidade e a qualidade dos variados entorpecentes fazem presumir o envolvimento do Réu com essa atividade criminosa (como já considerado na primeira etapa de fixação); 2. a aplicação indiscriminada da benesse contraria o espírito da repressão penal mais severa que foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

introduzido com a Lei nº 11.343/06, como já destacado por esta Câmara (Ap. nº 3002741-18.2013.8.26.0224, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. em 18.02.2016): "O § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tem por escopo realizar a Justiça no caso concreto, permitindo a redução da pena do traficante ocasional, não comprometido com atividades ilícitas e cuja conduta, de reduzida importância, tem limitada expressão na consideração do específico tipo penal. Não é o que ocorre nos autos"; 3. mesmo tendo havido fixação da pena-base acima do mínimo pela quantidade da droga, essa circunstância não fica vedada de consideração na terceira etapa, como fator obstativo da redução especial, quando existentes outras circunstâncias concorrentes (apreensão de rádio transmissor, dinheiro, e anotações relativas ao tráfico de drogas, tudo no mesmo contexto fático), como, aliás, já reconheceram: a. o Supremo Tribunal Federal (HC nº 126.971-SP, rei. Min. Dias Toffoli, 2ª T., j. em 02.06.2015): "Logo, abstraindo-se a valoração negativa, na terceira fase da dosimetria, da quantidade e da diversidade de drogas, ainda assim subsiste fundamento suficiente, por si só, para negar o redutor de pena em questão"; b. o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 221.058-MG, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. em 23.10.2012) : "3. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na fração máxima, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido". (e-STJ, fls. 264/266)

Por conseguinte, verifica-se que, além da Corte de origem ter feito referência à quantidade e diversidade dos entorpecentes - **(04 frascos de lança-perfume, 167 porções de cocaína, 04 pedras de crack e 135 porções de maconha, totalizando, respectivamente, 40ml, 50,2g, 0,7g e 498,6g - e-STJ fls. 78 e 261)** - para afastar a incidência do redutor em comento, também apontou outras circunstâncias do delito, especialmente o fato do agravante ter sido flagrado, na mesma ocasião, na posse de um rádio transmissor, dinheiro e anotações relativas ao tráfico de drogas, circunstâncias que, somadas, indicam sua dedicação à atividades criminosas.

Neste viés, é possível inferir que os fundamentos do acórdão de origem se coadunam com o entendimento pacífico deste Sodalício, segundo o qual, "[...] na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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." (HC 434.602/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018).

É de se destacar que o fato de a lei não estabelecer critérios objetivos para a incidência do citado benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto, possa preencher a lacuna legal, não havendo que se falar, assim, em fundamentação inidônea.

Nessa esteira, confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. AFASTAMENTO DA NATUREZA HEDIONDA DO DELITO DE TRÁFICO E FIXAÇÃO DE PRAZO COMUM PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL. MODIFICAÇÃO. TESE ANALISADA NO HC 390.989/SP. PREJUDICADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 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. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. 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 integrem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, 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, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

6. Na espécie, inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade elevada do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente (776,4g de cocaína) apreendido e as circunstâncias da prisão em flagrante, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 390.959/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO PARÁGRAFO 4º, ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O RÉU SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme a jurisprudência consolidada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, não há ilegalidade quando a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 for afastada por entenderem as instâncias de origem que o acusado se dedicava a atividades criminosas com base na elevada quantidade de substância apreendida aliada a outras circunstâncias do caso concreto.

[...]

(AgRg no REsp 1716877/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PLURALIDADE DE AGENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ELEMENTOS QUE COMPROVAM O ENVOLVIMENTO HABITUAL DO AGENTE NO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. 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).

5. No caso, embora não tenha sido possível comprovar ser o paciente integrante de organização criminosa, há elementos suficientes que demonstram sua habitualidade delitiva no comércio ilícito de drogas, pois, além da quantidade e da diversidade da droga encontrada (5 g de cocaína, 44g de crack e 142 de maconha), ele foi surpreendido na posse de um rádio transmissor e caderno de anotações da atividade ilícita, razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela qual não se verifica manifesta ilegalidade no afastamento da referida minorante.

[...]

(HC 434.880/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018)

Dessa forma, por se encontrar o acórdão impugnado em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto na Súmula n. 83/STJ.

Ademais, para se concluir de forma diversa, no sentido de que o agravante não se dedicaria à atividades criminosas, seria necessário a este Tribunal aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias e incabível em Recurso Especial, conforme já assentado pelo Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Na mesma direção:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (23,8KG DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUMENTO FUNDAMENTADO. MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. TRANSPOSIÇÃO DAS FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PRESENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO ADEQUADO AO CASO. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

I - O eg. Tribunal de origem, apreciando a prova produzida nos autos, concluiu que a ora recorrente não faz jus à aplicação da referida causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, que indicaram sua dedicação a atividades criminosas. Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal a quo e aplicar a causa especial de diminuição de pena, como pretende a recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, o que é inviável nesta instância, haja vista o óbice da Súmula 7/STJ.

[...]

(AgRg no AREsp 1238404/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVERSÃO DO JULGADO. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A desconstituição das premissas fáticas assentadas pelas instâncias ordinárias, para absolver o agravante, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

2. Indicadas circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a qual exige que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, não há falar em violação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

3. A pretensão de reverter a conclusão da Corte de origem de que o agente se dedica à organização criminosa implica o revolvimento de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1141520/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018)

Do mesmo modo, não há falar em ocorrência de *bis in idem* na hipótese, uma vez que o afastamento da causa especial de diminuição de pena se deu pelos elementos caracterizadores da traficância, pois além dos entorpecentes, foram considerados outros fatos constantes dos autos, suficientes a indicar a habitualidade criminosa do agravante.

Cumprasseverar que o entendimento sufragado nesta Corte Superior é no sentido de que *"é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM"* (HC 433619/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO DE RÉU ESTRANGEIRO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECLUSÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTE (2KG DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O RÉU NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006, INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, 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 das circunstâncias do crime - tráfico como meio de vida, além da quantidade da droga apreendida, inviabilizando a concessão do benefício.

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.

[...]

(AgRg nos EDcl no REsp 1673113/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

[...]

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "Não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem utilizar a quantidade do entorpecente apreendido como vetorial negativa no cálculo da pena-base e, na terceira fase de dosimetria, para indeferir a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base na dedicação do réu à atividade criminosa" (AgRg no AREsp 950.169/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).

[...]

(AgRg no HC 427056/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. RECURSO PROVIDO.

1. Embora o Tribunal de origem haja feito breve menção à quantidade de drogas na terceira etapa da dosimetria, também destacou a apreensão de um rádio comunicador, circunstâncias que, somadas, levaram à conclusão de que o acusado se dedicaria a atividades delituosas e/ou integraria organização criminosa. Assim, uma vez que foi mencionado outro elemento que justifica a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não há falar em bis in idem na dosimetria da pena.

2. Embora a reprimenda do acusado haja sido estabelecida em patamar abaixo de 8 anos, certo é que ele ostenta circunstância judicial desfavorável, tanto que a sua pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal, o que evidencia a impossibilidade de fixação de regime mais brando, à luz do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também às disposições do art. 42 da Lei de Drogas.

3. Com o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - e o consequente recrudesimento da reprimenda aplicada ao recorrido -, não há como conceder-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

4. Agravo regimental provido para, reconhecida a ausência de bis in idem na dosimetria da pena, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda do acusado em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

(AgRg no HC 369.358/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 13/10/2017)

Por último, tem-se que, mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, incabível a fixação de regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, já que não preenchidos os requisitos previstos nos arts. 33, § 2º, alínea c, e 44, ambos do Código Penal.

Sobre o tema, veja-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR O REDUTOR. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. ERRO NO CÁLCULO PENAL. CORREÇÃO DE OFÍCIO. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. MODO INTERMEDIÁRIO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Ao contrário da jurisprudência firmada pela Suprema Corte, no julgamento do ARE 666.334/AM, não há bis in idem quando a quantidade e a natureza da droga apreendida são valoradas, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

4. Hipótese em que inexistente violação ao princípio do ne bis in idem, pois a Corte de origem sopesou validamente a quantidade e a natureza da droga apreendida - 280 pedras de crack (96,8g) na primeira etapa da dosimetria penal, para exasperar a pena-base em 1 ano de reclusão, e na terceira fase, para justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que tais vetores indicam o envolvimento do paciente com o crime organizado, conforme autoriza a jurisprudência deste Tribunal Superior e do Supremo Tribunal Federal.

5. Verificada flagrante ilegalidade no cálculo penal, diante da desconsideração equivocada da diminuição da sanção na segunda etapa pela Corte de origem, impõe-se a atuação de ofício deste Tribunal Superior.

6. Mantido o quantum da pena em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, é inviável a fixação do regime aberto, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, ambos do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para suprir o erro no cálculo penal operado pelo Tribunal de origem e reduzir a sanção para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, mantido o regime semiaberto.

(HC 436.390/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 22/05/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há como aplicar a causa especial de diminuição de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando, a despeito de a quantidade de drogas apreendidas não ser expressiva, as circunstâncias em que perpetrado o delito evidenciam a dedicação da acusada a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

2. Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, fica mantida a imposição do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, bem como a negativa de substituição da pena por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento do requisito objetivo (sanção superior a 4 anos de reclusão - art. 44, I, do Código Penal).

3. Agravo regimental não provido.

(AgInt no HC 395.315/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0052766-4

AgRg no
AREsp 1.259.578 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001901-58.2016.8.26.0158 00023819820168260590 0037020000 12102016
19015820168260158 20170000447844 37020000 387/2016 3872016 RI003J7020000

EM MESA

JULGADO: 19/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUCAS CALIEL GOMES GARCIA
ADVOGADOS : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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 : LUCAS CALIEL GOMES GARCIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.