AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2474847 - SP (2023/0357048-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	SANDRA REGINA INACIO
ADVOGADOS	:	ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI - SP320762 RICARDO NASCIMENTO PINTO - SP463365
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. DESATENÇÃO AO ÔNUS DA DIALETICIDADE. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. ANTECEDENTES DO AGENTE. CONDENAÇÃO ANTIGA. TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A DEZ ANOS ENTRE A EXTINÇÃO DA PENA ANTERIOR E O COMETIMENTO DO NOVO DELITO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÍNFIMA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA.

I - Não pode ser conhecido o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão monocrática agravada. Deve ser aplicado ao caso, por analogia, o enunciado da Súmula n. 182 desta Corte Superior de Justiça.

II - Contudo, o ordem deve ser concedida de ofício.

III - No que concerne ao vetor maus antecedentes, a jurisprudência dessa Corte assentou-se no sentido de reconhecer a possibilidade de utilização de condenações já alcançadas período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, como elemento de suporte para a apreciação negativa dos antecedentes criminais.

IV - Ocorre, entretanto, que a jurisprudência deste STJ também compreende que, quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, deve ser feita uma valoração com cautela, na primeira fase da pena, para evitar uma condenação perpétua, e ser possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento. Precedente.

V - Esta Corte estabeleceu como parâmetro o entendimento de que o cômputo do prazo do para aplicação do direito ao esquecimento em relação aos antecedentes é realizado entre extinção da pena anteriormente imposta e a prática do novo delito.

Documento eletrônico VDA43096082 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: 567e2628-1191-4821-950b-64519dd423b2

Precedente.

VI - No caso, transcorreu tempo significativamente superior a 10 (dez) anos entre a extinção da pena e o cometimento do novo delito, lapso temporal adotado por esta Corte Superior como apto a ensejar a aplicação do direito ao esquecimento.

VII - A Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade de entorpecente pode ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal ou, alternativamente, ser utilizada para a modulação da fração referente à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que já não tenha sido considerada para exasperação da pena-base, sob pena de *bis in idem*.

VIII - Na hipótese, tenho que a quantidade de droga efetivamente apreendida com a agravante (6.3 g de crack - fl. 241) não se revela expressiva a ponto de autorizar a modulação da redutora em patamar distinto do máximo legal, uma vez que a fração de 1/2 (metade) é usualmente aplicada diante de quantidades mais elevadas de entorpecentes.

Agravo regimental não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com fulcro no art. 647-A, *caput* e parágrafo único, do CPP, a fim de redimensionar a reprimenda total para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e de fixar o regime prisional inicial aberto, mantendo ainda a pena de multa e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos operadas na origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, contudo conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

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

Brasília, 20 de agosto de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator

Documento eletrônico VDA43096082 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: 567e2628-1191-4821-950b-64519dd423b2

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2474847 - SP (2023/0357048-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	SANDRA REGINA INACIO
ADVOGADOS	:	ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI - SP320762
		RICARDO NASCIMENTO PINTO - SP463365
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. DESATENÇÃO AO ÔNUS DA DIALETICIDADE. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. ANTECEDENTES DO AGENTE. CONDENAÇÃO ANTIGA. TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A DEZ ANOS ENTRE A EXTINÇÃO DA PENA ANTERIOR E O COMETIMENTO DO NOVO DELITO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÍNFIMA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA.

I - Não pode ser conhecido o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão monocrática agravada. Deve ser aplicado ao caso, por analogia, o enunciado da Súmula n. 182 desta Corte Superior de Justiça.

II - Contudo, o ordem deve ser concedida de ofício.

III - No que concerne ao vetor maus antecedentes, a jurisprudência dessa Corte assentou-se no sentido de reconhecer a possibilidade de utilização de condenações já alcançadas período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, como elemento de suporte para a apreciação negativa dos antecedentes criminais.

IV - Ocorre, entretanto, que a jurisprudência deste STJ também compreende que, quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, deve ser feita uma

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

valoração com cautela, na primeira fase da pena, para evitar uma condenação perpétua, e ser possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento. Precedente.

V - Esta Corte estabeleceu como parâmetro o entendimento de que o cômputo do prazo do para aplicação do direito ao esquecimento em relação aos antecedentes é realizado entre extinção da pena anteriormente imposta e a prática do novo delito. Precedente.

VI - No caso, transcorreu tempo significativamente superior a 10 (dez) anos entre a extinção da pena e o cometimento do novo delito, lapso temporal adotado por esta Corte Superior como apto a ensejar a aplicação do direito ao esquecimento.

VII - A Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade de entorpecente pode ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal ou, alternativamente, ser utilizada para a modulação da fração referente à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que já não tenha sido considerada para exasperação da pena-base, sob pena de *bis in idem*.

VIII - Na hipótese, tenho que a quantidade de droga efetivamente apreendida com a agravante (6.3 g de crack - fl. 241) não se revela expressiva a ponto de autorizar a modulação da redutora em patamar distinto do máximo legal, uma vez que a fração de 1/2 (metade) é usualmente aplicada diante de quantidades mais elevadas de entorpecentes.

Agravo regimental não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com fulcro no art. 647-A, *caput* e parágrafo único, do CPP, a fim de redimensionar a reprimenda total para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e de fixar o regime prisional inicial aberto, mantendo ainda a pena de multa e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos operadas na origem.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por SANDRA REGINA INACIO contra decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial (fls. 366-367).

Informam os autos que a ora agravante foi condenada, em primeiro grau, às

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

penas de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 297 (duzentos e noventa e sete) dias-multa, no mínimo legal, em razão da prática do delito previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 160-164).

Irresignada, a agravante interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso a fim de "*aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo*" (fl. 245). Os embargos de declaração opostos foram, à unanimidade de votos, rejeitados (fls. 278-282).

No recurso especial (fls. 287-297), interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, a Defesa sustentou a violação ao art. 28 da Lei n. 11.343/06, sob argumento de que as provas produzidas durante a instrução processual são insuficientes para amparar a condenação imposta à insurgente. Subsidiariamente, sustenta que a pequena quantidade de entorpecente encontrada com a agravante indica que a conduta que lhe fora imputada deve ser desclassificada para o crime de porte de droga para consumo pessoal.

Pleiteou, portanto, o conhecimento e provimento do recurso especial para reconhecer a vulneração do dispositivo de lei indicado como violado, reformando-se o acórdão recorrido.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 301-317), sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado: a) na incidência da Súmula n. 284/STF, ante a deficiência de fundamentação do recurso; b) na ausência de comprovação adequada da divergência jurisprudencial; e c) na incidência da Súmula n. 7/STJ, pois a análise das questões suscitadas implicaria revolvimento fático-probatório (fls. 320-321).

Nas razões do agravo em recurso especial, postulou a agravante o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários à sua admissão (fls. 324-327). Nesta Corte Superior, o agravo em recurso especial não foi conhecido (fls. 366-367).

Neste agravo regimental (fls. 373-386), a insurgente afirma que, ao contrário do que registrou a decisão agravada, houve impugnação adequada e suficiente dos óbices adotados pelo Tribunal de origem para inadmitir o recurso especial, requerendo, ao final, a reconsideração da decisão agravada para que seja examinado e provido o recurso especial.

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

O Ministério Público Federal apresentou parecer, "*preliminarmente, pela concessão de ordem de habeas corpus, de ofício, para que a ré seja absolvida da imputação de tráfico de drogas, nos termos do art. 386, III, do CPP, ou, subsidiariamente, pela desclassificação para o tipo do art. 28 da lei nº 11.343/06. Caso assim não se entenda, deve ser dado integral provimento ao agravo em recurso especial, para que se obtenha o mesmo efeito*" (fl. 411).

Por manter a decisão, trago o feito à Turma para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental não merece ser conhecido.

Isso porque, nas razões do recurso, a agravante não impugnou especificamente os fundamentos da decisão agravada, que passo a reproduzir, naquilo que interessa à espécie (fls. 366-367, grifei):

> *"Mediante análise dos autos, verifica-se que a decisão agravada inadmitiu o recurso especial, considerando: Súmula 284/STF, deficiência de cotejo analítico e Súmula 7/STJ.*
>
> *Entretanto, a parte agravante deixou de impugnar especificamente os referidos fundamentos.*
>
> *Nos termos do art. 932, inciso III, do CPC e do art. 253, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno desta Corte, não se conhecerá do agravo em recurso especial que "não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida".*
>
> *Conforme já assentado pela Corte Especial do STJ, a decisão de inadmissibilidade do recurso especial não é formada por capítulos autônomos, mas por um único dispositivo, o que exige que a parte agravante impugne todos os fundamentos da decisão que, na origem, inadmitiu o recurso especial. A propósito:*
>
> *[...]*
>
> *Ressalte-se que, em atenção ao princípio da dialeticidade recursal, a impugnação deve ser realizada de forma efetiva, concreta e pormenorizada, não sendo suficientes alegações genéricas ou relativas ao mérito da controvérsia, sob pena de incidência, por analogia, da Súmula n. 182/STJ."*

Com efeito, na hipótese vertente, compulsando as razões do regimental, verifico que a ora agravante deixou de apresentar irresignação clara, específica e

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

pormenorizada em face dos fundamentos adotados na decisão agravada, a qual concluiu pelo não conhecimento do agravo em recurso especial, em virtude da ausência de impugnação específica dos fundamentos adotados pelo Tribunal de origem para inadmitir o recurso especial, quais sejam, as Súmulas n. 7 e n. 284/STF, e a ausência de comprovação da divergência jurisprudencial.

Portanto, em respeito ao princípio da dialeticidade, a impugnação à decisão monocrática deve ser clara e suficiente a demonstrar o equívoco dos fundamentos utilizados para solucionar a questão em detrimento aos interesses da ora agravante, ônus do qual não se desincumbiu a Defesa, porquanto limitou-se a repisar os argumentos apresentados no recurso especial e no agravo em recurso especial.

Assim, deve ser aplicado ao caso, por analogia, o enunciado da Súmula n. 182 desta Corte Superior de Justiça: "*É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada*."

Nesse sentido são os precedentes desta Corte, v.g.: AgRg no AREsp n. 2.345.944/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 27/9/2023; e AgRg no AREsp n. 2.198.230/DF, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 25/8/2023.

Portanto, a irresignação não comporta conhecimento.

Entretanto, considerando as particularidades da dosimetria da pena da insurgente, constato flagrante ilegalidade com relação aos argumentos utilizados pelo acórdão recorrido para exasperar a pena-base e modular a fração de incidência do tráfico privilegiado, nos termos que se seguem.

Com relação aos temas, confira-se, a propósito, os fundamentos adotados no acórdão recorrido (fls. 244-245):

> *"Mantida a condenação, verifica-se que as penas foram bem dosadas, conforme cuidadosa motivação expendida na r. sentença (fls. 161-164), em que pese o inconformismo defensório a este respeito.*
>
> *A respeito do reconhecimento dos maus antecedentes, ressalta-se que o quinquídio expurgador da reincidência não se aplica aos maus antecedentes, conforme tese firmada pelo e. Supremo Tribunal Federal, no tema 150: "não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".*
>
> *O regime inicial semiaberto foi bem fixado e, mesmo*

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

com o desconto do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do CPP), será mantido, levando-se em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis, acima mencionadas (art. 33, §§ 2º e 3 º, do CP).

Aplicável a substituição da pena. Muito embora o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, contenha vedação expressa, é certo que o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal), de natureza constitucional, exige do juiz a análise concreta acerca da aplicabilidade ou não do benefício.

Não bastasse isso, a Resolução nº 05/2012 do Senado Federal suspendeu a vedação de conversão em penas restritivas de direitos prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Assim, presentes os requisitos legais exigidos pelo art. 44 do CP, aplica-se a substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, em razão de seu caráter educativo e ressocializador, e por 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, tudo nos termos do art. 44, § 2º, do CP."

Ademais, a título de esclarecimento, colaciono os seguintes fundamentos da sentença condenatória (fls. 161-162, grifei):

"Passo a dosagem das penas.

Inicialmente, analisando-se as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, ***tem-se que a pena-base da ré, por conta dos maus antecedentes, deve ser fixada acima do patamar mínimo cominado à espécie, isto é, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias- multa,***

Na segunda fase da dosimetria penal, inexistindo agravantes ou atenuantes a serem consideradas, permanecem as reprimendas inalteradas.

Por fim, na terceira fase, ausentes causas de aumento de pena, excepcionalmente, ***considerando os maus antecedentes da acusada são muito antigos, com trânsito em julgado ainda em 2001, aplico a diminuição de pena prevista pelo §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas****, causa esta que, uma vez verificados seus requisitos, deve ser aplicada, ainda que de ofício. [...]*

Com fulcro em tal lição doutrinária e na análise das provas produzidas em juízo, de rigor se considerar a causa de diminuição da pena, eis que não restaram comprovados quaisquer dos óbices aduzidos no texto de lei sob comento: não

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

primariedade, ausência de bons antecedentes, dedicação a atividades criminosas e participação em associações criminosas. Resta agora, porém, discorrer acerca do percentual de redução. Neste passo, tenho por mais acertada a lição doutrinária contida na obra acima referida que preconiza a aplicação da regra do art. 42 da Lei 11.343/06, o qual determina que na fixação das penas, serão considerados, com preponderância, os critérios do art. 59 do Código Penal, juntamente com a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido.

[...]

Diante de tais ponderações e das constatações das provas produzidas, ***sobretudo levando-se em consideração o potencial lesivo da cocaína e as circunstâncias do caso concreto, além do fato da acusada estar sendo processada em outro feito também por tráfico, reduzo a pena de metade****, atendendo-se aos critérios de proporcionalidade que decorrem da própria norma que estipula um parâmetro dentro do qual a redução deve ser realizada.*

Como consequência, a pena passa para o patamar de dois anos e onze meses de reclusão e pagamento de duzentos e noventa e um dias-multa, no piso mínimo, atualizado.

Pelos mesmos motivos, enfatizando os maus antecedentes, o grande poder lesivo da cocaína e o fato de estar sendo processada em outro feito por tráfico, o regime inicial para cumprimento da pena será o semiaberto."

Inicialmente, no que concerne ao vetor maus antecedentes, insta consignar que a jurisprudência dessa Corte assentou-se no sentido de reconhecer a possibilidade de utilização de condenações já alcançadas período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, como elemento de suporte para a apreciação negativa dos antecedentes criminais.

De fato, nesses casos, este STJ tem entendido que "[...] *as condenações atingidas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração dos maus antecedentes, nos termos do art. 59 do CP.*" (AgRg no AREsp n. 2.115.624/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 26/08/2022).

Portanto, em regra, ainda que a condenação anterior não prevaleça para efeito da reincidência, se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, para efeitos de maus antecedentes, ela subsistirá.

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

Em idêntico sentido: AgRg no HC n. 752.745/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), DJe de 17/2/2023; e AgRg no AREsp n. 1.383.276/SE, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 22/04/2019.

Ocorre, entretanto, que a jurisprudência desta Corte também compreende que, "*quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, deve ser feita uma valoração com cautela, na primeira fase da pena, para evitar uma condenação perpétua, e ser possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento*." (AgRg no HC n. 613.578/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 29/3/2021).

Nesse contexto, ao se debruçar sobre o tema, esta Corte estabeleceu como parâmetro o entendimento de que "*'o cômputo do prazo do para aplicação do direito ao esquecimento em relação aos antecedentes é realizado entre extinção da pena anteriormente imposta e a prática do novo delito' (EDcl no AgRg no HC n. 696.253/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022)*" (AgRg no HC n. 775.701/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 16/2/2023, grifei).

Fixadas as premissas acima, verifico que, no caso, consoante a folha de antecedentes criminais colacionada aos autos, a condenação que ensejou o reconhecimento dos maus antecedentes foi declarada extinta, em razão do integral cumprimento, em 2004 (fls. 91-92), enquanto o crime apurado nestes autos foi, em tese, cometido em 4/8/2022 (fl. 1). Assim, houve o transcurso de tempo significativamente superior a 10 (dez) anos entre a extinção da pena e o cometimento do novo delito, lapso temporal adotado por esta Corte Superior como apto a ensejar a aplicação do direito ao esquecimento.

Ilustrativamente: "*Não se olvida, todavia, que há julgados no sentido de que os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento.* ***Precedentes desta Corte Superior que apontam o prazo mínimo de 10 anos contados da extinção da pena até a prática de novo delito para que sejam afastados os antecedentes***" (AgRg no HC n. 782.574/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 19/4/2023, grifei).

Destarte, pelas razões elencadas, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, afasto o incremento da pena-base com base nos maus antecedentes do agente.

Outrossim, a respeito da incidência do tráfico privilegiado, convém registrar

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

que o parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Nesse contexto, a Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, por si sós, não são circunstâncias que permitem aferir o grau de envolvimento do(a) acusado(a) com a criminalidade organizada, ou de sua dedicação às atividades delituosas.

Ademais, foi preservado o entendimento de que a quantidade de entorpecente pode ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal ou, alternativamente, ser utilizada para a modulação da fração referente à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que já não tenha sido considerada para exasperação da pena-base, sob pena de *bis in idem*.

Eis os termos do referido acórdão:

> *"PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.*
>
> *[...]*
>
> ***7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).***
>
> ***8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, <u>unidas</u>, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à***

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

integração a organização criminosa.

9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena- base.

10. Recurso provido para restabelecimento da sentença" (REsp n. 1.887.511/SP, Terceira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 01/07/2021, grifei).

Entretanto, embora a quantidade de entorpecente possa ser utilizada para modular a fração de incidência do tráfico privilegiado, na hipótese vertente, tenho que a quantidade de droga efetivamente apreendida com a agravante (6.3 g de crack - fl. 241) não se revela expressiva a ponto de autorizar a modulação da redutora em patamar distinto do máximo legal, uma vez que a fração de 1/2 (metade) é usualmente aplicada diante de quantidades mais elevadas de entorpecentes.

A propósito, colaciono os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADOS ISOLADAMENTE PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ILEGALIDADE. APLICADO PATAMAR DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). PROPORCIONALIDADE DA FRAÇÃO ELEITA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FIXADO REGIME INTERMEDIÁRIO. MANTIDA A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento desta Superior Corte de Justiça é no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legalmente previsto, inviável a aplicação da atenuante pela confissão espontânea, prevista no art. 65, inc. I, do Código Penal - CP, por força da Súmula n. 231 do STJ.

2. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas, por si sós, não são suficientes para embasar a conclusão de que o réu se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, devendo estar associada a outras circunstâncias do caso concreto para

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Na hipótese, tendo preenchido os requisitos legais, de forma cumulativa, a agravante faz jus à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar de 1/2, tendo em vista a quantidade de droga apreendida - 2,808kg de skank*. Conforme o acórdão impugnado, considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são favoráveis, mantém-se a pena-base no mesmo patamar de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da confissão, todavia a pena mantém-se no mínimo legal em atenção ao enunciado n. 231 da Súmula do STJ. Na terceira fase a pena foi majorada em 1/6, pois incidiu a causa de aumento de pena previstas no art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/06, em virtude da interestadualidade do tráfico, totalizando 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa. Por derradeiro, reconhecida a incidência do § 4º do art. 33, na fração de 1/2, a pena definitiva resta fixada no patamar de 2 anos e 11 meses de reclusão, e 291 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*

[...]

5. Agravo Regimental desprovido" (AgRg no HC n. 794.315/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 18/5/2023, grifei).

Nesse contexto, registro que esta Corte Superior de Justiça, mesmo em hipóteses de apreensão de quantidade de entorpecente superior à registrada nos autos, determinou a aplicação da minorante no patamar máximo.

Confira-se:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. VARIEDADE. PEQUENA QUANTIDADE. PATAMAR MÁXIMO DA MINORANTE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. No caso, levando em conta a primariedade do agravante, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou integre organização criminosa, entende-se que o fato de ter a posse de 45,3g de maconha, 17,5g de cocaína e 6,3g de crack, não é justificativa idônea para aplicá-la em patamar diverso de 2/3 (dois terços).

4. Diante da pena fixada, de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal (art. 109, V, c/c o art. 115, ambos do CP), pois o agravado era menor de 21 anos à época dos fatos

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

> *e ocorreu o transcurso do prazo prescricional de 2 anos entre a data do recebimento da denúncia (22/5/2019) e a data da publicação da sentença condenatória (13/4/2022).*
>
> *5. Agravo regimental não provido"* (AgRg no HC n. 795.815/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 22/5/2023, grifei).

Pelas razões elencadas, tenho como impositiva a incidência, na hipótese, da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado em patamar máximo, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior.

Considerando a fundamentação exposta, é imperioso revisar a dosimetria da pena imposta à insurgente:

Na primeira fase, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. A pena de multa restará mantida no patamar fixado pelo acórdão recorrido, qual seja, 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, em razão da impossibilidade de agravamento da situação do réu em sede de recurso exclusivo da defesa.

Na segunda etapa, não foram reconhecidas pelas instâncias de origem circunstâncias atenuantes ou agravantes.

No último estágio, reconheço a incidência da causa especial de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado em seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), tendo em vista a ínfima quantidade de drogas apreendida, e reduzo a pena para 1 (um) ano e 8 (onze) meses de reclusão, a qual torno definitiva, à míngua de outras causas de modificação da pena.

Assim, alterado o *quantum* da reprimenda imposta à agravante para patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo as basilares fixadas no mínimo legal e inexistindo registro de reincidência, determino a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, e mantenho a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos operada na origem, nos moldes do artigo 44 do CP, com a determinação de que o Juízo *a quo* observe a reprimenda ora imposta.

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental. Entretanto, concedo a ordem, de ofício, com fulcro no art. 647-A, *caput* e parágrafo único, do CPP, a fim de redimensionar a reprimenda total para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

de fixar o regime prisional inicial aberto, mantendo ainda a pena de multa e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos operadas na origem, a qual deve agora observar a nova dosimetria da pena.

É o voto.

Documento eletrônico VDA43096038 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 26/08/2024 16:38:28
Código de Controle do Documento: c05508c8-f501-47ed-af75-1b579e7dbc90

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0357048-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 2.474.847 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15266777120228260050 152667771202282600 5095922022 95922022

EM MESA JULGADO: 20/08/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	SANDRA REGINA INACIO
ADVOGADOS	:	ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI - SP320762
		RICARDO NASCIMENTO PINTO - SP463365
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	:	SANDRA REGINA INACIO
ADVOGADOS	:	ALESSANDRA MARTINS GONCALVES JIRARDI - SP320762
		RICARDO NASCIMENTO PINTO - SP463365
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, não conheceu do agravo regimental, contudo concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Documento eletrônico VDA42954443 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 21/08/2024 00:16:49
Código de Controle do Documento: 2B1870A5-7A46-4E6D-96E7-33D6F348F326