



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2511805 - SP (2023/0415823-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **ADEMILSON JOSE DA SILVA**
ADVOGADO : **GLAUCIO DALPONTE MATTIOLI - SP253642**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 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.

2. A incidência da minorante do tráfico privilegiado foi indeferida não apenas em razão da quantidade de drogas, mas por ostentar o apenado maus antecedentes.

3. O entendimento adotado corrobora a orientação jurisprudencial desta Corte de que, "Constatada pela instância ordinária a existência de maus antecedentes e/ou de reincidência, afasta-se a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa (AgRg no HC n. 826.802/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 15/12/2023).

4. A quantidade de droga apreendida (11,450 kg de maconha) constitui fundamentação idônea para a exasperação do regime prisional.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2511805 - SP (2023/0415823-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **ADEMILSON JOSE DA SILVA**
ADVOGADO : **GLAUCIO DALPONTE MATTIOLI - SP253642**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 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.

2. A incidência da minorante do tráfico privilegiado foi indeferida não apenas em razão da quantidade de drogas, mas por ostentar o apenado maus antecedentes.

3. O entendimento adotado corrobora a orientação jurisprudencial desta Corte de que, "Constatada pela instância ordinária a existência de maus antecedentes e/ou de reincidência, afasta-se a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa (AgRg no HC n. 826.802/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 15/12/2023).

4. A quantidade de droga apreendida (11,450 kg de maconha) constitui fundamentação idônea para a exasperação do regime prisional.

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Sustenta o agravante que, ao sopesar como maus antecedentes, condenação beneficiada extinta, em 29/04/2008, ou seja, mais de 8 anos antes responder ao presente

processo, e não haver notícia de qualquer outro fato, no transcurso desses anos, viola o art. 5º, XLVII, “b” da Constituição Federal, bem como o Direito ao Esquecimento" (e-STJ fl. 442).

Argumenta, outrossim, que se o recorrente é primário e ostenta bons antecedentes, e a pena-base deveria ser fixada no mínimo legal é seu direito subjetivo que seja fixado o regime menos gravoso possível" (e-STJ fls. 450/451).

Requer a reconsideração da decisão ou a submissão a julgamento pelo órgão colegiado para aplicar a minorante do tráfico privilegiado e estabelecer regime prisional menos gravoso.

Intimado o Ministério Público para impugnação (e-STJ fl. 471).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, relativamente à apontada violação ao art. 5º, XLVII, *b* da Constituição Federal, é vedado ao Superior Tribunal de Justiça, até mesmo para fins de prequestionamento, o exame de ofensa a dispositivos constitucionais, sob pena indevida de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102 da Constituição Federal. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 2.013.375/RO, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/10/2022, DJe de 20/10/2022.

Como se viu da decisão agravada, o réu foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 666 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, sendo desprovido o recurso de apelação. Transitado em julgado o acórdão, foi ajuizada revisão criminal, a qual foi julgada improcedente, ao fundamento de que, "para justificar a inaplicabilidade do redutor, ainda que tenha sido mencionada a grande quantidade de entorpecentes (também utilizada na primeira fase, motivo pelo qual a defesa sustenta a ocorrência de *bis in idem*), também, se explicitou, no acórdão, os maus antecedentes do peticionário, condição que já se mostra bastante para a inviabilizar a aplicação da causa de diminuição da pena" (e-STJ fl. 312).

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e

nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

No presente caso, a Corte de origem, em apelação, ao manter o afastamento do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, consignou (e-STJ fls. 71/72):

Destaque-se que os maus antecedentes do Réu (fls.256/257 Execuções nº 01 e 02) não foram utilizados como circunstância judicial negativa para a quantificação da pena-base (artigo 59 do Código Penal), fato que beneficiou indevidamente o Réu, mas que não pode ser alterado por ausência do recurso do Ministério Público. [...] Na etapa final, não há que se falar em aplicação do redutor especial, porque: 1. a quantidade dos entorpecentes lembrando: mais de DOZE QUILOS de maconha!!! - faz presumir o envolvimento do Réu com essa atividade criminosa (como já considerado na primeira etapa de fixação da pena fls.401);2. a benesse só é possível para quem tem bons antecedentes, e o que se vê de fls.252/260 não é isso (há outros registros de prática do mesmo tipo penal inclusive!);

Como se viu, o acórdão deixou de aplicar a minorante do tráfico privilegiado não apenas em razão da quantidade de drogas, mas por ostentar o apenado maus antecedentes.

O entendimento adotado corrobora a orientação jurisprudencial desta Corte de que, "Constatada pela instância ordinária a existência de maus antecedentes e/ou de reincidência, afasta-se a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa (AgRg no HC n. 826.802/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 15/12/2023). Dessa forma, não implementado o requisito dos bons antecedentes, não há censura ao acórdão recorrido.

Ademais, a tese de aplicação do direito ao esquecimento constitui inovação recursal, ressentindo-se, ainda, do necessário requisito do prequestionamento.

Por fim, em relação ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

É o que preconiza a 440 a Súmula do STJ, segundo a qual, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Na mesma esteira, são as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime. Precedentes: HC n. 325.756/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016; HC n. 312.264/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 31/5/2016; HC n. 344.395/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 15/3/2016.

No caso dos autos, verifica-se que o regime mais gravoso encontra-se fundamentado na quantidade de droga apreendida (11,450 kg de maconha), circunstância que denota maior reprovabilidade da conduta (e-STJ fl. 312).

Dessume-se, portanto, das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para reverter a decisão agravada que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0415823-6

AgRg no
AREsp 2.511.805 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00039614220178260037 0003961422017826003700050567320188260037
00050567320188260037 0005056732018826003750000
00100493320168260037 100493320168260037 20190000356969
20190000656469 20230000568442 21148746120238260000
39614220178260037 3961422017826003700050567320188260037
50567320188260037 5056732018826003750000

EM MESA

JULGADO: 27/02/2024

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ADEMILSON JOSE DA SILVA
ADVOGADO : GLAUCIO DALPONTE MATTIOLI - SP253642
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 : ADEMILSON JOSE DA SILVA
ADVOGADO : GLAUCIO DALPONTE MATTIOLI - SP253642
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, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.