



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2516221 - SC (2023/0427844-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **DEIVID SCOTTINI OBUGALSKI**
ADVOGADO : **DEISE KOHLER - SC052238**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SÚMULA 7 DO STJ. ESCOLHA DO REGIME PRISIONAL. EMPREGO DA QUANTIDADE E QUALIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

2. No caso, a minorante do tráfico privilegiado foi negada mediante fundamentação idônea, pois a instância anterior ressaltou que as circunstâncias do delito denotam a habitualidade do acusado no comércio espúrio, considerando os registros extraídos de seu celular, nos quais pode ser observado o planejamento para a prática do tráfico de drogas e a confirmação de que exercia esta atividade ilícita desde o ano anterior à sua prisão.

3. Assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, que o recorrente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial.

4. O agravamento do regime prisional devido às circunstâncias judiciais negativamente valoradas decorre de disposição expressa de lei, não caracterizando *bis in idem*, nos termos do §3º do art. 33 do Código Penal.

5. O momento de se aferir a miserabilidade do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, "nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais" (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014).

6. 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 Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2516221 - SC (2023/0427844-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **DEIVID SCOTTINI OBUGALSKI**
ADVOGADO : **DEISE KOHLER - SC052238**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SÚMULA 7 DO STJ. ESCOLHA DO REGIME PRISIONAL. EMPREGO DA QUANTIDADE E QUALIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

2. No caso, a minorante do tráfico privilegiado foi negada mediante fundamentação idônea, pois a instância anterior ressaltou que as circunstâncias do delito denotam a habitualidade do acusado no comércio espúrio, considerando os registros extraídos de seu celular, nos quais pode ser observado o planejamento para a prática do tráfico de drogas e a confirmação de que exercia esta atividade ilícita desde o ano anterior à sua prisão.

3. Assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, que o recorrente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial.

4. O agravamento do regime prisional devido às circunstâncias judiciais negativamente valoradas decorre de disposição expressa de lei, não caracterizando *bis in idem*, nos termos do §3º do art. 33 do Código Penal.

5. O momento de se aferir a miserabilidade do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, "nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais" (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014).

6. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **DEIVID SCOTTINI OBUGALSKI** (e-STJ, fls. 436-461) de decisão, por mim proferida (e-STJ, fls. 425-431), em que conheci do agravo para não conhecer do recurso especial.

Reitera a Defesa o pedido de reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

Sustenta que a Corte de origem afastou a causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, apenas com base na quantidade das drogas apreendidas.

Ressalta que este fundamento não é suficiente para demonstrar a dedicação a atividades criminosas, bem como que já foi utilizado na primeira fase para majorar a pena-base.

Acrescenta que o caderno apreendido comprova o exercício de atividade lícita.

Outrossim, que o seu único contato foi com o “cooptador para o transporte de drogas”.

Afirma que o agravante preenche todos os requisitos para a fixação desta minorante no patamar máximo, devendo a pena ser redimensionada, com a consequente estipulação do regime inicial semiaberto.

Ainda em relação ao regime prisional, afirma que a utilização da quantidade das drogas para a sua escolha configura indevido *bis in idem*.

Ademais, pede o reconhecimento dos benefícios da justiça gratuita.

Postula, assim, a reconsideração da decisão monocrática ou que submeta este Agravo Regimental à apreciação da Turma.

É o relatório.

VOTO

A irresignação não merece guarida.

Conforme se observa, a Defesa do agravante não trouxe argumentos suficientemente capazes de infirmar a decisão agravada, motivo pelo qual a mantenho por seus próprios fundamentos, os quais restaram assim consignados (e-STJ, fls. 425-431):

"No caso, a Corte de origem manteve afastada a minorante do tráfico privilegiado, nestes termos (e-STJ, fls. 207-213):

‘Aduz a defesa, em linhas gerais, que o réu preenche os requisitos para ser agraciado com aludida benesse e que a quantidade da droga, por si só, não constitui motivação idônea para que a redutora não seja aplicada, devendo, portanto, ser aplicada aludida causa especial de diminuição de pena na fração máxima. Em que pesem os argumentos elencados, antecipo, razão não lhe assiste. Conforme normatiza o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06: ‘Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas 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’. In casu, ainda que o réu seja primário e não ostente antecedentes criminais, como bem consignado pelo juízo a quo ‘os registros demonstram que, a despeito do acusado ter afirmado se tratar de um caso isolado, vinha se dedicando há tempo no tráfico interestadual de entorpecente’ (ev. 47). Como se vê, agiu com acerto o juízo *a quo*, pois as mensagens extraídas do celular comprovam, sem sombra de dúvidas, que na semana anterior a sua prisão nesses autos, o réu estava realizando a mesma função, ou seja, estava transportando drogas do Estado do Paraná para Santa Catarina. E para que não restem dúvidas, transcrevo alguns desses diálogos (ev. 68 - fl. 5): No dia 2.4.2023 o réu troca as seguintes mensagens com o interlocutor identificado como ‘Gg’: [...] A conversa entre eles continua e é possível verificar que ‘Gg’ inclusive faz a função de batedor para o réu: [...] Como se vê, dos diálogos extraídos fica sobejamente comprovado que os fatos apurados nesse feito não foram um acontecimento isolado na vida do réu, e que o apelante já se dedicava a traficância com habitualidade, pois no dia seguinte ‘Gg’ comemora o sucesso da ação delitiva e envia a seguinte mensagem para Deivid: ‘fica tranquilo, ta.. Ano passado nós ganhamos muito dinheiro e esse ano nós vamos ganhar muito mais ainda, parça... É só deixar a equipe no pente aí.. (03/04/2023 11:32:39)’. Nestes autos, o réu foi preso em flagrante no dia 10.4.2023, transportando mais de 138kg (cento e trinta e oito quilos) de maconha e mais de 51kg (cinquenta e um quilos) de skank, e já no dia 8.4.2023 o apelante e ‘Gg’ começaram a planejar a empreitada criminosa, conforme comprovam as mensagens extraídas do celular do apelante (ev. 68 - fl. 6): [...] No dia dos fatos, enquanto o réu retornava para Santa Catarina, trocou as seguintes mensagens com seu comparsa ‘Gg’ (ev. 68 - fl. 7):

[...] Como se vê, diferentemente do que tenta fazer crer a defesa, o conjunto probatório é robusto e não deixa margem para dúvidas de que o réu se dedicava a traficância com habitualidade. E ainda que o causídico alegue que o sentenciante afastou a causa especial de diminuição de pena, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, apenas com base na quantidade de droga apreendida, referida arguição não corresponde a realidade, pois conforme já consignado, o sentenciante enfatizou que ‘os registros demonstram que o acusado vinha se dedicando há tempo no tráfico interestadual de entorpecente’ (ev. 47). E como bem pontuado pela douta Procuradoria (ev. 10):

‘[...] Ao contrário do que alegou a defesa, não estão presentes todas as exigências que a legislação estipula para a concessão do benefício, uma vez que o acusado dedicava-se a atividades criminosas, sobretudo porquanto transportava do estado do Paraná para ser distribuída em Santa Catarina expressiva quantidade de entorpecentes – 138kg de maconha e 51kg de skank. Além disso, da análise do aparelho celular apreendido na posse do recorrente foi possível constatar diversas conversas relativas à narco traficância, deixando evidente o seu planejamento para a viagem até o outro estado e o contato com possíveis ‘batedores’ durante o deslocamento. Inclusive, em diálogos mantidos com a pessoa identificada como ‘Gg’, eles conversam sobre um transporte de drogas realizado por DEIVID SCOTTINI OBUGALSKI uma semana antes da prisão ocorrida no presente processo, ocasião em que o réu obteve sucesso na empreitada criminosa. Portanto, o conjunto probatório deixa nítido que o fato pelo qual o apelante foi condenado não se trata de um episódio isolado em sua vida, notadamente em razão do modus operandi utilizado (transporte interestadual) e da grande quantidade de estupefacientes apreendidos. [...]. Desta forma, tendo em vista que o acusado não se enquadra como traficante de primeira viagem, que é a figura que a norma visa resguardar, inviável a incidência da causa especial de diminuição de pena no caso concreto.’

A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

No caso, a instância anterior ressaltou que as circunstâncias do delito denotam a habitualidade do acusado no comércio espúrio, considerando os registros extraídos de seu celular, nos quais pode ser observado o planejamento para a prática do tráfico de drogas.

Ademais, nestes registros, consta a afirmação do agravante de que ‘ano passado nós ganhamos muito dinheiro e esse ano nós vamos ganhar muito mais ainda, parça... É só deixar a equipe no pente aí..’.

Portanto, assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, que o recorrente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial.

A propósito:

‘PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 integrarem organizações criminosas. 2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julga do em 23/5/2017, DJe 30/5/2017). 3. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. Além do registro de atos infracionais recentes e análogos ao delito de tráfico de drogas, as circunstâncias do cometimento do delito (apreensão de 12 porções de maconha no cômodo por ele habitado, uma balança de precisão e uma carteira de terceiro, possível usuário de drogas) denotam a dedicação do recorrente à atividade criminosa, tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual. 4. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido'. (AgRg no AREsp n. 2.411.728/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 28/11/2023.)

‘AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006). FUNDAMENTAÇÃO. IDONEIDADE. QUESTÕES APRECIADAS NO HC N. 559.473/SP. PRECLUSÃO. REVISÃO POR ESTA CORTE SUPERIOR. FALTA DE COMPETÊNCIA. MINORANTE. REQUISITOS. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No julgamento do Habeas Corpus n. 559.473/SP, em que o Agravante figurou como Paciente, foi reconhecida a idoneidade da fundamentação utilizada, pelas instâncias ordinárias, para negar a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006. [...] 4. Considerados idôneos os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para obstar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, para rever a conclusão, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, descabido em recurso especial, e não apenas a valoração das provas. Aplicação da Súmula n. 7 do STJ. 5. Agravo regimental desprovido.’ (AgRg no AREsp 1780831/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 11/03/2021.)

‘AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL. ÓBICE DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO DE MINORANTE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 2. Nos termos da jurisprudência deste Sodalício, 'para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal' (AgRg no REsp 1819027/SP, Rel. Ministro

ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2020, DJe 23/9/2020). 3. Na hipótese, a decisão expressamente consignou que o réu se dedicava à atividade criminosa, sendo descabida a aplicação da referida causa de diminuição e, rever o referido entendimento esbarra diretamente no óbice da Súmula n. 7/STJ ante o necessário reexame fático-probatório da demanda.4. Agravo regimental desprovido.’ (AgRg no AREsp 1714857/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020.)

Segundo, no tocante ao regime prisional, assim ponderou o Tribunal *a quo* (e-STJ, fls. 202-213):

‘Alega a defesa que houve bis in idem, pois a quantidade da droga apreendida foi utilizada para exasperar a pena-base, para negar a causa especial de diminuição de pena, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como para fixar regime prisional mais gravoso, devendo, portanto, ser reformada aludida mácula. Sem maiores digressões, inviável o acolhimento do pleito. Isso porque, conforme consignado alhures, a causa especial de diminuição de pena, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não foi aplicada ao réu, pois sua dedicação às atividades criminosas restou sobejamente comprovada. Desse modo, inexistente a mácula apontada, pois a quantidade da droga foi utilizada na dosimetria, tão somente, para exasperar a pena-base em 1/6 (um sexto), em estrita observância ao art. 42 da Lei n. 11.343/06, inexistindo, portanto, reparo a ser feito. E no que diz respeito a alegação de que a quantidade da droga foi utilizada para fixação do regime mais gravoso, incorrendo em dupla punição, da mesma forma, razão não assiste a defesa, pois o regime prisional fechado foi fixado nos moldes do art. 33, § 3º, do CP, o qual preceitua que as circunstâncias judiciais devem ser consideradas para fins de fixação do regime prisional, sem que isso implique em dupla punição, ou bis in idem, como pretende fazer crer a defesa. [...] Assim, considerando que a reprimenda e o regime prisional foram corretamente aplicados, inexistente reparo a ser feito, motivo pelo qual deixo de acolher o pedido defensivo.’

Este entendimento não comporta reparos. Conforme jurisprudência pacificada nesta Corte, conquanto a pena imposta ao recorrente, primário, tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, o regime fechado é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da existência de circunstância judicial desfavorável (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), que serviu de lastro para elevar a pena-base acima do mínimo legal. Sobre o tema, cito os seguintes julgados, com destaques:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS ADICIONAIS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE INSUMOS PARA O REFINAMENTO E EMBALO DA DROGA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83/STJ. RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, J, DO CP. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. APLICAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FALTA DE INTERESSE. ATENUANTE APLICADA NA DECISÃO AGRAVADA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ELEVADA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DETRAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No julgamento do Resp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha (DJe 1º/7/2021), decidiu-se que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são circunstâncias a serem necessariamente valoradas na fixação da pena-base, nos termos

do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, somente podendo ser consideradas para o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2016, quando houver a indicação de outros elementos concretos adicionais que caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. 2. Tendo a causa de diminuição sido afastada com a indicação de elementos concretos adicionais, em razão da apreensão, ‘não somente de expressiva quantidade de maconha e cocaína, mas também de sacos de insumos para refinamento de entorpecentes (2,2 kg), três mil eppendorfs vazios, duas balanças de precisão e uma faca (fls. 24/25), circunstâncias que evidenciam a sua dedicação à mercancia ilícita’, o acórdão de origem não destoa da jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 83/STJ. 3. Considerando o binômio necessidade-utilidade, verifica-se a falta de interesse em relação ao pleito de reconhecimento da atenuante da confissão, pois esta, que já havia sido valorada na origem, foi aplicada na decisão agravada, assim como pretendido pela defesa. 4. **A existência de circunstância judicial desfavorável, referente à grande quantidade e diversidade de droga, justifica a fixação do regime imediatamente mais gravoso, o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do CP, o que, conforme a jurisprudência desta Corte, não caracteriza *bis in idem*.** 5. Tendo sido indicado fundamento concreto para a fixação do regime inicial fechado, despicinda, para fins de fixação do regime inicial, a pretendida detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP. 6. Agravo regimental desprovido.’ (AgRg no AREsp n. 2.357.004/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 16/11/2023. Grifou-se.)

‘HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME DE PENA INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. [...] 2. No tocante ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP. Com efeito, sedimentou-se nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente da natureza e quantidade da droga. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Não evidenciada a existência de ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso, uma vez que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Em que pese a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. [...] 4. Habeas corpus não conhecido.’ (HC 603.065/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 13/10/2020.)

Por fim, convém esclarecer que momento de se aferir a miserabilidade do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, ‘nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado

nas custas processuais' (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014).”

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

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0427844-0

AgRg no
AREsp 2.516.221 /
SC
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 50003975920238240119

EM MESA

JULGADO: 27/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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 : DEIVID SCOTTINI OBUGALSKI
ADVOGADO : DEISE KOHLER - SC052238
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 SCOTTINI OBUGALSKI
ADVOGADO : DEISE KOHLER - SC052238
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.