



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 1 de 20

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

Tese 560

DROGAS – TRÁFICO – PRIVILÉGIO – AGENTE COM MAUS ANTECEDENTES– UTILIZAÇÃO DESSE VETOR NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA – INOCORRÊNCIA DE INDEVIDO ‘BIS IN IDEM’. Ostentando o acusado maus antecedentes é incabível o reconhecimento da modalidade privilegiada do delito de tráfico de drogas (art. 33, §4º, da Lei nº 11.340/2006), sem que caracterize indevido ‘bis in idem’ a consideração desse vetor na primeira e terceira fases da dosimetria.

Acompanha o presente recurso cópia do acórdão relativo ao AgInt no AREsp 1350765/RS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, STJ, oferecido como paradigma e publicado na Revista Eletrônica de Jurisprudência.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 2 de 20

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA
EGRÉGIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos da **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1503141-36.2019.8.26.0535**, da comarca de Guarulhos, em que figura como acusado **ROGER DE BRITO**, vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal e no artigo 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o **COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos seguintes motivos:

1 – RESUMO DOS AUTOS

ROGER DE BRITO - acusado com maus antecedentes - foi condenado por infração ao artigo 33, *caput*, e ao artigo 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 09 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.416 dias-multa, no menor valor unitário (fls. 233/246 e fls.248).

Apreciando apelo do acusado, porém, a Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em votação unânime, deu parcial provimento ao recurso,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 3 de 20

para reconhecer em favor do acusado ROGER a modalidade privilegiada do delito, condenando-o, por incurso no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade e por prestação pecuniária, e de multa de 166 diárias, no menor valor unitário (fls.364/379).

Assim o órgão fracionário do Tribunal de Justiça assim justificou o reconhecimento do privilégio a despeito de o recorrido exibir maus antecedentes:

“Assim, mantenho o aumento em razão dos comprovados maus antecedentes, mas no patamar de 1/6, perfazendo 05 (cinco) anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na fase intermediária, ausentes agravantes e atenuantes, a pena manteve-se no quantum anterior.

Na terceira fase, o juízo de piso afastou a aplicação do redutor, ante os maus antecedentes.

Contudo, o mau antecedente já foi utilizado para exasperar a pena-base, não podendo ser aplicado para afastar o redutor sob pena de *bis in idem*.

Desse modo, ante a primariedade técnica do acusado e de não haver prova nos autos de sua dedicação a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, aplico a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração máxima de 2/3 (dois terços), considerando a quantidade de entorpecentes apreendidos: 50 (cinquenta) porções com peso líquido de 84,37g de maconha, 19 (dezenove) porções com peso líquido total de 14,63g de cocaína, e 72 (setenta e duas) porções com peso líquido total de 14,79g de crack), que não pode ser considerada de grande monta, perfazendo a penade 01 ano e 08 meses de reclusão, com multa no importe de 166 dias-multa, no valor mínimo”.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 4 de 20

Ao reconhecer o privilégio a despeito dos maus antecedentes do acusado, sob a justificativa de que constitui indevido *bis in idem* a consideração desse vetor na primeira e terceira fases da dosimetria, a Egrégia Corte Estadual divergiu de interpretação dada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça ao artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, autorizando a interposição do presente recurso especial, com base no art. 105, inciso III, **alínea “c”**, da Constituição Federal, para que prevaleça, no caso em tela, o seguinte entendimento:

“Ostentando o acusado maus antecedentes é incabível o reconhecimento da modalidade privilegiada do delito de tráfico de drogas (art. 33, §4º, da Lei nº 11.340/2006), sem que caracterize indevido *bis in idem* a consideração desse vetor na primeira e terceira fases da dosimetria.”

2 – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

A incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pressupõe a ocorrência, cumulativa, de 4 requisitos: (a) ser primário; **(b) possuir bons antecedentes**; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Na hipótese dos autos, os maus antecedentes do acusado interditam, de plano, a concessão do benefício.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 5 de 20

É firme a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, no sentido de que a utilização dos maus antecedentes para majorar a pena (na primeira etapa da dosimetria), assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas (na terceira fase do método dosimétrico), não caracteriza ofensa ao princípio do *non bis in idem*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MAUS ANTECEDENTES. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INTERMEDIÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "Não configura bis in idem a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado" (AgInt no AREsp 1350765/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018).

2. Estabelecida pena superior a 4 anos, não há ilegalidade na fixação do regime semiaberto nem na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 635.594/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONDENAÇÃO ANTERIOR. NÃO CONFIGURAÇÃO DE BIS IN IDEM. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL.

DESCABIMENTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As condenações atingidas pelo período depurador quinquenal do art. 64, inciso I, do CP, embora afastem os efeitos da reincidência,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 6 de 20

não impedem a configuração de maus antecedentes, na primeira etapa da dosimetria da pena. Precedentes.

2. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n.º 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 organização criminosa.

3. No caso em análise, ostentando o réu maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. (AgRg no HC 557.615/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2020, DJe 16/04/2020).

4. Apesar de o montante da pena (5 anos, de reclusão) comportar, em princípio, o regime inicial semiaberto, verifico que a pena-base não foi fixada no mínimo legal, circunstância esta que justifica o recrudescimento do regime, inexistindo, portanto, coação ilegal a ser sanada por esta Corte.

5. Mantida a reprimenda fixada na origem em patamar superior a 4 anos, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 558.745/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 21/09/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MAUS ANTECEDENTES. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Concluindo o Tribunal de origem, soberano na análise probatória, pela autoria e materialidade delitivas, a pretendida alteração do julgado, para fins de desclassificação, demandaria revolvimento de provas, o que não se admite a teor da Súmula 7/STJ.

2. Não configura bis in idem a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado (AgInt no



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 7 de 20

AREsp 1350765/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1845195/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REÚ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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).

2. No caso, tratando-se de réu que ostenta maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem.

3. O regime fechado é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias judiciais, nos termos dos arts. 33 e 59 do Código Penal.

4. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 557.615/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2020, DJe 16/04/2020)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N. 11.343/06. MINORANTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. § 4º. REQUISITOS. OBJETIVO. MAUS ANTECEDENTES. BIS IN IDEM. NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 8 de 20

DESFAVORÁVEL. QUANTUM DE PENA APLICADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pressupõe a ocorrência, cumulativa de 4 requisitos: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Na hipótese, o acórdão recorrido destacou que o paciente possui maus antecedentes, o que afasta, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena pretendida, estando esse fundamento em consonância com o entendimento desta Corte. Ressalta-se, ainda, que a jurisprudência deste Tribunal Superior entende que não resta configurado indevido bis in idem a utilização de tal vetor para aumentar a pena-base e, concomitantemente, afastar a minorante em questão.

3. Para a fixação do regime inicial deve-se observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º; c.c. o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e art. 42 da Lei de Drogas, tendo em vista o afastamento, pelo Supremo Tribunal Federal - STF, da obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

In casu, a presença de circunstância judicial desfavorável justifica a fixação do regime inicial fechado.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 520.497/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019)

2.1 – ACÓRDÃO PARADIGMA

A COLETA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no julgamento do **AgInt no AREsp 1.350.765/RS**, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, julgado em 20.09.2018 e publicado no DJe de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 9 de 20

26.09.2018, ora oferecido como paradigma e publicado na **Revista Eletrônica de Jurisprudência** (cópia em anexo), assim decidiu:

PENAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. 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).

2. Hipótese em que as instâncias de origem negaram a incidência da referida minorante, pela falta do atendimento dos pressupostos legais, pois o recorrente é portador de maus antecedentes (registra duas condenações anteriores definitivas). 3. Não configura bis in idem a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado. 4. O pedido de alteração do regime prisional para o inicial semiaberto configura indevida inovação recursal, pois não foi objeto de questionamento nas razões do recurso especial.

5. Agravo regimental não provido.

(AgInt no AREsp 1350765/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018)

O acórdão paradigma está assim vazado:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 10 de 20

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.350.765 - RS (2018/0216488-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : JOSE ROBERTO LOPES
ADVOGADO : JOSE HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS0043698
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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).
2. Hipótese em que as instâncias de origem negaram a incidência da referida minorante, pela falta do atendimento dos pressupostos legais, pois o recorrente é portador de maus antecedentes (registra duas condenações anteriores definitivas).
3. Não configura *bis in idem* a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado.
4. O pedido de alteração do regime prisional para o inicial semiaberto configura indevida inovação recursal, pois não foi objeto de questionamento nas razões do recurso especial.
5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais
Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 11 de 20

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.350.765 - RS (2018/0216488-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : JOSE ROBERTO LOPES
ADVOGADO : JOSE HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS0043698
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de agravo regimental interposto por **JOSE ROBERTO LOPES** contra decisão desta Relatoria, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 412-416).

A defesa alega, em síntese, que "na forma do art. 64, I, do CP, a reincidência não mais existe, para efeitos da concessão da minorante" (e-STJ, fl. 427).

Assevera que "no que tange a fixação da pena, a mesma deve ser fixada no montante mínimo previsto, haja vista que a circunstância da quantidade já foi levada em conta para efeitos da aplicação da minorante" (e-STJ, fl. 427).

Aponta a possibilidade de fixação do regime inicial semiaberto.

Requer, portanto, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito à apreciação da Turma, para que seja reduzida a pena do réu e alterado o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

É o relatório



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais
Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 12 de 20

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.350.765 - RS (2018/0216488-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : JOSE ROBERTO LOPES
ADVOGADO : JOSE HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS0043698
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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).
2. Hipótese em que as instâncias de origem negaram a incidência da referida minorante, pela falta do atendimento dos pressupostos legais, pois o recorrente é portador de maus antecedentes (registra duas condenações anteriores definitivas).
3. Não configura *bis in idem* a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado.
4. O pedido de alteração do regime prisional para o inicial semiaberto configura indevida inovação recursal, pois não foi objeto de questionamento nas razões do recurso especial.
5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

O inconformismo do agravante não merece prosperar.

A decisão agravada, a seguir transcrita, deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois está em consonância com a jurisprudência desta Corte:

"[...]"

O acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos:

"[...]"

Nesse passo, mostra-se benéfica a fixação da **pena base** no *quantum* observado na decisão recorrida (**cinco anos e nove meses de reclusão**), revelando-se desfavoráveis as balizadoras atinentes aos antecedentes e à vultosa **quantidade e nocividade da droga** apreendida (repisa-se: **1.016 gramas de cocaína**), valoradas pela magistrada de primeiro grau'.

Em seguida, foi elevado o apenamento básico em virtude da agravante da **reincidência (seis meses)**, resultando definitiva a sanção carcerária em



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais
Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 13 de 20

Superior Tribunal de Justiça

sete anos e três meses de reclusão, patamar em que vai mantida.
Por fim, no que diz com a pretendida aplicação da minorante de que trata o artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, tal pretensão constitui absurdidade por registrar o **recorrente duas condenações anteriores e irrecorríveis (nº 2 2.05.0035960-7 e nº 2.05.0366188-1), circunstância impeditiva da observância da minorante em questão, pois, ostentando antecedentes, inafastável a conclusão de que se dedica à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à causa de diminuição precitada, tampouco à providência daí derivada (substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos).**
Por isso que nego provimento ao apelo." (e-STJ, fls. 338-339; sem grifos no original)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organização criminosa.

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.

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 art. 59 do CP, 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 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

Ao contrário da tese da defesa, em relação à validade das condenações definitivas consideradas como maus antecedentes, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal (AgRg no AREsp 1.123.655/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 5/9/2017, DJe 13/9/2017; AgRg no AREsp 1.068.053/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 23/8/2017).

In casu, tratando-se de réu que ostenta maus antecedentes (processos n.º 2.05.0035960-7 e n.º 2.05.0366188-1), é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas:

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. CRIME ANTERIOR AO APURADO NOS AUTOS. TRANSITO EM JULGADO POSTERIOR. MAUS ANTECEDENTES. RECONHECIMENTO. TESE EMINENTEMENTE DE



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais
Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 14 de 20

Superior Tribunal de Justiça

DIREITO. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE E AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A verificação dos maus antecedentes do acusado prescinde do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, por ser questão eminentemente de direito. 2. Configura-se o mau antecedente sempre que, na data da sentença, o acusado registre condenação definitiva por delito anterior, independentemente do momento do seu trânsito em julgado, se anterior ou posterior ao crime em análise. 3. Na espécie, constatada a condenação do réu, com trânsito em julgado, por crime anterior ao apurado nos autos, caracterizados estão os maus antecedentes. 4. Diante dessa circunstância, afigura-se idônea a majoração da pena-base e o afastamento do tráfico privilegiado.

5. Contudo, fixada a reprimenda em patamar inferior a 8 anos de reclusão, a existência de única circunstância judicial desfavorável, possibilita o estabelecimento do modo semiaberto para o desconto da pena, nos termos dos arts. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal.

6. Agravo regimental parcialmente provido para conceder ao agravante o regime inicial semiaberto.

(AgRg no AREsp 1076201/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO. VIA ESPECIAL IMPRÓPRIA PARA ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Os requisitos legais para o deferimento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

2. Conquanto não se desconheça que o Supremo Tribunal Federal ainda há de se manifestar quanto ao interregno de tempo para sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes (RE 593.818/SC), deve-se prestigiar a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há constrangimento ilegal na consideração de condenações extintas há mais de cinco anos para fins de maus antecedentes, de modo a afastar a aplicação da minorante do artigo 33 do § 4º da Lei nº 11.343/06, que requisita que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. Na hipótese, verifica-se que a dedicação do recorrido às atividades criminosas se infere da existência de condenações passadas em seu desfavor.

4. No que concerne à alegada violação do artigo 5º, X, da Constituição Federal, tem-se que tal pleito não merece subsistir, uma vez que a via especial é imprópria para o conhecimento de ofensa a dispositivos constitucionais. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1061184/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017)

Ademais, impende ressaltar que, segundo a jurisprudência da Quinta Turma



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 15 de 20

Superior Tribunal de Justiça

deste Tribunal, não configura *bis in idem* a aferição, concomitante, da quantidade de droga para exasperar a pena inicial e para afastar a incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando, neste último caso, tal circunstância evidencia o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes.

Confiram-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES (CRACK E MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS - CRACK (1.095 GRAMAS) E 339 GRAMAS DE MACONHA. 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. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade e natureza das drogas, 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 da quantidade/diversidade das drogas apreendidas, inviabilizando a concessão do benefício.

2. A utilização concomitante da quantidade e natureza da 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 criminosas - não configura *bis in idem*.

3. Quanto ao regime prisional, a natureza e a expressiva quantidade de drogas - Crack (1.095 gramas) e 339 gramas de maconha - demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.571.728/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 29/11/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. TRAFICÂNCIA HABITUAL. MINORANTE DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A elevada quantidade de entorpecentes constitui elemento idôneo para se aferir a traficância habitual e, conseqüentemente, afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06.

2. Na hipótese dos autos, inexistente ilegalidade na dosimetria da pena, tendo em vista o entendimento consolidado neste Sodalício, no sentido de que "não há *bis in idem* quando a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar a elevação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de seu reconhecimento, por indicar que o agravante fazia do tráfico ilícito de drogas seu meio de vida." (AgRg no REsp 1580686/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 16 de 20

Superior Tribunal de Justiça

13/12/2016, DJe 01/02/2017).

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.660.470/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 29/11/2017).

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

Publique-se. Intimem-se." (e-STJ, fls. 412-416)

Com efeito, diante da reiterada conduta delitiva do réu, evidenciada no registro de duas condenações anteriores definitivas, não se admite o reconhecimento do tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Por fim, quanto ao pedido de alteração do regime prisional, observa-se que tal questão não foi levantada nas razões do recurso especial, configurando evidente inovação recursal, vedada em sede de agravo regimental (AgRg no REsp 1.678.595/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 28/11/2017; AgRg no REsp 1.378.508/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 1º/12/2016, DJe 7/12/2016).

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

É como voto.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais**

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 18 de 20

Como se vê, exsurge divergência jurisprudencial pela prolação do v. acórdão recorrido.

2.2 – COMPARAÇÃO ANALÍTICA

Como podemos verificar pela transcrição ora realizada, é evidente o paralelismo entre o caso trazido à colação e a hipótese decidida pelo v. acórdão recorrido, pois em ambos houve decisão sobre a possibilidade de, em crime de tráfico de droga, considerarem-se os maus antecedentes do acusado para exasperar as penas-base e, concomitantemente, para denegar o privilégio.

Divergentes, no entanto, foram as conclusões.

Para o acórdão recorrido:

“Assim, mantenho o aumento em razão dos comprovados maus antecedentes, mas no patamar de 1/6, perfazendo 05 (cinco) anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na fase intermediária, ausentes agravantes e atenuantes, a pena manteve-se no quantum anterior.

Na terceira fase, o juízo de piso afastou a aplicação do redutor, ante os maus antecedentes.

Contudo, o mau antecedente já foi utilizado para exasperar a pena-base, não podendo ser aplicado para afastar o redutor sob pena de *bis in idem*.” (fls.375).



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais**

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 19 de 20

Ao passo que, para o aresto paradigma:

“Não configura *bis in idem* a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado.”

Em resumo, enquanto para o acórdão recorrido, ao maus antecedentes não podem embasar a exasperação das bases e também a denegação do privilégio, para o acórdão paradigma, em sentido diverso, **“Não configura *bis in idem* a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado”.**

É nítida, pois, a semelhança entre as situações cotejadas e manifesta a divergência de soluções, a merecer análise pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Por seu acerto, deve prevalecer, no caso em análise, a interpretação adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que **ostentando o acusado maus antecedentes é incabível o reconhecimento da modalidade privilegiada do delito de tráfico de drogas (art. 33, §4º, da Lei nº 11.340/2006), sem que caracterize indevido *bis in idem* a consideração desse vetor na primeira e terceira fases da dosimetria.**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Recurso Especial nº 1503141-36.2019.8.26.0535

Página 20 de 20

3 – PEDIDO DE REFORMA

Diante do exposto, demonstrada a existência de divergência jurisprudencial na interpretação do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, aguarda esta Procuradoria-geral de Justiça, a admissão do presente Recurso Especial por essa Egrégia Presidência, com a remessa dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para conhecimento e provimento, de modo a cassar parcialmente o v. acórdão impugnado, em ordem a, na terceira etapa da dosimetria, afastar o privilégio reconhecido em favor do recorrido **ROGER DE BRITO**, restaurando, em consequência, as penas relativas ao crime de tráfico aplicadas em primeiro grau de jurisdição.

São Paulo, 18 de agosto de 2021.

Alexandre Cebrian Araújo Reis
Promotor de Justiça

(Designado em 2ª instância - PORTARIA Nº 8099/2015, DOESP DE 1º/08/2015¹)

¹ Cópia em anexo