AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.424.891 - RS (2019/0003681-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	RENATO DOS SANTOS DA SILVA
ADVOGADO	:	MATEUS PORTO - RS053019
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **RENATO DOS SANTOS DA SILVA,** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 33, *caput*, e § 4º, da Lei 11.343/06, 386, VII, do Código de Processo Penal, 59 e 61, I, do Código Penal.

Defende a ausência de provas suficientes para a condenação do recorrente pelo delito de tráfico de drogas.

Assevera que "se a agravante da reincidência serviu para impedir a redutora do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/2006, não poderia também servir para aumentar a pena base", sob pena de caracterizar *bis in idem* (e-STJ, fl. 389).

Requer a absolvição do recorrente. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da incidência da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena, "eis que tal agravante serviu na espécie como óbice de diminuição especial de pena a luz do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/2006" (e-STJ, fl. 390).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 397-401), o recurso foi inadmitido com fundamento no óbice da Súmula 7/STJ (e-STJ, fls. 403-408). Daí este agravo (e-STJ, fls. 412-424).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 444-449).

É o relatório.

Decido.

O recurso não merece prosperar.

O Tribunal *a quo* manteve a condenação do recorrente e a agravante da reincidência no cálculo dosimétrico, nos seguintes termos:

> "A materialidade e a autoria encontram-se demonstradas pelo auto de prisão em flagrante e ocorrências policiais (fls. 22 e ss.), auto de apreensão (fls. 32/33), laudos de constatação da natureza da substância (fls. 37/38, 41/42 e 45/47), fotografia da fl. 34, laudos periciais das fls. 157/159 e 162/164 e 166/171, bem como pela prova oral coligida.
> O réu exerceu o direito de permanecer em silêncio, perante a autoridade policial e o juízo.
> Os policiais Flávio Daniel Schunke, Júlio Henrique Rohsig e Paulo Marins Naimayer Vieira foram uníssonos no sentido de que receberam uma informação dando conta de que foragidos da justiça estariam com armas e drogas, e, de posse de mandado de busca e apreensão, foram ao local informado averiguar, ocasião em que

encontraram em uma mochila que estava sobre um roupeiro a droga que foi apreendida, balanças de precisão e outros petrechos utilizados para o tráfico de drogas. Ao ser indagado, o réu, morador do local, disse que estava guardando a mochila para um amigo. Surgiu uma informação de que a droga era do traficante Alexandre de Oliveira (Nirinho), mas, após investigações, concluíram que RENATO DOS SANTOS DA SILVA estava guardando a droga, não constando notícia de que o local era um ponto de tráfico.

Compartilho do entendimento majoritário relativamente à validade dos depoimentos de policiais como meio de prova para sustentar condenação, uma vez que seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem-estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes. E, no caso, não há elementos para se afirmar que os agentes policiais estão falseando os fatos.

Nesse passo, para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais militares (ou ao menos suscitar dúvida, que já favoreceria o réu), seria preciso que se constatassem importantes contradições em seus relatos, ou que estivesse demonstrada alguma desavença com o réu, séria o bastante para torná-los suspeitos; e, no caso em tela, nada disso foi minimamente demonstrado nos autos.

No caso, como se viu, os policiais receberam uma informação de que em uma residência havia foragidos com armas e drogas, solicitaram mandado de busca e apreensão, o qual foi deferido, e, então, os milicianos foram até o endereço informado, sendo a residência de RENATO DOS SANTOS DA SILVA, logrando, os policiais, localizar e apreender em uma mochila 6 porções de cocaína pesando, aproximadamente, 1,847 kg, 6 porções de crack pesando, aproximadamente, 4,133 kg, 6 porções de maconha pesando, aproximadamente, 2,470 kg, além de 3 balanças de precisão e fita adesiva, não havendo a menor dúvida de que o réu estava praticando o tráfico de drogas.

Saliento que o tráfico de drogas é tipo múltiplo de conteúdo variado, havendo diversos verbos nucleares que o caracterizam; portanto, o flagrante do ato da venda é dispensável para sua configuração, quando restar evidente que a destinação dos entorpecentes é a comercialização - como no caso restou comprovado, nos termos acima expostos.

Impositiva, assim, a manutenção da condenação do réu, nos termos da peça acusatória.

[...]

Na segunda fase, em razão da agravante da reincidência, correta a elevação da pena do réu, diante da certidão de antecedentes juntada às fls. 211/211 v., que aponta que realmente Renato dos Santos da Silva é reincidente, constando condenação por roubo, com transitada em julgado antes da prática do fato em questão.

Saliento que a reincidência não é inconstitucional e nem configura bis in idem, pois se trata de mero mecanismo de individualização da pena que atende ao princípio basilar da isonomia, por conferir tratamento desigual àqueles que apresentam condições desiguais.

Ora, não se pode deixar de agravar a pena pela reincidência, tratando-se, assim, da mesma forma delinquentes que se encontram em situações diferenciadas, considerando-se que um deles, já condenado por crime anterior, voltou a delinquir, demonstrando

> ausência de autocrítica e dificuldade em se reintegrar ao convívio social, sendo necessário individualizar a situação de cada apenado. A reincidência, assim como as demais circunstâncias legais da pena, cumpre essa função.
> Sendo assim, fica mantido o agravamento da pena, restando definitivada a pena em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, na ausência de outras causas modificadoras" (e-STJ, fls. 367-370).

O acórdão combatido concluiu "os policiais receberam uma informação de que em uma residência havia foragidos com armas e drogas, solicitaram mandado de busca e apreensão, o qual foi deferido, e, então, os milicianos foram até o endereço informado, sendo a residência de Renato dos Santos da Silva, logrando, os policiais, localizar e apreender em uma mochila 6 porções de cocaína pesando, aproximadamente, 1,847 kg, 6 porções de crack pesando, aproximadamente, 4,133 kg, 6 porções de maconha pesando, aproximadamente, 2,470 kg, além de 3 balanças de precisão e fita adesiva, não havendo a menor dúvida de que o réu estava praticando o tráfico de drogas" (e-STJ, fl. 368). Dessa forma, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e decidir pela absolvição do agravante, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

A propósito:

> "[...]
> 1. Inadmissível o exame da pretensão de absolvição e de desclassificação da conduta, quando concluída pela Corte de origem que a materialidade e autoria do delito restaram fundamentadas em provas inquisitorial e judicial, em razão da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.
> 2. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no AREsp 1.131.028/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018).

> "[...]
> Desconstituir o entendimento firmado, no intuito de abrigar o pleito defensivo de absolvição, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 7/STJ. (...)
> 2. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda corporal, com a adequação do regime inicial de cumprimento da pena."
> (AgRg no AREsp 1.024.563/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 04/04/2018).

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME MILITAR. FURTO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. Para adotar a tese suscitada pela defesa - de não haver certeza quanto ao envolvimento do agravante na prática delitiva - e, consequentemente, absolver o réu com base no art. 439, "e", do Código de Processo Penal Militar, seria necessário o revolvimento das provas constantes dos autos, o que ultrapassa a mera revaloração

> das premissas estabelecidas no acórdão impugnado e, por conseguinte, atrai a incidência da Súmula n. 7 desta Corte Superior.
> 2. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no REsp 1376286/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017).

Quanto ao pleito de abrandamento da pena, melhor sorte não assiste ao recorrente.

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.

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 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).

In casu, tratando-se de réu reincidente, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, **sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja *bis in idem*.**

Cito, a propósito, os seguintes julgados:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, SOB ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRIMADO DO *NE BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. USO DA REINCIDÊNCIA EM FASES DISTINTAS DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
> - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
> - 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 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 caso, o não reconhecimento da figura do tráfico privilegiado operou-se com lastro na reincidência do acusado, que ostenta condenação definitiva, evidenciando a sua dedicação às atividades ilícitas. Precedentes.

- Não há se falar em *bis in idem* pelo uso da reincidência em fases distintas da dosimetria da pena, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica. Precedentes.

- Dessa forma, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois não preenchidos os requisitos legais, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

- O STF, julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- No caso, observa-se que, apesar de o montante da pena (5 anos e 10 meses de reclusão) comportar, em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada na reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 2º, 'a' e 'b', e § 3º, do Código Penal, inexistindo, portanto, coação ilegal a ser sanada por esta Corte. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 410.990/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM.* NÃO OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO.

PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.

2. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade da droga envolvida na empreitada criminosa - 48,878 kg de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Tratando-se de réu reincidente, inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que '(...) 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'.

4. Não há falar em *bis in idem* em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica.

5. Fixada a reprimenda corporal em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e, tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'b', do Código Penal.

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 409.134/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/9/2017, DJe 18/9/2017, grifou-se).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, III, do CPC c/c art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, **conheço** do agravo para **não conhecer** do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator