

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.471.401 - MG (2019/0086308-1)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**AGRAVANTE : HARYFFY GABRYEL COSTA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**DECISÃO**

Agrava-se de decisão que não admitiu recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim ementado:

*APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - MAJORANTE - CRIME PRATICADO EM RESIDÊNCIA CIRCUNVIZINHA A UMA IGREJA E A UMA CRECHE - MAJORANTE NÃO EVIDENCIADA - DECOTE NECESSÁRIO - PRIVILÉGIO - FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DAS PENAS - QUANTIDADE E CARACTERÍSTICAS DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS - BALIZAS.*

*- A mens legis da causa de aumento de pena constante do art. 40, III, da Lei 11.343/06 refere-se à maior reprovabilidade da conduta daquele que realiza o efetivo comércio dos entorpecentes nos locais de grande aglomeração de pessoas, com fácil disseminação das substâncias, não sendo razoável seu reconhecimento apenas pelo fato de a residência do acusado encontrar-se circunvizinha às proximidades de uma igreja e a uma creche.*

*- A minoração da reprimenda prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ponderada entre 1/6 e 2/3 de redução de pena, permite a discricionariedade do Magistrado para optar pela melhor fração a se aplicada no caso concreto, considerando, entretanto, com preponderância à análise das circunstâncias judiciais, a natureza e quantidade da substância e o produto, a personalidade e a conduta social do agente. (e-STJ fl. 318)*

Aponta o recorrente a violação dos arts. 33, § 4º e 42 da Lei n. 11.343/06; 33, §§ 2º e 3º e 44 do Código Penal alegando, em síntese que constitui "bis in idem" a utilização da quantidade da droga para definir a fração pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, recrudesce o regime prisional e

# Superior Tribunal de Justiça

obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões às e-STJ fl. 357/359.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso às e-STJ fls. 401/409.

É o relatório. **Decido.**

A irresignação não prospera.

Isso porque, conforme bem decidiu o Tribunal de origem, é entendimento pacificado nesta Corte que inexistente *bis in idem* quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para modular a minorante e, também, para fixar o regime prisional mais grave. A propósito:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO MINORANTE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

- 1. Não há bis in idem na incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 1/6 porque fundada em elementos diversos da quantidade de droga apreendida.*
- 2. De acordo com entendimento desta Corte Superior, não ocorre bis in idem quando a quantidade da droga é considerada para justificar fração de incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e para fixar o regime fechado para cumprimento da pena.*
- 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1376229/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 12/03/2019)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA ACUSADA EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIA DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA MODULAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.434/2006 E ESTABELECE O REGIME INICIAL SEMIABERTO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA DETRAÇÃO. TEMA NÃO SUSCITADO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL NEM EXAMINADO PELA CORTE DE ORIGEM. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

1. [...]

6. *É entendimento pacificado nesta Corte que inexistente bis in idem quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para modular a minorante e, também, para fixar o regime prisional mais grave. Precedentes.*

7. *Teses omissas nas razões do recurso especial não podem ser conhecidas em sede de agravo regimental, por configurar inovação recursal.*

8. *Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1195773/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 26/02/2019)*

Quanto a mais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para o recrudesimento do regime prisional e para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Nessa linha: HC 488.755/SP, desta Relatoria, DJe 15/03/2019.

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

Intimem-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator