RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.533 - AM (2019/0334009-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	MARCOS MOTA DOS SANTOS
ADVOGADO	:	SANDRA REGINA DOS SANTOS - AM003455
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MARCOS MOTA DOS SANTOS (e-STJ fls. 296/304), com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 264/265):

> *PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N.° 11.343/2006. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO, RATIFICADAS PELO DEPOIMENTO COLHIDO PERANTE O JUÍZO A QUO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA DO ACUSADO. LAUDOS DEFINITIVOS DE EXAME EM SUBSTÂNCIA. REPRIMENDA FIXADA EM QUANTUM NECESSÁRIO E SUFICIENTE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA, RELATIVA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTA NO ART. 33, § 4.°, DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES NÃO ALCANÇADOS PELO PERÍODO DEPURADOR DE 05 (CINCO) ANOS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANTENÇA DO DECISUM. APELAÇÃO CRIMINAL CONHECIDA E DESPROVIDA.*
>
> *1. Diante das declarações prestadas perante a Autoridade Policial, e do depoimento do investigador de polícia que atuou na prisão em flagrante, perante o douto Juízo a quo, somados à confissão espontânea do Réu, na fase policial e na fase judicial, bem como, em razão do que noticiaram os Laudos Definitivos de Exame em Substância, a autoria e a materialidade delitivas restaram devidamente provadas, devendo-se manter a condenação do Acusado, pela prática do crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, tipificado no art. 33 da Lei n.fl 11.343/2006.*
>
> *2. A reprimenda atribuída ao, ora, Apelante foi fixada em quantum necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime praticado, em harmonia com o art. 59 do Código Penal, respeitando-se o critério trifásico, estabelecido pelo art. 68 da*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D22CDD20-29F8-41D0-81DF-5D234F151504

Lei Substantiva Penal, havendo sido, adequadamente, analisadas e fundamentadas as circunstâncias judiciais; as circunstâncias agravantes e atenuantes; e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena.

3. Com efeito, a causa de diminuição da reprimenda, relativa do tráfico privilegiado, insculpida no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, possui o condão de minorar a reprimenda de 1/6 (um sexo) a 2/3 (dois terços), desde que o Agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, tampouco, integre organização criminosa.

4. In casu, verificou-se que o Acusado, ora, Apelante possui uma condenação definitiva, pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei n.Q 10.826/2003, advinda do julgamento da Ação Penal n.Q 0219025-73.2013.8.04.0001, a qual transitou em julgado no dia 09 de dezembro de 2015, cuja execução da pena, que tramitava sob os Autos do Processo n.Q 0210757-25.2016.8.04.0001, perante o douto Juízo de Direito da Vara de Medidas e Penas Alternativas, só foi extinta no dia 23 de maio de 2019, demonstrando-se que o Réu não possui bons antecedentes.

5. Noutro giro, a despeito dos argumentos sustentados pela defesa técnica do Recorrente, é de rigor esclarecer que a mencionada condenação não foi atingida pelo período depurador de 05 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, haja vista que esse lapso temporal deve ser contado a partir do cumprimento ou da extinção da pena, e, partindo dessa premissa, havendo ocorrido a extinção da pena no dia 23 de maio de 2019, o Acusado ainda terá que cumprir o período de 04 (quatro) anos e 10 (dez) meses, para que reste configurado o período depurador.

6. Por fim, inexiste bis in idem nos casos em que se utiliza os maus antecedentes para exasperar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, bem como, para afastar a aplicação da causa de diminuição da pena, relativa ao tráfico privilegiado, na terceira e derradeira fase da dosimetria. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça.

7. APELAÇÃO CRIMINAL CONHECIDA E DESPROVIDA.

Nas razões do recurso especial, afirma a parte recorrente violação do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 e do art. 64, inciso I, do CP. Sustenta a incidência do benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a condenação anterior, atingida pelo quinquênio

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D22CDD20-29F8-41D0-81DF-5D234F151504

depurador, previsto no art. 64, inciso I, do CP, não pode configurar maus antecedentes, circunstância utilizada para afastar o referido benefício.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 313/318), o recurso foi admitido (e-STJ fl. 319/322), manifestando-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 335/336).

É o relatório. **Decido**.

O recurso não merece acolhida.

A configuração dos maus antecedentes impede o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33,§ 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ausência do cumprimento dos requisitos legais. Precedentes: AgRg no HC 425.954/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 04/05/2018; AgRg no AREsp 1124693/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 02/05/2018; AgRg no HC 421.000/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018; HC 404.229/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018; HC 397.129/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017.

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que as condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração dos maus antecedentes, o que impede o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33,§ 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nessa linha, os seguintes julgados:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DO*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D22CDD20-29F8-41D0-81DF-5D234F151504

ENTORPECENTE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉ PORTADORA DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR SOPESADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. 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).

6. Reconhecidos os maus antecedentes da paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes.

7. Fixada a sanção corporal em 5 anos e 8 meses de reclusão e considerando a aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado é o cabível para o cumprimento de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal. Precedente.

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 397.129/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. ART. 64, I, DO CP. CONDENAÇÃO ANTERIOR ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO INTERESTADUAL. EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DOS LIMITES DOS ESTADOS.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D22CDD20-29F8-41D0-81DF-5D234F151504

> *DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. QUANTIDADE OU QUALIDADE COMO FUNDAMENTO EXCLUSIVO PARA NEGAR A CONCESSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL. CONDENAÇÃO INFERIOR À 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA (15,6 KG DE COCAÍNA) FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. PRECEDENTES. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 1123655/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 13/09/2017)

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CABIMENTO.*
>
> *[...]*
>
> *II - As condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, o que ilide o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33,§ 4º, da Lei de Drogas, (HC n.338.010/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/4/2016 - grifei). III - Justifica-se a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que a quantidade de pena imposta permitiria uma vez constatado os maus antecedentes do réu. Precedente: HC n. 300.802/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 27/4/2017, AgRg no HC n. 326.343/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 25/11/2015.*
>
> *Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 1054643/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 18/08/2017)

Assim, a condenação criminal do recorrente, cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, pode ser utilizada para caracterizar maus antecedentes para fins de exasperação da pena-base.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D22CDD20-29F8-41D0-81DF-5D234F151504

Ademais, mesmo que assim não fosse, a condenação transitada em julgado não foi atingida pelo período depurador do art. 64, inciso I, do CP, uma vez que não transcorreu o período de 5 anos desde a extinção da pena (29/5/2019).

Nesse contexto, possuindo o acusado maus antecedentes, justificado está o não reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, uma vez que evidencia a sua dedicação às atividades ilícitas.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, no art. 255, § 4º, inciso II, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D22CDD20-29F8-41D0-81DF-5D234F151504