



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2285319 - RJ (2023/0021281-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUIZ FELIPE DOS SANTOS LIMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO/DESCCLASSIFICAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULA 7/STJ. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REGIME PRISIONAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada (decisão de inadmissibilidade do recurso especial) atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte Superior.
2. Com efeito, como tem reiteradamente decidido esta Corte Superior, os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. Não são suficientes meras alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo ou do recurso especial, tampouco a insistência no mérito da controvérsia.
3. Correta, portanto, a decisão ora agravada.
4. Não obstante, verifico, de ofício, a ocorrência de flagrante ilegalidade no tocante a dosimetria da pena, bem como ao não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias, sendo necessária a concessão de *habeas corpus*, no ponto, na forma do art. 654, § 2º, do CPP, c/c o art. 203, inciso II, do RISTJ.
5. A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos, extraídos da conduta imputada ao acusado, que desbordem dos elementos próprios do tipo penal.
6. No caso, o Tribunal local majorou a pena-base em 1/6 em razão da circunstância judicial da personalidade que lhe seria desfavorável.
7. Ora, a personalidade do agente não pode ser aferida pela prática de condutas posteriores ao fato em exame, *[o] que deve ser avaliado é se, ao praticar o fato criminoso imputado, a culpabilidade do réu foi exacerbada ou se, até aquele momento, ele demonstrava personalidade*

desvirtuada ou conduta social inadequada, o que não pode ser aferido retroativamente com base em fato diverso que só veio a ser realizado em tempo futuro [...] (HC n. 834.126/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 13/9/2023.), como ocorrido na espécie.

8. Assim, o afastamento desta circunstância judicial desfavorável se mostra necessário, levando a pena-base ao mínimo legal.

9. Lado outro, 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.

10. É de sabença comum que a condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico impede o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado.

11. No caso, com a absolvição pelo crime de associação para o tráfico, reconhecida pelo Tribunal estadual, não remanescem justificativas para a não concessão da benesse.

12. Agravo regimental não provido. Concedo a ordem de *habeas corpus*, *ex officio*, para fixar a LUIZ FELIPE DOS SANTOS LIMA as penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa, a serem cumpridas em regime inicial aberto, e determino também a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

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, contudo conceder a ordem de habeas corpus, *ex officio*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de novembro de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2285319 - RJ (2023/0021281-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUIZ FELIPE DOS SANTOS LIMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO/DESCCLASSIFICAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULA 7/STJ. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REGIME PRISIONAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada (decisão de inadmissibilidade do recurso especial) atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte Superior.
2. Com efeito, como tem reiteradamente decidido esta Corte Superior, os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. Não são suficientes meras alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo ou do recurso especial, tampouco a insistência no mérito da controvérsia.
3. Correta, portanto, a decisão ora agravada.
4. Não obstante, verifico, de ofício, a ocorrência de flagrante ilegalidade no tocante a dosimetria da pena, bem como ao não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias, sendo necessária a concessão de *habeas corpus*, no ponto, na forma do art. 654, § 2º, do CPP, c/c o art. 203, inciso II, do RISTJ.
5. A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos, extraídos da conduta imputada ao acusado, que desbordem dos elementos próprios do tipo penal.
6. No caso, o Tribunal local majorou a pena-base em 1/6 em razão da circunstância judicial da personalidade que lhe seria desfavorável.
7. Ora, a personalidade do agente não pode ser aferida pela prática de condutas posteriores ao fato em exame, *[o] que deve ser avaliado é se, ao praticar o fato criminoso imputado, a culpabilidade do réu foi exacerbada ou se, até aquele momento, ele demonstrava personalidade*

desvirtuada ou conduta social inadequada, o que não pode ser aferido retroativamente com base em fato diverso que só veio a ser realizado em tempo futuro [...] (HC n. 834.126/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 13/9/2023.), como ocorrido na espécie.

8. Assim, o afastamento desta circunstância judicial desfavorável se mostra necessário, levando a pena-base ao mínimo legal.

9. Lado outro, 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.

10. É de sabença comum que a condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico impede o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado.

11. No caso, com a absolvição pelo crime de associação para o tráfico, reconhecida pelo Tribunal estadual, não remanescem justificativas para a não concessão da benesse.

12. Agravo regimental não provido. Concedo a ordem de *habeas corpus*, *ex officio*, para fixar a LUIZ FELIPE DOS SANTOS LIMA as penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa, a serem cumpridas em regime inicial aberto, e determino também a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por LUIZ FELIPE DOS SANTOS LIMA – condenado, **inicialmente**, a pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e 35, ambos c/c artigo 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/2006, fixando em desfavor deste réu as penas totais de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.496 (mil quatrocentos e noventa e seis) dias-multa, à razão unitária mínima de lei sobre o maior salário-mínimo vigente ao tempo do fato, a ser cumprida em regime inicialmente fechado – contra decisão da Presidência do STJ que não conheceu do agravo em recurso especial nos termos da Súmula 182/STF.

Colhe-se dos autos que, inconformada com a sentença condenatória, a defesa apelou, tendo o Tribunal estadual provido parcialmente o recurso do recorrente, para **absolver o réu quanto ao crime de associação para fins de tráfico**, na forma do artigo 386, VII, do CPP e, **mantendo a condenação do mesmo pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, c/c artigo 40, VI, ambos da Lei 11.343/2006**, redimensionar as penas para **06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão e**

pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, à razão unitária mínima de lei, considerado o maior salário-mínimo vigente ao tempo do fato, mantido o **regime inicialmente fechado**, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 342-348, grifei):

EMENTA. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO DE DROGAS.

- 1. Denúncia que imputa ao réu LUIZ FELIPE DOS SANTOS LIMA a conduta praticada na data de 30/09/2014, por volta das 17h00min, na Estrada Estevão, em frente ao Lote 32, quadra 79, Km 32, Nova Iguaçu/RJ, consistente em, consciente e voluntariamente, terem depósito e guardar, para fins de tráfico, 125g (cento e vinte cinco gramas de Cannabis Sativa L., acondicionados em 48 (quarenta e oito) sacolês, substância considerada entorpecente, conforme o laudo de fls. 24/25, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Narra a denúncia, ainda, que desde data não precisada mas até 30/09/2014, LUIZ FELIPE, o corréu WILSON MANOEL DE LIMA e a adolescente E. L. C. associaram-se entre si e com elementos não identificados na facção criminosa Terceiro Comando, com o intuito de praticarem tráfico de drogas na localidade do KM 32, quando policiais em patrulhamento detiveram atenção para o corréu WILSON com quem foi encontrado rádio transmissor, e, mais à frente, abordaram o réu LUIZ FELIPE, que indicou aos agentes da lei onde as drogas estavam guardadas.*
- 2. Sentença que condena LUIZ FELIPE como incurso nas penas do artigo 33 e 35, c/c artigo 40, VI, todos da lei 11.343/2006 e condena WILSON nas penas do artigo 35, c/c artigo 40, inciso VI, ambos da lei de drogas.*
- 3. Desmembramento do feito em relação ao corréu WILSON, revel.*
- 4. Penas de LUIZ FELIPE que restaram fixadas em 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.496 (mil quatrocentos e noventa e seis) dias-multa, à razão unitária mínima de lei sobre o maior salário-mínimo vigente ao tempo do fato, em regime inicialmente fechado.*
- 5. Recurso defensivo que persegue a absolvição integral quanto às imputações considerando a fragilidade probatória e apontando se tratar de réu usuário. Subsidiariamente requer a desclassificação do crime de tráfico para uso e, no mais, acaso superada a desclassificação, espera pelo decote da majorante correlata ao envolvimento de adolescente bem como o reconhecimento do privilégio no tráfico de drogas, ao fim pretendendo o redimensionamento da pena, o abrandamento do regime e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.*
- 6. Absolvição que se revela inalcançável quanto ao crime de tráfico de drogas.*
- 7. Materialidade do crime de tráfico de drogas comprovada pelo laudo de exame em material entorpecente e conjuntos de elementos probatórios, não cingidos aos depoimentos prestados pelos agentes da lei em juízo, mas também por elementos probatórios emprestados do juízo infracional e pela narrativa do réu LUIZ FELIPE em senda distrital, que permitem reconhecer que, na ocasião, tinha sob sua guarda material entorpecente e, de fato, indicou aos policiais onde o mesmo estava guardado.*
- 8. Majorante do envolvimento de menor, prevista no artigo 40, VI, da Lei 11.343/2006, cuja incidência tem aplicabilidade nos autos e se justifica pelo propósito da lei em conferir maior juízo de censura a quem vulnera o destinatário da proteção integral prioritária oponível a todos, na forma do artigo 227 da CRFB/88, pouco importando se já se trate de adolescente corrompido.*
- 9. Estabilidade e permanência, enquanto atributos da societas sceleris que*

não restaram comprovados e impõe a absolvição pelo crime do artigo 35 da lei 11.343/2006, na forma do artigo 386, VII, do CPP.

10. Redimensionamento das penas do crime de tráfico que se impõe, considerando o exacerbo na fixação da pena-base.

11. Privilégio que não se alcança pela dedicação à atividade de cunho criminoso.

12. Penas que se reajustam para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, à razão unitária mínima de lei, considerado o maior salário-mínimo vigente ao tempo do fato, mantido o regime inicialmente fechado.

13. Réu que responde ao feito em liberdade.

14. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

A defesa, então, apresentou recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alegando violação aos artigos 28, 33, *caput* e § 4º, ambos da Lei 11.343/2006; 33, § 2º, "c", e 44, ambos do CP; e 386, VII, do CPP.

Sustentou para *absolver o acusado do crime previsto no art. artigo 33, caput, c/c artigo 40, VI, ambos da Lei nº11.343/2006, à míngua de elementos constantes no v. acórdão para fundamentar a condenação, em observância aos princípios do in dubio pro reo e da presunção de inocência. Subsidiariamente requer que seja, ao menos, desclassificada a conduta para o crime de uso entorpecentes. Sucessiva e ainda subsidiariamente, caso mantido o entretenimento condenatório do v. acórdão, que seja fixada a pena-base no mínimo legal, aplicada a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixado o regime aberto de cumprimento de pena, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos* (e-STJ fls. 389-390)

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 395-405), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 407-413), tendo sido interposto o presente agravo.

Pela decisão de e-STJ fls. 454-455, a Presidência do STJ não conheceu do agravo em recurso especial nos termos da Súmula 182/STF.

No presente agravo regimental (e-STJ fls. 457-459), afirma ter enfrentado "á saciedade" os óbices processuais apresentados.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental (e-STJ fls. 471-482)

É o relatório.

VOTO

Verifica-se que a decisão inicialmente agravada, que inadmitiu o recurso especial interposto pelo recorrente, considerou presente os óbices : **i) da Súmula 83 do STJ, e ii) da Súmula 7/STJ.**

Não obstante, nas razões do agravo (e-STJ fls. 423-432), a parte agravante deixou de apresentar impugnação específica em relação ao entrave apontado pelo Tribunal de origem na decisão de inadmissibilidade do recurso especial (Súmula 83/STJ), limitando-se a apontar a não violação à Súmula 7/STJ.

Com efeito, como tem reiteradamente decidido esta Corte Superior, os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. **Não são suficientes meras alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo** ou do recurso especial, tampouco a insistência no mérito da controvérsia.

Nesses casos, é inafastável a incidência do Verbete Sumular n. 182/STJ, que assim dispõe:

É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Nesse sentido, destaco:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

1. "O julgamento monocrático encontra previsão no art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea b, do RISTJ, que permite ao relator negar provimento ao recurso quando a pretensão recursal esbarrar em súmula do STJ ou do STF, ou ainda, em jurisprudência dominante acerca do tema, inexistindo, portanto, ofensa ao princípio da colegialidade" (AgRg no AREsp n. 1.249.385/ES, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 4/2/2019).

2. Não havendo impugnação específica acerca dos fundamentos da decisão que deixou de admitir o recurso especial, deve ser aplicado, por analogia, o teor da Súmula n. 182 deste Tribunal Superior.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1831731/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 12/08/2021, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO INFIRMADOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. CONDENAÇÃO À PENA DE 5 (CINCO) ANOS RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A decisão agravada não conheceu do agravo em recurso especial interposto pela ora Agravante baseada no fundamento segundo o qual não é cabível a interposição de recurso especial sob a alegação de afronta a dispositivo constitucional.
2. Nas razões do regimental, não foi infirmado esse fundamento, mas apenas veiculada argumentação relativa ao mérito da demanda e ao fato de que não se almeja o reexame do conjunto fático-probatório contido nos autos, bem como pugnando pela possibilidade de exata compreensão da controvérsia a partir dos fundamentos expendidos no apelo nobre.
3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2013, reconheceu que é inconstitucional a obrigatoriedade do regime inicial fechado, inclusive para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.os 440/STJ e 718 e 719/STF.
4. No caso, considerando o quantum de pena estabelecido - 5 (cinco) anos de reclusão -, a primariedade da Condenada e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º, do Código Penal.
5. Agravo regimental não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda. (AgRg no AREsp 1404679/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/3/2019, DJe 29/3/2019).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. ART. 1.021, § 1º, DO CPC/2015. SÚMULA Nº 182/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Não pode ser conhecido o recurso que não infirma especificamente os fundamentos da decisão agravada, haja vista o disposto no art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015. O conteúdo normativo do referido dispositivo legal já estava cristalizado no entendimento jurisprudencial desta Corte Superior na redação da Súmula nº 182/STJ.
3. Agravo interno não conhecido. (AgInt no AREsp 1167399/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 13/4/2018).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ.

1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impõe o não conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 182/STJ.
2. Agravo interno não conhecido. (AgInt no AREsp 1221514/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 19/4/2018).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO QUE INADMITE O RECURSO ESPECIAL. NATUREZA DECLARATÓRIA. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. Não se conhece de agravo regimental que não apresenta fundamentação

específica contra os fundamentos da decisão agravada, conforme previsto no art. 932, III, CPC, e na Súm. 182/STJ.

[...]

3. *Agravo regimental não conhecido.* (AgRg no AREsp 1078750/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 23/4/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA NÃO IMPUGNADO ESPECIFICAMENTE. SÚMULA 182/STJ. AGRADO NÃO CONHECIDO.

1. *Consoante reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, as razões do agravo regimental devem se limitar a atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada, sob pena de atração, por analogia, da incidência da Súmula n. 182/STJ.*

2. *In casu, o recorrente deixou de impugnar, de forma específica, o principal fundamento da decisão agravada, qual seja, a aplicação da Súmula 283/STF, pelo fato de não ter impugnado especificamente o fundamento de que os guardas municipais estavam investigando ilicitamente supostos fatos criminosos, limitando-se a repisar a ofensa ao art. 301 do CPP.*

3. *Agravo regimental não conhecido.* (AgRg no REsp 1652964/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 5/4/2018, DJe 11/4/2018).

Correta, portanto, a decisão ora agravada.

Não obstante, verifico, **de ofício**, a ocorrência de flagrante ilegalidade no tocante a **dosimetria da pena**, bem como ao **não reconhecimento do tráfico privilegiado** pelas instâncias ordinárias, sendo necessária a concessão de *habeas corpus*, no ponto, na forma do art. 654, § 2º, do CPP, c/c o art. 203, inciso II, do RISTJ.

DA DOSIMETRIA DA PENA

A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

No caso, o Tribunal local majorou a pena-base em 1/6 em razão da circunstância judicial da **personalidade** que seria desfavorável ao recorrente, conforme se extrai da sentença (e-STJ fl. 261, grifei):

Os motivos do crime são os normais para o tipo penal em análise. O acusado não ostenta maus antecedentes no entanto em sua FAC juntada à fl. 199/204 informa nova anotação pelo crime de tráfico inclusive posterior à esta denúncia o que demonstra a personalidade do acusado voltada para o crime, justificando maior grau de reprovação.

Ora, a personalidade do agente **não pode ser aferida pela prática de condutas posteriores ao fato em exame**, [o] *que deve ser avaliado é se, ao praticar o*

*fato criminoso imputado, a culpabilidade do réu foi exacerbada ou se, até aquele momento, ele demonstrava personalidade desvirtuada ou conduta social inadequada, o que não pode ser aferido retroativamente com base em fato diverso que só veio a ser realizado em tempo futuro, às vezes longos anos depois [...] (HC n. 834.126/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 13/9/2023.).*Nessa linha, destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA DO WRIT. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PERSONALIDADE. CARÊNCIA DE FUNDAMENTO VÁLIDO PARA O INCREMENTO DA BÁSICA. REINCIDÊNCIA MANTIDA. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

3. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

4. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. In casu, o acórdão demonstrou que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à insita aos crimes de estupro, pois a vítima foi submetida à prática de sexo oral, vaginal e anal, o que evidencia a maior gravidade do crime.

5. Ainda que após o advento da Lei n. 12.015/1990 os crimes do art. 213 e 214 tenham sido unificados em um mesmo tipo penal, sendo que a prática das duas condutas em um mesmo contexto fático implica cometimento de apenas um delito de estupro, a pluralidade de atos atentatórios à dignidade sexual da vítima permite, decerto, a exasperação da pena-base pelo modus operandi do delito.

6. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem. Assim, considerando a existência de uma condenação transitada em julgado, que não restou sopesada na segunda etapa do procedimento dosimétrico, não se vislumbra, no ponto, flagrante ilegalidade.

7. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada.

8. A valoração da personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se

afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatórios dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. Não se admite, pois, que seja presumido que o réu ostenta personalidade distorcida em razão da gravidade do próprio delito ou com fundamento em condenação por fato posterior ao apurado nos autos.

9. Quanto ao pleito de afastamento da agravante da recidiva, as instâncias ordinárias reconheceram a existência de condenação anterior transitada em julgado configurada a reincidência, sem que o impetrante tenha logrado infirmar tal conclusão, já que não acostou aos autos elementos de prova a demonstrar sua alegada primariedade.

10. No tocante à confissão, deve ser reconhecida a incidência da atenuante, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

11. Tratando-se de réu reincidente, cuja pena-base foi estabelecida acima do piso legal, deve ser mantido o regime prisional fechado, nos moldes do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

12. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar a pena em 7 anos de reclusão, a ser descontada em regime inicial fechado. (HC n. 566.684/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/6/2020, DJe de 17/6/2020, grifei)

Assim, o afastamento desta circunstância judicial se mostra necessário, no caso.

DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

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.

É de sabença comum que a condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico impede o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa (AgRg no AREsp n. 1.035.945/RJ, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018). Precedentes. No presente caso, tendo sido comprovada a prática do delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, não há qualquer ilegalidade no afastamento do referido benefício. (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp n. 2.377.479/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em

No caso, com a absolvição pelo crime de associação para o tráfico, reconhecida pelo Tribunal estadual, não remanescem justificativas para a não concessão da benesse. Nesse sentido :

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CRIME DO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS PREENCHIDOS. AGRAVO MINISTERIAL DESPROVIDO.

1. Sem a demonstração concreta do ânimo do Acusado de associar-se de forma estável e permanente com outros Agentes, mostra-se indevida a condenação pelo delito tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 com fundamento no fato de o Acusado ter sido preso em flagrante, por posse de arma de fogo municada, em localidade dominada por facção criminosa.

2. Considerando os fatos narrados e os precedentes desta Corte Superior sobre a matéria, tem-se que a Jurisdição ordinária deixou de descrever não apenas o concurso necessário de agentes, mas também fatos que demonstrassem o dolo e a existência objetiva de vínculo estável (sólido) e permanente (duradouro) entre o Agravado e outros indivíduos, notadamente porque foi preso em flagrante, denunciado e condenado sozinho.

3. Concluir que a Jurisdição ordinária não se valeu do melhor direito para condenar o Agravado não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 35 da Lei de Drogas.

4. Diante da absolvição pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, o Agravado faz jus à incidência do redutor previsto no § 4.º do art. 33 da mesma lei, notadamente por ser primário e portador de bons antecedentes, como reconhecido pelas instâncias ordinárias, e porque não foram apresentados outros fundamentos para o afastamento da referida causa de diminuição. Nesse aspecto, aliás, destaca-se que as circunstâncias da prisão expressam tão somente a materialidade do delito, não indicam a dedicação habitual à prática criminosa.

5. Na hipótese, a pena-base foi exasperada em razão da quantidade de entorpecente, de sorte que a modulação da fração com o mesmo fundamento importaria em bis in idem, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal consolidado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese de Repercussão Geral n. 712). Desse modo, o redutor deve incidir no grau máximo, pois não foram indicadas outras circunstâncias aptas a justificarem a fixação de outra fração.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 781.432/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 14/9/2023, grifei)

Com efeito, passa-se a nova dosimetria:

Na primeira fase, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes

circunstâncias agravantes e atenuante, resta mantida a pena intermediária. Na terceira fase, ausentes causas de aumento de pena e reconhecida a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3, consoante visto acima, tornei as reprimendas do recorrente definitivas em **1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa**.

Reconhecido o privilégio, ficou afastado o caráter hediondo do delito, pois a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando a tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

Quanto ao regime prisional, verifico que tratava-se de pessoa primária, com uma nova pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão, devendo ser-lhe conferido o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, em especial considerando-se que o montante de entorpecente apreendido: *125g (cento e vinte cinco gramas) de Cannabis Sativa L.*, não denotava elevada gravidade concreta.

Por oportuno, também reputo atendidos os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal. Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO CABÍVEL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.[...] 2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea". 3. Os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda de 4 anos, decorrente do crime de roubo, ser cumprida, desde logo, em regime aberto. 4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar, para fixar o regime inicial aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando pena em regime mais severo (HC n. 439.945/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 10/5/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

PLEITO ABSOLUTÓRIO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO DEMONSTRADAS PELO ACÓRDÃO ESTADUAL. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO. [...] 2. Na espécie, as circunstâncias apontadas pelo acórdão recorrido não são suficientes para caracterizar a estabilidade e permanência necessárias à configuração do crime de associação para o tráfico, razão pela qual impossível a condenação pelo delito de associação para o tráfico. Precedentes. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PRIMARIEDADE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NATUREZA DO ENTORPECENTE. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa. 2. In casu, afastada a condenação pelo crime de associação para o tráfico e inexistentes indícios de dedicação da sentenciada a atividades ilícitas, ou de sua participação em organização criminosa, sendo ela primária e de bons antecedentes, e considerando a quantidade não elevada da droga apreendida, mas sem olvidar sua natureza altamente danosa à saúde humana, de rigor a aplicação da benesse, mostrando-se razoável e proporcional ao caso a aplicação da fração redutora de 1/2 (metade). REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. 1. Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, ante a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de entorpecente apreendido, proporcional o estabelecimento do regime inicial aberto, e a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas, nos termos dos art. 33, § 2º, letra "c", § 3º e 44, ambos do CP. 2. Agravo regimental provido para absolver a agravante pelo delito de associação para o tráfico de entorpecentes e redimensionar sua pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e multa, em regime inicial aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente (AgRg no AREsp n. 1.181.560/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 4/5/2018).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental. Concedo a ordem de *habeas corpus*, *ex officio*, para fixar a LUIZ FELIPE DOS SANTOS LIMA as penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa, a serem cumpridas em regime inicial aberto, e determino também a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0021281-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 2.285.319 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00752417020148190038 202224701581 752417020148190038

EM MESA

JULGADO: 21/11/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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 : LUIZ FELIPE DOS SANTOS LIMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CORRÉU : WILSON MANOEL DE LIMA

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 : LUIZ FELIPE DOS SANTOS LIMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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, contendo concedeu a ordem de habeas corpus, ex officio, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.