SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2292451 - SC (2023/0021773-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
EMBARGANTE	:	ALEX DE MORAES TESTA
EMBARGANTE	:	MARISTELA GASPERI GARCIA DE MORAES TESTA
ADVOGADOS	:	LUIZ EDUARDO CLETO RIGHETTO - SC018453
		SERGIO LIMA DOS ANJOS - SC059429
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÍTIDO INTUITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes devem ser recebidos como agravo regimental, em observância ao princípio da fungibilidade recursal.

2. A fixação do regime mais gravoso se deu em consonância com o entendimento firmado por esta Corte Superior, pois, apesar de primários os réus e fixada a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto, se desfavorável circunstância judicial, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, tal como se tem no presente caso, em que exasperada a pena-base pela quantidade de drogas.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, receberos embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA39320720 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 30/11/2023 15:03:35
Código de Controle do Documento: 9f1dc21f-994d-468a-b0c4-d2a01aff8427

Brasília, 28 de novembro de 2023.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator

Documento eletrônico VDA39320720 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 30/11/2023 15:03:35
Código de Controle do Documento: 9f1dc21f-994d-468a-b0c4-d2a01aff8427

EDcl nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2292451 - SC (2023/0021773-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
EMBARGANTE	:	ALEX DE MORAES TESTA
EMBARGANTE	:	MARISTELA GASPERI GARCIA DE MORAES TESTA
ADVOGADOS	:	LUIZ EDUARDO CLETO RIGHETTO - SC018453
		SERGIO LIMA DOS ANJOS - SC059429
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÍTIDO INTUITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes devem ser recebidos como agravo regimental, em observância ao princípio da fungibilidade recursal.

2. A fixação do regime mais gravoso se deu em consonância com o entendimento firmado por esta Corte Superior, pois, apesar de primários os réus e fixada a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto, se desfavorável circunstância judicial, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, tal como se tem no presente caso, em que exasperada a pena-base pela quantidade de drogas.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra decisão que conheceu do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial.

Sustenta a parte embargante ocorrência de contradição na decisão, pois "houve o agravamento do regime prisional, baseando-se na quantidade de drogas apreendida. [...]

Documento eletrônico VDA39320723 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 30/11/2023 15:03:33
Código de Controle do Documento: c6b93114-c943-4128-b3f1-22efa0d04471

Entretanto, foi apreendido pouco mais de 2kg de maconha, o que não se mostra uma quantidade elevada para modificar o regime prisional" (fl. 636).

Afirma que "o regime aberto se mostra adequado, pois ambos os Embargantes são réus primários e as suas penas são inferiores a 04 (quatro) anos. Ainda, a existência de uma ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL não se mostra proporcional para fixar um regime mais gravoso" (fl. 636).

Requer o acolhimento dos embargos para sanar o vício apontado.

Impugnação apresentada.

É o relatório.

VOTO

Em observância ao princípio da fungibilidade recursal, recebo os presentes embargos como agravo regimental, porquanto os embargantes efetivamente não pretendem sanar omissão, contradição ou obscuridade que, porventura, possam macular a decisão, mas buscar efeitos infringentes.

No que importa à análise da controvérsia, a decisão combatida está assim fundamentada (fls. 627-629):

> Assiste razão à defesa quanto à presença de omissão na decisão pois, ao absolver os acusados quanto à prática do crime previsto no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, deixou a decisão embargada de analisar a possibilidade de afastamento do tráfico privilegiado e o consequente abrandamento do regime prisional, razão pela qual os embargos devem ser acolhidos.
>
> O tráfico privilegiado foi afastado pelo acórdão nos seguintes termos (fl. 451):
>
> > Os acusados também pugnaram pela aplicação da causa especial de diminuição disposta no art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06, que diz respeito à figura do tráfico privilegiado: "Nos delitos definidos no caput e no § 1° deste artigo, 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."
> >
> > Razão tampouco lhes assiste.
> >
> > [...] Embora os réus não sejam reincidentes, nem apresentem maus antecedentes, a manutenção da condenação por associação para o tráfico obsta o reconhecimento da benesse, dado que assinala a dedicação a atividades criminosas.
> >
> > Esta é a recomendação do STJ:
>
> Acerca da minorante, para ambos os acusados, extrai-se da sentença tão somente (fls. 345 e 346):
>
> > Na terceira e derradeira fase de fixação da pena, quanto às causas de aumento ou de diminuição da pena, tanto da parte especial quanto da parte geral do Código Penal, sem incidências.

Documento eletrônico VDA39320723 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 30/11/2023 15:03:33
Código de Controle do Documento: c6b93114-c943-4128-b3f1-22efa0d04471

> Esta Corte Superior firmou entendimento de que a "condenação concomitante por associação para o tráfico de entorpecentes obsta a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, mas a absolvição pelo crime de associação não dispensa a análise específica do preenchimento dos requisitos para a incidência da minorante pelas instâncias ordinárias, soberanas na apreciação do acervo probatório (STJ, AgRg no HC n. 737.933/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 23/5/2022.)" (AgRg no HC n. 799.541/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 27/2/2023.)
>
> No caso, as instâncias ordinárias não apresentaram nenhum elemento concreto, além da condenação concomitante por associação para o tráfico, para concluir pela dedicação à atividade criminosa e afastar, assim, a minorante pleiteada.
>
> Desse modo, deve ser reconhecida, para ambos os acusados, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006, razão pela qual a pena deve ser redimensionada.
>
> ALEX DE MORAES TESTA: considerados os critérios adotados na origem, incide a minorante do tráfico privilegiado, na fração de 2/3, sendo reduzida a pena a 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.
>
> MARISTELA GASPERI GARCIA DE MORAES TESTA: considerados os critérios adotados adotados na origem, incide a minorante do tráfico privilegiado, na fração de 2/3, sendo reduzida a pena a 1 ano, 11 meses e 10 dias e 194 dias-multa.
>
> **Por fim, "A expressiva quantidade de droga justifica a fixação do regime inicial imediatamente mais gravoso para o cumprimento de pena, o semiaberto, bem como constitui fundamento apto para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, e 44, III, do CP" (AgRg no REsp n. 1.931.350/PR, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 27/9/2021.)**
>
> Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para, reconhecendo a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, reduzir a pena de ALEX DE MORAES TESTA a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 166 dias-multa e reduzir a pena de MARISTELA GASPERI GARCIA DE MORAES TESTA a pena 1 ano, 11 meses e 10 dias, em regime inicial semiaberto, e 194 dias-multa.

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, uma vez que lastreada na jurisprudência desta Corte.

Com efeito, acerca do regime prisional, a quantidade de droga apreendida – no caso, 2,173kg de maconha – é circunstância judicial apta a autorizar a fixação do regime prisional mais gravoso.

Fixada a pena-base acima do mínimo legal, com fundamento no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, tratando-se de réus primários e sem antecedentes, e dado o patamar da pena final fixada, inferior a 4 anos, mostra-se adequado o regime semiaberto, não havendo falar em modificação do julgado. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME INICIAL INTERMEDIÁRIO. AGRAVO PROVIDO PARA CONCEDER A ORDEM.
>
> 1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido,

Documento eletrônico VDA39320723 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 30/11/2023 15:03:33
Código de Controle do Documento: c6b93114-c943-4128-b3f1-22efa0d04471

além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. A sentença proferida pelo Juízo singular é contraditória, uma vez que, embora afirme haver indícios de habitualidade na conduta dos réus, é expressa ao declarar, ao estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, que eles são pessoas não violentas, eram menores de 21 anos à época dos fatos, confessaram suas condutas e demonstraram arrependimento. Além disso, destacou que a prática ilícita foi um fato isolado em suas vidas e que agiram apenas na condição de "mulas".

3. Consequentemente, à ausência de fundamento suficiente o bastante para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deve a ordem ser concedida para aplicar, em favor dos pacientes, o referido benefício.

4. Embora a quantidade de drogas haja sido considerada para fixar a pena-base acima do mínimo legal, há outras circunstâncias que denotam maior reprovabilidade da conduta, em especial o fato de o entorpecente ser transportado em compartimentos ocultos do veículo, no interior das portas, bancos, assoalho, painel corta-fogo e para-choque traseiro, bem como o longo percurso percorrido pelos réus para a busca das drogas (mais de 1.300 quilômetros). Desse modo, é adequada e suficiente a redução de pena no patamar de 1/2.

5. Quanto ao modo de cumprimento da pena, se, por um lado, **os réus foram condenados a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, eram primários ao tempo do delito e foram beneficiados com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por outro, tiveram contra si reconhecida circunstância judicial desfavorável - quantidade de droga apreendida, 69 kg de maconha -, tanto que a pena-base ficou acima do mínimo legal.**

6. **Assim, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006.**

7. A desfavorabilidade da circunstância mencionada evidencia que a substituição da pena não se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

8. Agravo provido para conceder a ordem, a fim de reconhecer a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em favor dos pacientes, aplicá-la no patamar de 1/2 e, por conseguinte, reduzir as penas a eles impostas para 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 300 dias-multa.

(AgRg no HC n. 789.432/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 30/3/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELO RARO. INADMISSÃO. FUNDAMENTO. SÚMULA N. 83 DO STJ. ÓBICE QUE ABRANGE TAMBÉM A ALÍNEA A DO INCISO III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPUGNAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA CONSTATADA. CORREÇÃO POR ESTA CORTE SUPERIOR EM ATUAÇÃO SPONTE PROPRIA (ART. 654, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). PENAL. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDUTOR APLICADO NA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O óbice contido no Enunciado n.º 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça também se aplica ao recurso especial interposto com base na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição da República. Precedentes.

2. Ausente a impugnação concreta aos fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo

Documento eletrônico VDA39320723 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 30/11/2023 15:03:33
Código de Controle do Documento: c6b93114-c943-4128-b3f1-22efa0d04471

nobre, correta a decisão que não conheceu do agravo em recurso especial.

3. Constatação, contudo, de ilegalidade manifesta, a ser reparada de ofício, por esta Corte Superior, em atuação sponte propria, nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, e não por força de acolhimento de recurso ou pedido defensivo.

4. As instâncias ordinárias afastaram a aplicação da minorante do tráfico privilegiado a partir dos seguintes elementos: (i) quantidade e diversidade das drogas apreendidas; (ii) denúncias anônimas; e (iii) circunstâncias do flagrante ("dinâmica da apreensão" e forma de armazenamento das drogas). Todavia, no caso, tal fundamentação não é suficiente para comprovar a dedicação a atividades criminosas, sendo devida a incidência do redutor na fração máxima.

5. **Não obstante a formulação da nova dosimetria tenha levado à fixação de reprimenda corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e natureza de entorpecentes apreendidos, o que justifica a manutenção do regime inicial semiaberto e não recomenda a substituição por restritivas de direitos.**

6. Agravo regimental desprovido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas na fração máxima, redimensionando as penas do Acusado para 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 216 (duzentos e dezesseis) dias-multa, no mínimo legal, mantidos os demais termos dos éditos condenatórios.

(AgRg no AREsp n. 2.209.260/SE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022.)

Portanto, a parte agravante não trouxe nenhuma inovação de fundamento apta a desconstituir a decisão agravada.

Ante o exposto, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, negando-lhe provimento.

É o voto.

Documento eletrônico VDA39320723 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 30/11/2023 15:03:33
Código de Controle do Documento: c6b93114-c943-4128-b3f1-22efa0d04471

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0021773-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl nos EDcl no AREsp 2.292.451 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50048424420198240125 50048883320198240125

EM MESA JULGADO: 28/11/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	ALEX DE MORAES TESTA
AGRAVANTE	:	MARISTELA GASPERI GARCIA DE MORAES TESTA
ADVOGADOS	:	LUIZ EDUARDO CLETO RIGHETTO - SC018453
		SERGIO LIMA DOS ANJOS - SC059429
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE	:	ALEX DE MORAES TESTA
EMBARGANTE	:	MARISTELA GASPERI GARCIA DE MORAES TESTA
ADVOGADOS	:	LUIZ EDUARDO CLETO RIGHETTO - SC018453
		SERGIO LIMA DOS ANJOS - SC059429
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA39304448 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA, SEXTA TURMA Assinado em: 28/11/2023 19:16:09
Código de Controle do Documento: A946B1EE-6AF1-45D4-985F-771E7EDED325