SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2359671 - SP (2023/0165877-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA ROSA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FIXADO O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. OBSTADA A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. *In casu*, a quantidade e natureza da droga apreendida, 101 porções de cocaína, com massa líquida total de 96g, justifica a fixação do regime inicial mais gravoso, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

2. Agravo regimental conhecido e desprovido.

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.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 21 de maio de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator

Documento eletrônico VDA41667775 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 23/05/2024 14:06:05
Código de Controle do Documento: 2577c6b2-d9b2-4a93-9c5b-5195f274d6d1

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2359671 - SP (2023/0165877-3)

RELATOR	:	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA ROSA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FIXADO O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. OBSTADA A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. *In casu*, a quantidade e natureza da droga apreendida, 101 porções de cocaína, com massa líquida total de 96g, justifica a fixação do regime inicial mais gravoso, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

2. Agravo regimental conhecido e desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA ROSA (fls. 454/459) em face da decisão de fls. 439/446, de minha lavra, que conheceu do seu agravo para conhecer do recurso especial e, com fundamento na Súmula n. 568 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, deu-lhe parcial provimento para reconhecer a causa de diminuição capitulada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e, por consequência, readequar a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa. Outrossim, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal – CPP, estendeu-se os efeitos da referida decisão ao corréu Valter César de Andrade.

Consta dos autos que o agravante foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado), à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa. A reprimenda corporal foi substituída por duas penas restritivas de direitos (fl. 171).

Recursos de apelação interposto pelas defesas dos réus foram desprovidos. Por

Documento eletrônico VDA41667783 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 23/05/2024 14:06:09
Código de Controle do Documento: 3cd94112-3118-4358-be44-2afad8141da6

sua vez, a insurgência interposta pela acusação foi parcialmente provida para afastar a causa de diminuição capitulada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e, por consequência, readequar a dosimetria da pena dos acusados (fls. 356/357).

Em sede de recurso especial (fls. 367/378), a defesa apontou violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, ao argumento de que o ora agravante preenche todos os requisitos legais para o reconhecimento da referida causa de diminuição na espécie. Asseverou que a quantidade de drogas apreendida e as circunstâncias da prisão não são hábeis a comprovar a sua suposta dedicação à atividade criminosa.

Além disso, alegou afronta ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal – CP, eis que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP apresentou fundamento inidôneos para fixar o regime inicial fechado, de modo que deve ser estabelecido o regime prisional aberto.

Pugnou, dessarte, pelo provimento da pretensão recursal para que seja reconhecida a causa de diminuição capitulada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e, por consequência, seja readequada a dosimetria da pena, com a fixação do regime inicial aberto, bem como substituída a reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal – CP.

Contrarrazões do Ministério Público do Estado de São Paulo – MPSP (fls. 382/391).

O recurso especial foi inadmitido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP em razão dos óbices das Súmulas n. 7 e n. 182 do Superior Tribunal de Justiça – STJ (fls. 394/395).

Em agravo em recurso especial, a defesa impugnou os referidos óbices (fls. 401/414).

Contraminuta do MPSP (fls. 417/420).

Os autos vieram a esta Corte, sendo protocolados e distribuídos. Aberta vista ao Ministério Público Federal – MPF, este opinou pelo conhecimento do agravo para dar provimento ao recurso especial (fls. 433/437).

Ato contínuo, sobreveio a decisão agravada (fls. 439/446) que, em suma, reconheceu o tráfico privilegiado e, por consequência, readequou a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 250 dias-multa. Outrossim, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal – CPP, estendeu-se os efeitos da referida decisão ao corréu Valter César de Andrade.

No presente agravo regimental (fls. 454/459), após breve síntese processual, sustentou que há de ser fixado o regime inicial aberto, bem como substituída a

Documento eletrônico VDA41667783 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 23/05/2024 14:06:09
Código de Controle do Documento: 3cd94112-3118-4358-be44-2afad8141da6

reprimenda corporal por penas restritivas de direitos diante do preenchimento dos requisitos legais, notadamente pelo fato de a pena definitiva ser inferior a 4 anos, as circunstâncias judiciais serem favoráveis, agravante ser primário e possuir bons antecedentes. Asseverou, ainda, que o delito sub judice foi praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Requereu, assim, a reconsideração do *decisum* ou o provimento do presente agravo regimental, a fim de que o recurso especial seja integralmente provido para fixar o regime inicial aberto, bem como substituída a reprimenda corporal por penas restritivas de direitos.

É o relatório.

VOTO

Na hipótese, a insurgência deve ser conhecida, eis que impugnados os fundamentos da decisão combatida, bem como observado os limites do recurso especial.

Contudo, em que pesem os argumentos veiculados no presente agravo regimental, o *decisum* objurgado deve ser mantido pelos seus próprios fundamentos. Isso porque é cediço que a natureza e a quantidade de droga são elementos que podem ser valorados tanto para modular a fração de redução de pena em relação ao tráfico privilegiado quanto para impor regime prisional mais gravoso ou obstar substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos.

In casu, não obstante a pena definitiva aplicada seja inferior a 4 anos, tem-se que a apreensão de 101 porções de cocaína, com massa líquida total de 96g (fl. 345), justifica a fixação do regime inicial semiaberto na espécie, bem como fundamenta a manutenção da pena privativa de liberdade imposta ao ora agravante. Para corroborar, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício (grifos nossos):

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (27,05 G DE MACONHA E 2,25 G DE CRACK). DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE DEMONSTREM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PENA REDIMENSIONADA.* ***FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO E INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NEGATIVAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DE QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE.***
>
> *1. Deve ser mantida a decisão, quanto à aplicação*

Documento eletrônico VDA41667783 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 23/05/2024 14:06:09
Código de Controle do Documento: 3cd94112-3118-4358-be44-2afad8141da6

da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, uma vez que, tanto a natureza ou quantidade das drogas apreendidas, quanto a mera menção à apreensão de dinheiro em espécie, não são fundamentos suficientes para concluir que o agravante se dedique a atividades criminosas.

2. Também não comporta reparos a fixação do regime inicial semiaberto, mas deve ser indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando a existência de circunstância judicial negativa, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, e a reprimenda privativa de liberdade definitiva imposta (3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão).

3. Agravo regimental parcialmente provido apenas para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na condenação do agravante proferida na Ação Penal n. 1501623-02.2022.8.26.0407, da 1ª Vara da comarca de Osvaldo Cruz/SP.

(AgRg no HC n. 804.511/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES SOBRE A PRÁTICA DO ILÍCITO. PRÉVIA COLHEITA DE INFORMAÇÕES E REALIZAÇÃO DE CAMPANAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ATIPICIDADE DO CRIME DE POSSE DE MUNIÇÃO. CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO. PRIMEIRO PACIENTE: APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ADICIONAIS DESFAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, NO PATAMAR DE 1/4. POSSIBILIDADE. ***CIRCUNSTÂNCIA QUE JUSTIFICA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO, O SEMIABERTO, E REVELA NÃO SER RECOMENDÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.*** *SEGUNDO PACIENTE: APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS E EXISTÊNCIA DE ATOS INFRACIONAIS RECENTES. MINORANTE AFASTADA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, APENAS PARA O REDIMENSIONAR A PENA DO PRIMEIRO PACIENTE.*

1. Nos crimes permanentes, tal como o de tráfico de drogas, o estado de flagrância prolonga-se no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, está-se diante de uma situação de flagrante delito.

2. No caso, não se verifica manifesta ilegalidade,

Documento eletrônico VDA41667783 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 23/05/2024 14:06:09
Código de Controle do Documento: 3cd94112-3118-4358-be44-2afad8141da6

pois os policiais receberam denúncias de que os pacientes estariam circulando com uma moto roubada e praticando tráfico naquela região, o que motivou a colheita de informações sobre os acusados e a realização de campanas em frente às residências do primeiro paciente e da namorada do segundo paciente, local no qual foi avistada uma moto sem placa, idêntica à indicada nas denúncias, onde os acusados foram abordados pelos policiais ao abrir o portão, os quais correram para dentro da garagem, o que motivou a entrada dos agentes e a apreensão de drogas com eles. A proprietária apareceu e admitiu que a motocicleta havia sido deixada no local pelo segundo paciente, razão pela qual os policiais, verificando que a moto era mesmo roubada, realizaram as buscas no interior de sua residência, onde foram localizadas drogas e simulacro de arma, e, na casa do primeiro paciente, acharam mais drogas.

3. Conforme a jurisprudência desta Corte, "a posse ilegal de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, configura o crime do art. 12 da Lei n. 10.826/2003, delito de perigo abstrato que presume a ocorrência de risco à segurança pública e prescinde de resultado naturalístico à integridade de outrem para ficar caracterizado" (AgRg no HC n. 479.187/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 12/8/2019).

4. No julgamento do Resp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em 9/6/2021, decidiu-se que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são circunstâncias a serem necessariamente valoradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, somente podendo ser consideradas para o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2016, quando houver a indicação de outros elementos concretos adicionais que caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração à organização criminosa.

5. Posteriormente, a "tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534, Terceira Seção do STJ)" (AgRg no HC n. 704.275/PA, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 19/8/2022).

6. Quanto ao primeiro paciente, verifica-se manifesta ilegalidade, devendo a sua pena ser redimensionada, pois a minorante foi afastada com base apenas na quantidade de droga (mais de 1kg de cocaína e 1, 5kg de maconha), sem a idicação de elementos adicionais, circunstância que, conforme o entendimento desta Corte, justifica a aplicação da benesse no patamar de 1/4, com a fixação do regime inicial imediatamente mais gravoso, o semiaberto, e revela não ser cabível a substituição da pena privativa

Documento eletrônico VDA41667783 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 23/05/2024 14:06:09
Código de Controle do Documento: 3cd94112-3118-4358-be44-2afad8141da6

por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

7. No que tange ao segundo o paciente, deve ser mantida a pena fixada na origem (5 anos de reclusão), pois a minorante foi afastada com fundamento na apreensão de expressiva quantidade de droga e em razão deste possuir diversas passagens pela prática de atos infracionais análogos ao crime de tráfico, colhendo-se de sua folha de antecedentes que se tratam de feitos recentes (anos de 2019 e 2020), mesmas circunstâncias que justificaram a fixação de regime imediatamente mais gravoso, o fechado, não havendo manifesto constrangimento ilegal.

8 . Habeas corpus parcialmente concedido, apenas para fixar a pena do primeiro paciente em 3 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 625 dias-multa, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

(HC n. 780.953/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023.)

PENAL. AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. ***TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ÍNDICE DE REDUÇÃO EM 1/4. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.*** *RECURSO NÃO PROVIDO.*

1. 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.

2. Hipótese em que as instâncias ordinárias, consoante autoriza esta Corte, aplicaram a minorante em 1/4, tendo como fundamento a natureza e a quantidade das drogas apreendidas (29,2 g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

3. Estabelecida a pena final em 3 anos e 9 meses, e aferidas a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para a modulação do índice de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o modo intermediário é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a quantidade e a natureza das drogas apreendidas.

5. Agravo regimental não provido.

(AgInt no HC n. 577.082/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 2/6/2020.)

Documento eletrônico VDA41667783 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 23/05/2024 14:06:09
Código de Controle do Documento: 3cd94112-3118-4358-be44-2afad8141da6

Diante do exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do agravo regimental.

Documento eletrônico VDA41667783 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 23/05/2024 14:06:09
Código de Controle do Documento: 3cd94112-3118-4358-be44-2afad8141da6

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0165877-3

AgRg no AREsp 2.359.671 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00245353920198260224 00245353920198260224150057177201982605359442019 20220000506444 245353920198260224 245353920198260224150057177201982605359442019 24535392019826022415005717720198260535

EM MESA JULGADO: 21/05/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA ROSA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	:	VALTER CESAR DE ANDRADE

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	:	CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA ROSA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - DEFENSOR PÚBLICO - SP329880
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA41635463 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 22/05/2024 01:15:55
Código de Controle do Documento: 60FE21F4-5034-4BE6-85A7-9AE742F6B396