



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2364707 - SP (2023/0170689-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : JULIANA CRISTINA DA FRANCA OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO JACOMO TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP295475
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO CONHECIMENTO. QUESTÃO JÁ ENFRENTADA NO HC 756.622/SP. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CABÍVEL A INCIDÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES JÁ CONSIDERADAS NA PRIMEIRA FASE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO FIXADO EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS (289,12G DE MACONHA, 358,75G DE CRACK E 538,58G DE COCAÍNA). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a nulidade por invasão de domicílio e a dosimetria da pena em condenação por tráfico de drogas.
2. A parte recorrente alega ilicitude das provas devido à invasão de domicílio e questiona a fundamentação para o afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado.
3. O Tribunal de origem fixou a pena-base em 1/3 acima do mínimo, considerando a quantidade e natureza dos entorpecentes (289,12g de maconha, 358,75g de crack e 538,58g de cocaína), e afastou a minorante do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a natureza e a quantidade de droga apreendida podem ser consideradas em mais de uma fase da dosimetria da pena, configurando *bis in idem*.
5. Outra questão é a possibilidade de aplicação da minorante do

tráfico privilegiado, considerando a quantidade de droga apreendida.

III. RAZÕES DE DECIDIR

6. A jurisprudência do STJ e do STF estabelece que a natureza e a quantidade de droga devem ser consideradas apenas em uma fase da dosimetria, para evitar *bis in idem*.

7. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado é possível, mesmo com a quantidade significativa de droga, desde que não haja evidências de participação em organização criminosa.

8. O regime inicial semiaberto é adequado, considerando a quantidade final da pena e as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE REDIMENSIONAR A PENA AO PATAMAR DE 2 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 222 DIAS-MULTA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 16 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2364707 - SP (2023/0170689-1)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : JULIANA CRISTINA DA FRANCA OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO JACOMO TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO - SP295475
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO CONHECIMENTO. QUESTÃO JÁ ENFRENTADA NO HC 756.622/SP. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CABÍVEL A INCIDÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES JÁ CONSIDERADAS NA PRIMEIRA FASE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO FIXADO EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS (289,12G DE MACONHA, 358,75G DE CRACK E 538,58G DE COCAÍNA). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a nulidade por invasão de domicílio e a dosimetria da pena em condenação por tráfico de drogas.
2. A parte recorrente alega ilicitude das provas devido à invasão de domicílio e questiona a fundamentação para o afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado.
3. O Tribunal de origem fixou a pena-base em 1/3 acima do mínimo, considerando a quantidade e natureza dos entorpecentes (289,12g de maconha, 358,75g de crack e 538,58g de cocaína), e afastou a minorante do tráfico privilegiado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se a natureza e a quantidade de droga apreendida podem ser consideradas em mais de uma fase da dosimetria da pena, configurando *bis in idem*.
5. Outra questão é a possibilidade de aplicação da minorante do

tráfico privilegiado, considerando a quantidade de droga apreendida.

III. RAZÕES DE DECIDIR

6. A jurisprudência do STJ e do STF estabelece que a natureza e a quantidade de droga devem ser consideradas apenas em uma fase da dosimetria, para evitar *bis in idem*.

7. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado é possível, mesmo com a quantidade significativa de droga, desde que não haja evidências de participação em organização criminosa.

8. O regime inicial semiaberto é adequado, considerando a quantidade final da pena e as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE REDIMENSIONAR A PENA AO PATAMAR DE 2 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 222 DIAS-MULTA.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados os artigos art. 157 do CPP, 33, §4º, e 44, ambos da Lei n. 11.343/06, bem como os arts. 33, §3º e 59, ambos do Código Penal. Afirma que as provas produzidas são ilícitas em virtude da invasão de domicílio e que não houve fundamentação idônea para o afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, o que refletiu no regime fixado e na substituição da pena.

No que tange à tese de nulidade por invasão de domicílio, verifica-se que a matéria ora deduzida foi submetida à apreciação desta Corte, no HC 756.622/SP, o qual teve a ordem não conhecido por ausência de flagrante ilegalidade.

Assim, sendo a matéria previamente analisada por esta Corte, em impetração formulada pela ora agravante, inviável proceder-se novo exame, porquanto "a anterior manifestação desta Corte, em *habeas corpus* com idêntico objeto, torna prejudicado o julgamento do recurso especial" (AgRg no REsp 1765289/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 04/04/2019).

No mais, quanto à dosimetria, a análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 238/244):

[...]

Passo, agora, a análise da pena.

Na primeira etapa, fixo a pena-base em 1/3 acima do mínimo, tendo em vista a grande quantidade, variedade e natureza de entorpecente apreendido.

Frise-se que, pela leitura do art. 42 da Lei de Drogas, a natureza e a quantidade de entorpecentes são parâmetros que devem preponderar sobre o art. 59 do Código Penal e ser considerados na fixação da reprimenda.

Segundo o entendimento de NUCCI: "A Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato, o que justifica destacar, como elementos preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e quantidade da substância ou do produto. É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude de sua utilização. Estes fatores, portanto, podem e devem ser levados em conta pelo magistrado" (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas, 4ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 378 grifei).

De igual norte, Renato Brasileiro de Lima:

"Como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a

substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. De fato, não se pode equiparar a conduta daquele que é preso com um quilograma de maconha com a daquele que é preso com um quilograma de cocaína, já que esta droga tem um caráter viciante e destrutivo bem mais elevado que aquela” (DE LIMA, Renato Brasileiro. Legislação criminal especial comentada, 2ªed., JusPODIVM, 2014, p. 787 destaquei).

No presente caso, frise-se, a apelada guardava e mantinha em depósito 330 porções de maconha, 1100 pinos de cocaína e 1700 porções de crack.

Diante disso, o aumento de 1/3 se mostra razoável e proporcional à quantidade apreendida.

Não há que se falar em reconhecimento da agravante da calamidade pública, porquanto não haja elementos suficientes a demonstrar que a ré se aproveitou da pandemia ora vivenciada, para a prática criminosa em apreço.

[...]

Não faz jus ao redutor que alude o §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, haja vista as peculiaridades do caso, pois, embora seja primária, é inegável que a vasta quantidade de droga apreendida, sem falar da natureza, denota intensa atividade de traficância, o que, conforme entendimento do Colendo STJ, é indicativo de participação em organização criminosa, impedindo a aplicação do redutor, ainda que possuidor de bons antecedentes. Confira-se:

[...]

Não se olvide, ainda, que o §4º do mencionado dispositivo emprega o termo “poderão”, o que seguramente indica não ser obrigatória a redução.

[...]

O regime inicial deve ser o fechado, de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto, não havendo que se falar na inconstitucionalidade da disposição, que busca justamente dar tratamento diferenciado a este tipo de crime, nos exatos termos da Constituição Federal.

Por outro lado, cumpre registrar que o Magistrado pode fixar o regime inicial de cumprimento da pena de acordo com seu convencimento - respeitados os ditames legais para tanto, estabelecendo aquele que será suficiente para reprovação e prevenção do delito, nos termos do artigo 59, inciso III, do Código Penal.

De se observar, ainda, que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício. Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime mais severo permitirá ao réu uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta.

Isto posto, DOU PROVIMENTO ao recurso ministerial para condenar Juliana Cristina de Franca Oliveira à pena de 06 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 667 dias-

multa, como incursa ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Como se vê, a pena-base foi exasperada em 1/3 em razão da natureza e quantidade dos entorpecentes (289,12g de maconha, 358,75g de crack e 538,58g de cocaína), enquanto a minorante do tráfico privilegiado foi afastada em virtude dos mesmos fundamentos.

Há, contudo, divergência do que se vem entendendo neste STJ. Com efeito, deve-se “observância ao decidido no ARE 666.334/AM, julgado pelo STF sob o regime da repercussão geral, em que se firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, ou seja, tal valoração só pode ser considerada na primeira ou na terceira fase do cálculo da pena.” (STJ - AgRg no HC: 834812 MG 2023/0224135-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 05/09/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2023).

Dessa forma, deve incidir a minorante.

Passo à dosimetria.

Tendo em vista que a pena final havia sido estabelecida em 6 anos e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 667 dias-multa, a incidência da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 2/3, reduz a pena ao patamar de 2 anos e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 222 dias-multa.

Considerando-se a quantidade final de pena e a existência de circunstância judicial desfavorável, é cabível a fixação do regime inicial semiaberto, sendo vedada a substituição da pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INTERMEDIÁRIO QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADO. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

2. No caso, o quantum da pena (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão) e a primariedade da paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, bem como as circunstâncias do caso concreto (quantidade da droga - 20 kg de maconha), a fixação do regime semiaberto se mostra adequado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

3. Por fim, quanto ao pleito de detração do tempo de custódia cautelar, ele não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta a apreciação de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 756.224/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.)

Ante o exposto, **conheço do agravo para dar parcial provimento** ao recurso especial a fim de redimensionar a pena ao patamar de 2 anos e 2 meses de reclusão, no regime semiaberto, além do pagamento de 222 dias-multa.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0170689-1

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.364.707 /

SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15294575220208260050 1529457522020826005038422020 20220000527188
38422020

PAUTA: 03/12/2024

JULGADO: 03/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JULIANA CRISTINA DA FRANCA OLIVEIRA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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, conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

C542212515-441311515@ 2023/0170689-1 - AREsp 2364707