



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2426165 - SP (2023/0279212-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **AGNALDO DE JESUS MOTA**
ADVOGADOS : **LUIS RICARDO VASQUES DAVANZO - SP117043**
LUDMILLA FRANCO E SILVA SANCHES - SP315060
BRUNA VALENTE PEREIRA - SP364934
DIOGO SAKATA TAGUCHI - SP347477
MUNICK RABUSCKY DAVANZO - SP365092
PILAR FREYA HASLINGER PARASIN WERNER - SP386458
RAÍSSA RABUSCKY DAVANZO - SP391748
ANDRE ISMAR GARCIA BALHESTERO - SP031060
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. MINORANTE. AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE DE DROGAS. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Incide o óbice da Súmula 182/STJ, uma vez que deixou de impugnar, no seu agravo em recurso especial, de forma suficiente, todos os óbices do não conhecimento.
2. Todavia, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para readequar a dosimetria penal.
3. 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 integrem organizações criminosas.
4. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 3/11/2021).
5. À míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do agravante em atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
6. Agravo regimental desprovido. Concessão de habeas corpus, de ofício, a fim de aplicar a minorante do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006 em seu grau

máximo e redimensionar a pena da recorrente para 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 267 dias-multa.

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 habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 20 de fevereiro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2426165 - SP (2023/0279212-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **AGNALDO DE JESUS MOTA**
ADVOGADOS : **LUIS RICARDO VASQUES DAVANZO - SP117043**
LUDMILLA FRANCO E SILVA SANCHES - SP315060
BRUNA VALENTE PEREIRA - SP364934
DIOGO SAKATA TAGUCHI - SP347477
MUNICK RABUSCKY DAVANZO - SP365092
PILAR FREYA HASLINGER PARASIN WERNER - SP386458
RAÍSSA RABUSCKY DAVANZO - SP391748
ANDRE ISMAR GARCIA BALHESTERO - SP031060
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. MINORANTE. AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE DE DROGAS. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Incide o óbice da Súmula 182/STJ, uma vez que deixou de impugnar, no seu agravo em recurso especial, de forma suficiente, todos os óbices do não conhecimento.
2. Todavia, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para readequar a dosimetria penal.
3. 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 integrem organizações criminosas.
4. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 3/11/2021).
5. À míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do agravante em atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
6. Agrado regimental desprovido. Concessão de habeas corpus, de ofício, a fim de aplicar a minorante do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006 em seu grau

máximo e redimensionar a pena da recorrente para 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 267 dias-multa.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **AGNALDO DE JESUS MOTA**, contra decisão monocrática da Presidência desta Corte Superior, que não conheceu do recurso especial (e-STJ, fls. 752-754).

A parte agravante reitera as razões de mérito do recurso especial pleiteando o reconhecimento da causa de diminuição por preencher todos os requisitos legais, além do acórdão afrontar jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

Aduz ainda desproporcionalidade no aumento da pena.

Pede, ao final, conhecimento do presente agravo, para prover também o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada deve ser mantida, pois a parte agravante não trouxe argumentos suficientes para sua alteração.

Como se afirmou quando do julgamento monocrático, o recurso especial não foi admitido considerando -Súmula 182/STJ, deficiência de cotejo analítico e Súmula 7/STJ.

Por outro lado, a agravante não refutou adequadamente - em sede de agravo em recurso especial - os referidos fundamentos, limitando-se a tecer argumentos sobre o mérito recursal.

Com isso, é inafastável a aplicação do impeditivo da Súmula 182 deste Superior Tribunal ("é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada"). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg nos EREsp 1.387.734/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, DJe de 9/9/2014; e AgRg nos EDcl nos EAREsp 402.929/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, DJe de 27/8/2014.

Anote-se, ainda, que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 932, reafirmou a orientação do STJ, ao exigir a impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada.

Assim, tem-se que "a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, para afastar a incidência da Súmula 182/STJ, não basta a impugnação genérica dos fundamentos da decisão agravada, é necessário que a contestação seja específica e suficientemente demonstrada" (AgInt no REsp 1.600.403/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/8/2016, DJe 31/8/2016).

Acrescenta-se que, em julgamento do EAREsp 746.775 (DJe 30/11/2018), a Corte Especial do STJ manteve o entendimento da necessidade de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de incidência da Súmula 182/STJ.

Corroboram:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 182 DO STJ. INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. É inviável o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão atacada. Incidência da Súmula n. 182 do STJ.

2. A se considerar que o réu foi condenado a 3 meses e 15 dias de detenção e que decorreram períodos inferiores a 3 anos entre os marcos interruptivos da prescrição, não há que se falar em ocorrência da causa extintiva da punibilidade sustentada pela defesa.

3. Agravo regimental não conhecido."

(AgRg no AREsp n. 1.900.135/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 3/3/2022).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. DESATENÇÃO AO ÔNUS DA DIALETICIDADE.

Não pode ser conhecido o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão monocrática agravada. Agravo regimental não conhecido."

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.996.126/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 17/3/2022).

Por outro lado, verifico flagrante ilegalidade a autorizar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

Para uma melhor apreciação, consta no acórdão impugnado (e-STJ, fls. 598-613, grifou-se):

"[...]

Por fim, explicou que o zelador do prédio chegou a comentar com eles que havia uma movimentação suspeita no local dos fatos, mas que não poderia confirmar se ali efetivamente ocorria algum crime. No mais, afirmou que o funcionário do prédio acompanhou a diligência até o momento em que o réu lhes atendeu, na porta do apartamento, contudo não esteve presente durante a revista do imóvel (gravação audiovisual constante às fls. 353/355).

Neste ponto, destaco que inexistente qualquer fato que ponha em suspeição os depoimentos prestados pelos policiais civis, os quais prestam serviço de extrema relevância à sociedade e não possuem, a priori, motivo algum para sordidamente incriminar a acusada.

Não se deve olvidar que os depoimentos dos agentes públicos valem como prova pois, no exercício de suas funções, gozam de presunção juris tantum de que agem escorreitamente, sobretudo quando suas afirmações são compatíveis com o conjunto probatório. Além disso "A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita" (STF, RTJ 68/54).

[...]

Por outro lado, as testemunhas de defesa Marta dos Santos Jardim (esposa do réu), José Luiz Joaquim Filho (cunhado do réu) e Estevão Santos Oliveira (igualmente cunhado do réu) arroladas pela defesa do acusado, que não presenciaram os fatos, apenas teceram considerações sobre a conduta social do acusado (gravação audiovisual constante às fls. 353/355).

Ao ser interrogado em juízo, o acusado negou a prática delitiva, alegando que sempre trabalhou e que, na data dos fatos, estava aguardando a ligação de seu cunhado, para irem trabalhar juntos, momento em que os policiais chegaram.

Relatou que abriu a porta e viu quatro policiais, fortemente armados, inclusive com um fuzil, os quais perguntaram por drogas, sendo que permitiu que vistoriassem seu imóvel, mencionando que no interior de seu quarto, que estava aberto, não havia nada de ilícito, mas no quarto de Flavio, o outro rapaz que morava consigo, os policiais disseram que haviam encontrado os entorpecentes.

Justificou que não viu essas drogas, nem mesmo na Delegacia, bem como não presenciou os policiais saindo com qualquer item de dentro do apartamento.

Acrescentou que, após ser colocado na viatura, os policiais ficaram rodando consigo durante muito tempo, antes de irem para a Delegacia. Ademais, disse que o nome de Flavio é Flavio Medeiros de Lima e o conheceu através de um sobrinho seu, de nome Maicon, que sabia que estava precisando dividir o aluguel e que fazia cerca de dois meses que morava com Flavio, o qual trabalhava como motoboy.

Mencionou que a motocicleta dele era uma Honda, de cor branca e que, no apartamento, Flavio não recebia outras pessoas. Informou que não mais teve contato com seu sobrinho, após sua prisão, então não sabe se ele tem notícia do paradeiro de Flavio.

Explicou que em seu quarto havia uma cama de casal e uma cômoda pequena, enquanto no outro quarto havia a beliche e algumas ferramentas de seu trabalho, pois Flavio não tinha guarda-roupa, motivo pelo qual ele guardava as roupas dele na própria mala que utilizava, pois ele estava ali há apenas dois meses.

Também disse nunca ter visto a prensa que os policiais disseram ter apreendido, bem como não conhecia os policiais até então. Justificou que havia alugado o apartamento de uma conhecida sua, mas não possuía documentos da sublocação para Flavio, o qual lhe pagava R\$ 700,00 pela divisão do aluguel. Por fim, mencionou que não poderia comprovar o recebimento desses valores, pois eram pagos em dinheiro (gravação audiovisual constante às fls. 353/355).

Como se nota, a versão trazida pelo acusado acerca dos fatos restou isolada e, ao revés do que alega a d. defesa, há um robusto acervo probatório que leva à autoria do acusado, mormente pela declaração das testemunhas, agentes públicos em lícito exercício de suas funções.

Ademais, com relação a “denúncias” anônimas que comprometiam o sentenciado (mencionadas pelos dois policiais civis ouvidos em Juízo), que elas constituem importante indício da prática do delito de tráfico, representando forma legítima pela qual a sociedade auxilia os órgãos de segurança pública no combate a essa espécie de crime.

Não é por outra razão que o C. Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as denúncias anônimas conformam motivação idônea para ensejar a instauração da investigação criminal e consequente persecução penal dos criminosos denunciados. Confira-se:

[...]

De fato, no tocante à destinação do entorpecente ao comércio ilícito, exsurgiu claramente das circunstâncias da prisão do acusado, em particular a quantidade e o modo de acondicionamento da droga apreendida (70 tabletes de “cocaína”, com peso aproximado de 73 kg). Também ilustra essa destinação a presença, no interior da residência do réu, em um dos quartos, de uma prensa relacionada ao tráfico, a qual apresentava, inclusive, vestígios de “cocaína”.

No mais, nem se argumente que suposta ausência de visualização de atos de mercancia fragilizou a coesa prova oral acusatória.

Isso porque, o caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 descreve condutas variadas, podendo ficar configurado o delito de tráfico de drogas, ainda que o agente não seja surpreendido praticando atos de comércio. No caso em tela, as condutas típicas de ter em depósito e guardar substâncias entorpecentes, imputadas ao acusado na exordial, restaram devidamente caracterizadas pelos substratos probatórios.

[...]

Ademais, os policiais foram claros em apontar de que forma localizaram as drogas, após denúncias anônimas de que o apartamento em questão era utilizado para armazenar drogas, armas e dinheiro provenientes do crime organizado, sendo que após terem a sua entrada franqueada pelo zelador e próprio acusado, encontraram expressiva quantidade de “cocaína”, aproximadamente 73 kg, no interior de uma das malas que se encontravam em um dos dormitórios do imóvel.

Portanto, a condenação do réu pelo delito de tráfico de drogas foi a correta resposta às provas dos autos.

Feitas as considerações necessárias, passo à análise da dosagem da pena.

A MM^a. Juíza a quo, considerando a expressiva quantidade da droga apreendida em poder do acusado, fixou a pena basilar em 3/5 (três quintos) acima do patamar mínimo legal, ou seja, em 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa.

Após, na segunda fase de dosimetria penal, diante do reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, “j”, do Código Penal, a reprimenda foi novamente majorada em 1/8 (um oitavo), alcançando 09 (nove) anos de reclusão, além do pagamento de 900 (novecentos) dias-multa.

Por fim, na terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição e por entender descabida a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, a d. Magistrada tornou a reprimenda definitiva (fls. 442).

[...]

Dessa forma, reputo correto o aumento perpetrado na primeira fase em razão da expressiva quantidade do entorpecente apreendido em poder do acusado.

Isso porque, autoriza o artigo 42 da Lei 11.434/06 que “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Ocorre que a quantidade de drogas foi, de fato, bastante expressiva o acusado tinha em depósito e guardava a quantidade líquida de 72,9 kg (setenta e dois quilogramas e novecentos gramas) de “cocaína”.

De fato, a quantidade de entorpecentes é circunstância apta a elevar a basilar.

Importante consignar, pela pertinência, que a reiteração em julgamentos de delitos deste jaez demonstrou que cada porção de “cocaína” na forma de pó a ser consumida por aspiração, corresponde a 0,4 g (quatro decigramas), sendo repassada no varejo pelo valor de R\$ 10,00 (dez reais).

[...]

Nota-se que o acusado tinha consigo a quantidade líquida de 72,9 kg de “cocaína” e desse modo, após seu total fracionamento, perfaria aproximadamente 182.250 (cento e oitenta e dois mil, duzentas e cinquenta) porções menores com valor monetário estimado de R\$ 1.822.500,00 (um milhão, oitocentos e vinte e dois mil e quinhentos reais).

Ora, trata-se de quantidade que destoa do exercício do tráfico incipiente, solitário sendo dissonante, inclusive, do quantum de narcóticos usualmente apreendidos em análise de recursos por esta Relatoria, sendo totalmente inverossímil que neófito na criminalidade tivesse em depósito e guardasse consigo quase dois milhões de reais em entorpecentes.

[...]

No mais, ante a quantidade verdadeiramente expressiva de “cocaína” apreendida, reputo adequada a fração utilizada para a exasperação da basilar, tal como lançado na r. sentença, não havendo que se falar em sua redução.

Contudo, em relação à segunda fase da dosimetria penal, é o caso de afastamento da agravante relativa ao estado de calamidade pública. Isso porque, não há qualquer relação de causalidade entre os fatos narrados e o estado de calamidade pública decorrente da pandemia.

Com efeito, filiava-me ao entendimento de que o reconhecimento da referida agravante demanda um juízo objetivo por parte do julgador, sendo de rigor a aplicação da referida circunstância quando decretado o estado de calamidade nos distintos níveis da Federação.

Todavia, o E. Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que a incidência da circunstância agravante da calamidade pública, prevista no artigo 61, inciso II, alínea “j” do Código Penal, exige demonstração concreta de que o agente se valeu do

contexto da pandemia da Covid-19 para a prática do crime.

[...]

Portanto, inexistindo comprovação nos autos de nexo de causalidade entre os fatos narrados e a conduta do réu, de rigor o seu tolhimento.

Nesse sentido, diante do afastamento da agravante referente ao estado de calamidade pública gerado pela pandemia do novo coronavírus, reputo suficiente a manutenção da reprimenda fixada na primeira etapa da dosimetria penal, ou seja, em 08 (oito) anos de reclusão, além do pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa. Por fim, ausentes causas de aumento ou de diminuição, torno esta reprimenda definitiva.

Quanto ao pleito de reconhecimento do redutor de pena na terceira etapa de dosimetria, anoto que o artigo 33 da Lei 11.343/2006, em seu §4º, assim dispõe:

[...]

Como se pode observar, para que haja a redução da pena com fundamento no dispositivo acima descrito deve o acusado ser primário e ostentar bons antecedentes. Também é necessário que, concomitantemente a tais requisitos, haja a constatação de que ele não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa.

No caso dos autos, verifica-se que ele foi surpreendido com grande quantidade de entorpecente, com altíssimo valor de venda, como já amplamente afirmado.

Todas as questões apontadas demonstram, extreme de dúvidas, que o réu fazia da narcotraficância o seu meio de vida.

A venda de drogas era, pois, o modo como auferia renda para sobreviver, como se profissão fosse. Logo, não se tratava de tráfico eventual, mas sim habitual, atividade usualmente desenvolvida pelo acusado.

E a dedicação a atividades criminosas, não olvidemos, constitui óbice legal ao reconhecimento da causa de diminuição em comento que, portanto, resta afastada.

[...]."

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 integrem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Ademais, registre-se que a Terceira Seção, em decisão proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase do cálculo da pena. *In verbis*:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min.

Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. 3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que "as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena". O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que "A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (RHC 138117 AgR, Relatora:

ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha).10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, minha relatoria, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022.)

Contudo, esta Corte Superior vem se manifestando no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, isoladamente consideradas, não constituem elementos suficientes para afastar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao pretexto da agente se dedicar ao comércio espúrio.

A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NAS PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM .REGISTRO DE AÇÕES PENAIAS NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. CONFISSÃO INFORMAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OCUPAÇÃO LICITA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS PRESUMIDA REINCIDÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DO FEITO. INVIABILIDADE DE AFERIÇÃO DA POSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DO TEMA. VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em habeas corpus somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa 4. 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/SP, Terceira Seção do STJ).

5. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

6. A dedicação do agente a atividades criminosas não se presume a partir da análise unicamente da natureza ou da quantidade ou da qualidade da droga apreendida; da mesma forma, configura constrangimento ilegal a redução da fração de diminuição de pena.

7. Configura constrangimento ilegal por caracterizar bis in idem a valoração do vetor

quantidade/nocividade de droga para exasperar a pena base e para afastar o tráfico privilegiado 8. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). .

9. O desemprego ou ausência de comprovação de exercício de ocupação lícita não implicam presunção de dedicação à narcotraficância (HC 665.401/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/6/2021).

10. Considera-se "inidôneo o reconhecimento da dedicação criminosa com suporte em confissão informal" (AgRg no HC n. 484.669/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 11/6/2019).

11. Quando as matérias suscitadas no agravo regimental, além de representarem indevida inovação recursal, não tenham sido objeto de análise pelo tribunal de origem, não são passíveis de conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância, com explícita violação da competência originária para o julgamento de habeas corpus (art. 105, I, c, da Constituição Federal).

12 . Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC n. 625.804/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.)

Ademais, a mera afirmação de que o agravante atuava no tráfico é insuficiente para demonstrar que se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

Assim, de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Passo, portanto, à nova dosimetria da pena.

Na primeira etapa, mantenho a pena-base em 8 anos de reclusão mais o pagamento de 800 dias-multa.

Na segunda etapa, ausentes agravantes e atenuante, esta pena foi preservada.

Na terceira etapa, incide a causa de diminuição na fração de 2/3, razão pela qual a pena definitiva fica estabelecida em 2 anos e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 267 dias-multa.

Por fim, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais - 74kg de cocaína -, na primeira fase da dosimetria.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão agravada é clara ao reconhecer que, diante da análise desfavorável, na primeira fase da dosimetria da pena, da quantidade, da natureza e da diversidade de entorpecentes apreendidos - cerca de 10 g de crack, 26 g de cocaína e 62 g de maconha -, é cabível a imposição de regime mais gravoso. Todavia, como a reprimenda fixada ao réu é inferior a 4 anos de reclusão, o modo adequado é o semiaberto.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 438.993/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/6/2018, DJe 15/6/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGA. MODO SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal

e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Aplicada a sanção corporal no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo favoráveis as demais circunstâncias ao paciente, o regime inicial semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, diante da valoração desfavorável da quantidade e da diversidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, c.c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

- A decisão agravada encontra-se alinhada à jurisprudência desta Corte, que permite a fixação do regime imediatamente mais gravoso do que a pena comporta com lastro na quantidade/nocividade das drogas que o caso envolve. - Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 406.339/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017).

Do mesmo modo, vale anotar que 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 ante a grande quantidade da droga apreendida (HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental. Todavia, concedo *habeas corpus de ofício*, a fim de aplicar a minorante do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo e redimensionar a pena da recorrente para 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 267 dias-multa.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0279212-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
AREsp 2.426.165 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15287128620218260228

EM MESA

JULGADO: 20/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : AGNALDO DE JESUS MOTA
ADVOGADOS : LUIS RICARDO VASQUES DAVANZO - SP117043
LUDMILLA FRANCO E SILVA SANCHES - SP315060
BRUNA VALENTE PEREIRA - SP364934
DIOGO SAKATA TAGUCHI - SP347477
MUNICK RABUSCKY DAVANZO - SP365092
PILAR FREYA HASLINGER PARASIN WERNER - SP386458
RAÍSSA RABUSCKY DAVANZO - SP391748
ANDRE ISMAR GARCIA BALHESTERO - SP031060
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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : AGNALDO DE JESUS MOTA
ADVOGADOS : LUIS RICARDO VASQUES DAVANZO - SP117043
LUDMILLA FRANCO E SILVA SANCHES - SP315060
BRUNA VALENTE PEREIRA - SP364934
DIOGO SAKATA TAGUCHI - SP347477
MUNICK RABUSCKY DAVANZO - SP365092
PILAR FREYA HASLINGER PARASIN WERNER - SP386458
RAÍSSA RABUSCKY DAVANZO - SP391748
ANDRE ISMAR GARCIA BALHESTERO - SP031060
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, contudo concedeu habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

C54222551831654232@ 2023/0279212-0 - AREsp 2426165 Petição : 2023/0099390-5 (AgRg)

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0279212-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**AgRg no
AREsp 2.426.165 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL**

C54221255183116542132@ 2023/0279212-0 - AREsp 2426165 Petição : 2023/0099390-5 (AgRg)