



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2465023 - SP (2023/0331982-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : JOAO PEDRO DOS SANTOS RIBEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA A NEGATIVA DA MINORANTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO ART. 654, §2º, DO CPP.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto por JOÃO PEDRO DOS SANTOS RIBEIRO contra decisão que inadmitiu o recurso especial com base nas Súmulas 284/STF e 7 e 518/STJ. A parte agravante impugna apenas os óbices das Súmulas 284/STF e 7/ST, nada tratando acerca da Súmula 518/STJ.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se o agravo interposto atende aos requisitos de impugnação específica conforme o disposto na Súmula 182/STJ; (ii) avaliar se os fundamentos adotados para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado são idôneos, considerando as circunstâncias do caso concreto.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O agravo não ataca especificamente os fundamentos da decisão recorrida, o que impede seu conhecimento, nos termos da Súmula 182/STJ, que exige impugnação específica.

4. Contudo, verifica-se flagrante ilegalidade na negativa da minorante do tráfico privilegiado, com base em fundamentos inidôneos: a não comprovação de atividade lícita, a quantidade não relevante de drogas apreendida e a existência de condenação definitiva por fato posterior. Precedentes desta Corte rejeitam a utilização desses fatores para afastar o benefício.

5. A não comprovação de atividade lícita, a quantidade moderada de drogas e a existência de condenação por fato

posterior, não configuram elementos suficientes para a negativa da minorante, sendo necessária a demonstração de habitualidade criminosa ou envolvimento em organização criminosa, o que não se verificou no caso.

6. Preenchidos os requisitos legais, de rigor a concessão da minorante do tráfico privilegiado, com os consectários legais.

IV. AGRAVO NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do agravo, contudo conceder habeas corpus de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0331982-6

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.465.023 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00117849820158260405 117849820158260405

PAUTA: 26/11/2024

JULGADO: 26/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOAO PEDRO DOS SANTOS RIBEIRO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDO LATORRACA - DEFENSOR PÚBLICO

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, não conheceu do agravo, contudo concedeu habeas corpus de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2465023 - SP (2023/0331982-6)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : JOAO PEDRO DOS SANTOS RIBEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA A NEGATIVA DA MINORANTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO ART. 654, §2º, DO CPP.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto por JOÃO PEDRO DOS SANTOS RIBEIRO contra decisão que inadmitiu o recurso especial com base nas Súmulas 284/STF e 7 e 518/STJ. A parte agravante impugna apenas os óbices das Súmulas 284/STF e 7/ST, nada tratando acerca da Súmula 518/STJ.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se o agravo interposto atende aos requisitos de impugnação específica conforme o disposto na Súmula 182/STJ; (ii) avaliar se os fundamentos adotados para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado são idôneos, considerando as circunstâncias do caso concreto.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O agravo não ataca especificamente os fundamentos da decisão recorrida, o que impede seu conhecimento, nos termos da Súmula 182/STJ, que exige impugnação específica.

4. Contudo, verifica-se flagrante ilegalidade na negativa da minorante do tráfico privilegiado, com base em fundamentos inidôneos: a não comprovação de atividade lícita, a quantidade não relevante de drogas apreendida e a existência de condenação definitiva por fato posterior. Precedentes desta Corte rejeitam a utilização desses fatores para afastar o benefício.

5. A não comprovação de atividade lícita, a quantidade moderada de drogas e a existência de condenação por fato

posterior, não configuram elementos suficientes para a negativa da minorante, sendo necessária a demonstração de habitualidade criminosa ou envolvimento em organização criminosa, o que não se verificou no caso.

6. Preenchidos os requisitos legais, de rigor a concessão da minorante do tráfico privilegiado, com os consectários legais.

IV. AGRAVO NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto por JOÃO PEDRO DOS SANTOS RIBEIRO contra a decisão que inadmitiu o recurso especial ante a incidência das Súmulas 284/STF e 7 e 518/STJ.

A parte agravante alega genericamente a não incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ, reiterando, no mais, as razões do especial, no sentido da ofensa à Súmula 718/STF e ao princípio do in dubio pro reo, tendo em vista o afastamento da minorante do tráfico privilegiado.

Requer, ao final, seja conhecido e provido o recurso especial.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls.382-385).

O MPF manifestou-se pelo não conhecimento do agravo, mas pela concessão de *habeas corpus* de ofício para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

É o relatório.

VOTO

De pronto, verifico a existência dos requisitos extrínsecos de admissibilidade relativos à regularidade formal, bem como à tempestividade do agravo regimental interposto.

Quanto aos requisitos intrínsecos, todavia, vislumbra-se que não houve, de forma clara e precisa, a motivação ou as razões de fato e de direito do inconformismo, de modo que o agravante deixou de impugnar, especificamente, os fundamentos expostos na referida decisão, consubstanciado na incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ, acerca das quais houve apenas impugnação genérica, bem como, quanto à Súmula 518/STJ, inatacada nas razões do agravo, o que impede o conhecimento do agravo.

Com efeito, nos termos da Súmula 182/STJ, é inviável o conhecimento do agravo que deixa de atacar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada.

É nesse sentido o entendimento da Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA. CARÁTER SANCIONADOR PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUDIÊNCIA. RESP INADMITIDO NA ORIGEM. ARESP NÃO CONHECIDO. SÚMULA 182/STJ. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DO EXECUTADO. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE EXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada (decisão de inadmissibilidade do recurso especial) atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte Superior.

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

3. Ainda que assim não fosse, constatado o inadimplemento da pena de multa aplicada cumulativamente à privativa de liberdade, o Juízo da Execução Criminal deverá, antes de deliberar acerca da extinção da punibilidade, intimar o reeducando para efetuar o pagamento, ressaltando a possibilidade de parcelamento, a pedido e conforme as circunstâncias do caso concreto (art. 50, caput, do CP), bem como oportunizando ao condenado comprovar, se for o caso, a absoluta impossibilidade econômica de arcar com seu valor sem prejuízo do mínimo vital para a sua subsistência e de seus familiares.

4. In casu, o Tribunal de origem indeferiu a extinção da punibilidade ao reeducando, afastando a tese de que o valor da execução é inferior ao limite mínimo exequível pela Legislação Estadual.

5. Ademais, a "alegação de pobreza" somente restou apresentada pela defesa em embargos de declaração que foram rejeitados pelo Tribunal a quo que consignou: com a prolação da decisão que indeferiu a petição inicial, sequer foi possível analisar a impossibilidade econômica absoluta do sentenciado para efetuar o pagamento da multa, ainda que parceladamente, o qual não comprovou tal impossibilidade de plano, podendo demonstrar eventual incapacidade no decorrer do processo de execução.

6. Daí, além de ausência do devido prequestionamento do tema, para decidir que há hipossuficiência do reeducando, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.340.649/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 22/8/2023.). Grifos acrescidos.

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA A ESTADUAL. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS JÁ PRATICADOS. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO PELO JUÍZO COMPETENTE. PRECEDENTES. REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. SÚMULA N. 182, STJ.

I - Segundo a jurisprudência desta Corte, é possível a decretação da incompetência absoluta da Justiça Federal, com o envio dos autos à Justiça Estadual, sem a prévia declaração da nulidade dos atos já praticados, tendo em vista a possibilidade de aproveitamento dos atos processuais pelo juízo competente.

II - A ausência de impugnação específica e pormenorizada dos fundamentos da decisão agravada inviabiliza o conhecimento do recurso por violação ao princípio da dialeticidade, nos termos da Súmula n. 182, STJ.

III - In casu, o agravante não demonstrou que os precedentes indicados na decisão agravada são inaplicáveis ao caso, ou, ainda, que houve mudança da jurisprudência deste Sodalício. IV- Agravamento regimental não conhecido.

(AgRg no REsp n. 1.988.117/AL, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 30/11/2023, DJe de 5/12/2023.). Grifos acrescidos.

Ressalta-se que constitui ônus da parte expor, de forma clara e precisa, a motivação ou as razões de fato e de direito de seu inconformismo, impugnando os fundamentos da decisão recorrida, de forma a amparar a pretensão recursal deduzida, requisito essencial à delimitação da matéria impugnada e consequente predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo do recurso interposto, bem como à possibilidade do exercício efetivo do contraditório.

Não obstante, constata-se, no caso, a presença de ilegalidade flagrante a justificar a concessão de *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 645, § 2º, do CPP, no que diz respeito à negativa da minorante do tráfico privilegiado.

É o que depreende dos seguintes excertos do acórdão recorrido (e-STJ fls. 305-307):

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, inaplicáveis causas de aumento, foi diminuído de 2/3 o subtotal obtido na fase anterior, em razão da equivocada aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em sua fração máxima, resultando em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa. É de rigor, entretanto, o afastamento do redutor em questão, pois está evidenciado "que o réu se dedica a atividades ilícitas.

Conquanto estejam presentes os requisitos da primariedade, da ausência de antecedentes e da não participação em organizações criminosas, o fato de a apreensão versar quantidade razoável de entorpecentes, inclusive de maior poder viciante, cujo valor é incompatível com os rendimentos do agente (que estava desempregado na época dos fatos (fls. 22), indica que este faria do comércio ilícito de entorpecentes o seu modo de vida.

A confirmar que João Pedro de fato não é mero traficante eventual, extrai-se dos autos que ele, "após ter a liberdade m provisória concedida nestes autos (fls. 91/92), foi preso 8 meses depois, praticando, novamente, a ilícita mercancia" (fls. 198). Como bem explanado pelo i. parecerista oficiante a fls. 252/253:

As peculiaridades do caso concreto denotam que João se dedicava às atividades criminosas.

[...] João não provou exercer ocupação lícita à época dos fatos — tendo ora se declarado 'desempregado' (fls. 22), ora 'ajudante

geral' (fls. 175), sem, contudo, acostar nenhuma evidência — a indicar que retirava do tráfico o sustento.

Por fim, por pender, em seu desfavor, condenação por outro tráfico, ainda que posterior aos presentes fatos, sobrevinda no feito n. 0002595-62.2016.8.26.0405 (fls. 11 do apenso e 'e-saj'), já transitada em julgado (fls. 340 e 362 daqueles autos).

Mencionada condenação, vale ressaltar, conquanto inapta a configurar antecedentes ou reincidência, constitui indício de dedicação a atividades criminosas, de modo que pode ser utilizada como fundamento para obstar a incidência da causa de redução.

Não foi preenchido, portanto, o outro requisito previsto em lei para incidência da redução - prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, qual seja, a não dedicação a atividades ilícitas. O afastamento da referida causa de diminuição é, assim, de rigor, retornando as sanções a 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Diante das circunstâncias judiciais negativas ora constatadas (lamentavelmente ignoradas pela Juíza a quo e pelo Parquet na primeira etapa da dosimetria, consistentes na apreensão, em poder do réu, de 32,5 gramas de cocaína em pó, acondicionados em 44 pinos; de 40,97 gramas de maconha, divididos em 12 invólucros; e de 8,46 gramas de cocaína sob a forma de "crack", distribuídos em 30 porções), o regime fechado mostra-se como sendo efetivamente o mais adequado para início de cumprimento da reprimenda corpórea aplicada ao recorrido.

Pontue-se que, conquanto não mais subsista a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/190) à fixação de regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado, fato é que este continua sendo o sistema prisional mais adequado para início de cumprimento de pena nas hipóteses de tráfico de maior nocividade, como o aqui tratado.

Observe-se que a fixação do regime inicial continua sendo estabelecida consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, § 3, do CP, de modo que, para ser adotado de regime de pena mais brando, não basta que a privação de liberdade seja inferior a 8 anos, impondo-se que tal sistema seja igualmente adequado à personalidade do sentenciado, bem como à dinâmica e às consequências dos fatos por ele praticados.

Tendo sido ora imposta, por fim, privação de liberdade superior a quatro anos, deve ser, afastada, por expressa disposição legal nesse sentido, a sua conversão em penas restritivas de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP.

Como se vê, a benesse foi indeferida pela Corte de origem, tendo em vista que a recorrente não demonstrou exercer atividade lícita, bem como pela quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas, consistentes no caso em (32,5 gramas de cocaína em pó, acondicionados em 44 pinos; de 40,97 gramas de maconha, divididos em 12 invólucros; e de 8,46 gramas de cocaína sob a forma de "crack", distribuídos em 30 porções), além de condenação definitiva por fato posterior.

Não obstante, a teor da jurisprudência desta Corte, a não comprovação

de atividade lícita, a quantidade não relevante de drogas e a existência de condenação por delito posterior, não configuram fundamentos aptos a justificar o afastamento da aludida causa de diminuição de pena. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. AFASTAMENTO EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE LÍCITA PELO ACUSADO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. É evidente, portanto, que o benefício descrito no aludido dispositivo legal tem como destinatário o pequeno traficante, ou seja, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

2. No caso, as instâncias de origem justificaram o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tão somente com base na quantidade de droga apreendida e na ausência de comprovação do exercício de atividade lícita pelo acusado. Todavia, tais fundamentos são inidôneos à negativa da causa de diminuição referenciada.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 881.029/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/5/2024, DJe de 23/5/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO APLICADA NA FRAÇÃO DE 1/2. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NOVO CÁLCULO DOSIMÉTRICO OPERADO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA PERPETRADA CONSUBSTANCIADA NA NATUREZA E EXPRESSIVA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. PRECEDENTES. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

2. O fundamento utilizado pela Corte de origem para denegar o reconhecimento do tráfico privilegiado ao paciente foi a presunção de que ele tem envolvimento com atividades criminosas em razão da quantidade de entorpecente apreendido - 127 porções de cocaína, pesando cerca de 359g (e-STJ, fls. 273 e 66) -, associado ao fato de ele haver sido surpreendido em ponto de venda de drogas e de não haver comprovado o exercício de atividade lícita; de modo que tais

circunstâncias não seriam compatíveis com o escopo de comercialização eventual; sem haver a demonstração inconteste, por meio de outros elementos de provas, de que ele se dedicava à atividade criminosa de maneira habitual ou que integrasse uma organização criminosa.

3. Todavia, a mera menção à quantidade de drogas apreendidas, ou mesmo à ausência de comprovação de atividade lícita, não se mostram suficientes para, de forma isolada, concluir que o agente integra uma organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo desejado. Precedentes.

4. Dessa forma, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes e o montante de entorpecentes apreendidos, reconheço o constrangimento ilegal em virtude da não aplicação da minorante pelo tráfico privilegiado, a qual faço incidir, de ofício, na fração de 1/2 (conforme aplicado pelo Magistrado). Desse modo, ausentes outras circunstâncias modificadoras, torno as reprimendas do paciente definitivas em 2 anos e 6 meses de reclusão, além de 250 dias-multa.

5. Quanto ao regime prisional, apesar de o novo montante da pena - 2 anos e 6 meses de reclusão -, admitir, em tese, a fixação do regime inicial aberto, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na natureza e expressiva quantidade de droga apreendida (359g de cocaína), autoriza a fixação do regime intermediário; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial semiaberto. Precedentes.

6. Pelos mesmos motivos acima, reputo inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Precedentes.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 886.539/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/4/2024, DJe de 16/4/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR AO DELITO DOS AUTOS. FUNDAMENTO PARA AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, "a negativa da minorante do tráfico privilegiado com fundamento em condenação por fato posterior ao objeto do processo constitui flagrante violação ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06" (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.991.186/SC, relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1º/7/2022).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.466.430/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 21/5/2024, DJe de 27/5/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, §4º DA LEI

11.343/2006. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o 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. Na hipótese, a confissão no sentido de que o réu trabalhava para o tráfico não foi ratificada em Juízo. Ademais, consta da sentença de primeiro grau que o ora agravado "meramente admitiu que transportava substâncias, sem maiores detalhes, e o celular e outros elementos não revelaram a contento sua inserção mais profunda, profissionalizada e importante na cadeia de tráfico".

3. 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).

4. A condenação transitada em julgado, mas por fato posterior àquele que está em apuração na ação penal, não indica dedicação à atividade criminosa impeditiva da incidência da minorante, porque no momento da sua prática essa dedicação não existia, surgindo apenas posteriormente.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.424.111/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024.)

Assim, deve ser restabelecida a sentença condenatória, que fixou a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, substituindo a pena reclusiva por restritivas de direitos.

Ante o exposto, não conheço do agravo. Concedo, porém, habeas corpus, de ofício, para restabelecer a sentença condenatória, nos termos do art. 654, §2º, do CPP.

É como voto.