



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 867685 - SP (2023/0405828-9)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)

AGRAVANTE : ISAIAS DE SOUZA MENDES (PRESO)

ADVOGADO : FERNANDO MORAES DE ALENCAR - SP366051

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. FUNDADA SUSPEITA EXIGIDA PELO ART. 244 DO CPP. AGRESSÕES DURANTE O FLAGRANTE. QUESTÃO CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA N. 231/STJ. MODULAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO FUNDAMENTADA. QUANTIDADE RELEVANTE. SÚMULA VINCULANTE N. 59. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. "Com relação à busca veicular, sabe-se que esta Corte Superior a equipara à busca pessoal, e o art. 244 do CPP assevera que "a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar" (HC n. 691.441/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 26/4/2022.)

2. No caso em questão, a abordagem se deu em razão do comportamento evasivo apresentado pelo paciente, haja vista que houve a desobediência a sinais sonoros e luminosos de parada, além da velocidade incompatível com a via, a evidenciar fundada suspeita, sem configurar flagrante ilegalidade.

3. Não se verifica flagrante ilegalidade pela indicação de agressões sofridas no flagrante com a consequente nulidade da busca pessoal, pois, assim como demonstrado pela Corte de origem, a situação carece de dilação probatória e já foi oficiado o órgão responsável para avaliar a conduta empregada pelos policiais.

4. Diante da Súmula n. 231/STJ, devidamente justificada a não diminuição da pena.

5. Conforme o entendimento jurisprudencial, é viável a utilização da quantidade de droga para modular a fração de redução referente à minorante do tráfico privilegiado, de modo que a apreensão de 6,5kg de maconha pode conduzir à diminuição da pena em metade.

6. A fixação da pena-base no mínimo, com incidência da minorante do tráfico privilegiado, com pena final de 2 anos e 6 meses de reclusão, pode conduzir ao regime aberto, conforme enunciado vinculante 59/STF.

7. Agravo regimental parcialmente provido apenas para fixar o regime aberto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 11 de março de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 867685 - SP (2023/0405828-9)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)

AGRAVANTE : ISAIAS DE SOUZA MENDES (PRESO)

ADVOGADO : FERNANDO MORAES DE ALENCAR - SP366051

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. FUNDADA SUSPEITA EXIGIDA PELO ART. 244 DO CPP. AGRESSÕES DURANTE O FLAGRANTE. QUESTÃO CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA N. 231/STJ. MODULAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO FUNDAMENTADA. QUANTIDADE RELEVANTE. SÚMULA VINCULANTE N. 59. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. "Com relação à busca veicular, sabe-se que esta Corte Superior a equipara à busca pessoal, e o art. 244 do CPP assevera que "a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar" (HC n. 691.441/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 26/4/2022.)

2. No caso em questão, a abordagem se deu em razão do comportamento evasivo apresentado pelo paciente, haja vista que houve a desobediência a sinais sonoros e luminosos de parada, além da velocidade incompatível com a via, a evidenciar fundada suspeita, sem configurar flagrante ilegalidade.

3. Não se verifica flagrante ilegalidade pela indicação de agressões sofridas no flagrante com a consequente nulidade da busca pessoal, pois, assim como demonstrado pela Corte de origem, a situação carece de dilação probatória e já foi oficiado o órgão responsável para avaliar a conduta empregada pelos policiais.

4. Diante da Súmula n. 231/STJ, devidamente justificada a não diminuição da pena.

5. Conforme o entendimento jurisprudencial, é viável a utilização da quantidade de droga para modular a fração de redução referente à minorante do tráfico privilegiado, de modo que a apreensão de 6,5kg de maconha pode conduzir à diminuição da pena em metade.

6. A fixação da pena-base no mínimo, com incidência da minorante do tráfico privilegiado, com pena final de 2 anos e 6 meses de reclusão, pode conduzir ao regime aberto, conforme enunciado vinculante 59/STF.

7. Agravo regimental parcialmente provido apenas para fixar o regime aberto.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão que concedeu em parte o *habeas corpus*.

Sustenta a defesa, assim como na inicial, que haveria nulidade de provas por busca pessoal ilegal e agressões sofridas no flagrante, ressaltando também que é devida a redução da pena pela confissão espontânea e minorante do tráfico privilegiado em seu máximo.

Por fim, alega que deve ser fixado o regime aberto, diante da Súmula vinculante n. 59/STF.

Nessas premissas, pede a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito à Turma.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada foi assim fundamentada (fls. 108-116):

Acerca da nulidade de provas, consta do acórdão (fl. 37):

De outra parte, a Defesa invoca a tese de que a inexistência de justa causa para que os policiais militares efetuassem buscas pessoal e veicular nos acusados acarretaria a ilicitude da prova e a consequente absolvição dos réus.

Contudo, é certo que as buscas pessoal e veicular encontraram fundamento na suspeita da prática de ato ilícito, sobretudo ante o comportamento dos réus, que conduziam veículo em velocidade incompatível com a via e desobedeceram aos sinais luminosos e sonoros dos policiais militares, tratando-se de circunstâncias a reforçarem as suspeitas de que eles estavam envolvidos em ato ilícito, a justificar as buscas.

De qualquer modo, nada de ilícito foi encontrado no veículo e em busca pessoal, tendo em vista que os réus dispensaram quatro “tijolos” de maconha com peso líquido de 6,5 quilos, por ocasião da fuga, e tal apreensão confirmou as suspeitas dos policiais que justificaram a abordagem, a teor do disposto no artigo 240, parágrafo 2º, e no artigo 244, ambos do Código de Processo Penal.

Rejeitadas as preliminares, passo à análise da questão de fundo.

Como se vê do acórdão, não se identificou ilegalidade na busca pessoal e veicular realizada pela polícia militar.

Destacou-se que a abordagem se deu em razão do comportamento evasivo apresentado pelo paciente, haja vista que houve a desobediência a sinais sonoros e luminosos de parada, além da velocidade incompatível com a via, a evidenciar fundada suspeita.

De fato, razão assiste ao Tribunal de origem, porquanto a referida situação autoriza a realização da abordagem e inspeção do veículo, nos termos do art. 240, § 2º, do CPP.

Tal situação, portanto, não evidencia flagrante ilegalidade, tendo a ação ocorrido conforme o dever de fiscalização, inerente às funções legais e de polícia judiciária. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. FUNDADAS SUSPEITAS. LEGALIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEDIDO PREJUDICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE.

1. As instâncias ordinárias consignaram a existência de fundadas suspeitas a permitir a busca veicular e pessoal. Destacou-se que os policiais estavam em patrulhamento, quando avistaram um veículo em atitude suspeita que, ao perceber a chegada da viatura policial, empreendeu velocidade incompatível com a via, rumando para a Rodovia SP-304, tendo a perseguição se estendido "até o Município de Americana, quando então os policiais lograram êxito em interceptar o veículo e abordar o paciente e o corréu, bem como recuperar os objetos lançados na via pública durante o trajeto, tratando-se de quatro tijolos de maconha". Tal situação configura fundadas razões, aptas a autorizar que se procedesse a abordagem e inspeção do veículo, nos termos do art. 240, § 2º, do CPP.

2. "Fica prejudicado o pedido de trancamento da ação penal com a superveniência de sentença condenatória, tendo em vista o disposto na Súmula 648/ STJ." (AgRg no HC n. 741.401/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.) 3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 824.549/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. ALEGADA NULIDADE DA BUSCA VEICULAR. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA A AÇÃO POLICIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Com relação à busca veicular, sabe-se que esta Corte Superior a equipara à busca pessoal, e o art. 244 do CPP assevera que "a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (HC 691.441/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 26/4/2022)

2. Na hipótese, conforme foi consignado pela Corte local, verifica-se que os policiais militares não agiram a partir de parâmetros meramente subjetivos, como faz crer a defesa, visto que a apreensão dos entorpecentes (491 gramas de maconha) ocorreu em virtude da abordagem policial em via pública, após atitude suspeita do condutor do veículo, com placa de outro Estado da Federação, que foi avistado em alta velocidade em frente à guarnição policial.

Assim, modificar as premissas fáticas delineados nos autos, como pretende a defesa, notadamente nos autos de condenação mantida em sede de Revisão Criminal, demandaria o revolvimento do material fático/probatório dos autos, o que é vedado na sede mandamental.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 761.601/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. LAVAGEM DE DINHEIRO. RECORRENTE ENCONTRADO COM MAIS DE UM MILHÃO DE REAIS EM ESPÉCIE. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA QUE NÃO SE MOSTRA FLAGRANTE. FISCALIZAÇÃO DE ROTINA REALIZADA PELA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. APREENSÃO DE AUTOMÓVEL, DINHEIRO E CELULAR QUE DECORRE DA EXISTÊNCIA DE INDÍCIO DA PRÁTICA CRIMINOSA. AFASTAMENTO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA.

1. O trancamento de inquérito policial ou ação penal pela via eleita é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e indícios de autoria.

2. Hipótese em que o próprio recorrente informou aos policiais que dispunha de uma quantia em dinheiro no interior do veículo, tendo os agentes rodoviários federais agido dentro do dever de fiscalização regular, inerente às funções legais.

3. Em se tratando do flagrante de transporte de vultosa quantia em dinheiro e não tendo o recorrente logrado justificar o motivo de tal conduta, não há que se falar em ausência de justa causa para as investigações. Ademais, conforme informado pelo Juízo de primeiro grau, as diligências necessárias encontram-se em pleno andamento, faltando a perícia no celular apreendido, e pendem as informações solicitadas à Receita Federal, circunstâncias que demonstram ser prematuro o trancamento do inquérito policial.

4. A apreensão dos bens (automóvel, celular e valores em espécie) decorre da própria investigação, não havendo possibilidade de restituição enquanto não afastada a ocorrência de crime.

5. Afastar a possibilidade da prática do crime de lavagem de dinheiro, para fins de trancamento das investigações, demandaria reexame de provas, inviável na via eleita. 6. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC n. 142.250/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 30/9/2021.)

Ademais, inviável a análise da alegação de que haveria incompetência da polícia para atuar no caso, haja vista que o tema não foi debatido na origem, o que ensejaria supressão de instância a sua análise inicial por esta Corte Superior.

No mais, a dosimetria foi examinada da seguinte maneira (fls. 43/48):

Em relação ao delito de tráfico de drogas, as penas-base foram estabelecidas no mínima legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias- multa em seu mínimo unitário a minguia de circunstâncias desfavoráveis.

Na segunda etapa da dosimetria, a pena do réu Isaías permaneceu inalterada, eis que inexistentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, lembrando que não se admite o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, por ter sido parcial.

Vale observar que ele negou ter agido em comparsaria com o corréu, comprometendo a verdade processual e tentando reduzir a gravidade de sua conduta, não merecendo então o benefício legal e, de qualquer modo, a

circunstância não poderia levar a pena aquém do patamar mínimo, nos termos da Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

E quanto ao acusado Isaías, não parece crível que ele estivesse de posse de elevada quantidade de drogas (6,5 quilos de maconha) sem que a tanto não estivesse ligado a outros indivíduos versados na mesma criminalidade, ou ao menos que já atuasse há bom tempo no comércio ilegal de drogas, até mesmo porque ele não comprovou a prática de qualquer atividade lícita, limitando-se a alegar que atuava como “ajudante de pedreiro” (fls. 33, 34 e 37).

Por óbvio, os requisitos previstos pelo legislador no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 devem ser analisados separadamente. Do contrário, bastaria que a norma exigisse o preenchimento do requisito da primariedade para que o agente fosse agraciado com a redução da pena.

Ademais, a norma buscou dar ao Juiz a possibilidade de no caso concreto aplicar pena menos rigorosa ao réu primário, de bons antecedentes, que não se dedicasse a atividades criminosas e não integrasse organização criminosa, e a intenção do legislador é clara: dispensar tratamento diferenciado ao “traficante menor”, em detrimento do “traficante organizado”.

A previsão está assentada no princípio da individualização da pena e, assim, não afronta a ordem constitucional. Trata-se de regra não obrigatória, facultando ao Magistrado sua aplicação ou não, de acordo com o caso em exame, de forma fundamentada.

Tais circunstâncias são o bastante para o afastamento da causa especial de redução da pena, que é direcionada àqueles indivíduos que não fazem da narcotraficância seu meio de vida.

O regime inicial fechado para o cumprimento de pena deve ser mantido, já que entendo descaber a fixação de regime diverso para início do cumprimento da pena ou mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante da expressa e inequívoca gravidade do crime de tráfico de drogas, além da reincidência do acusado Ricardo.

Não se olvide da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelece o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, aos agentes condenados por crimes hediondos e equiparados (STF, 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12), todavia, a norma citada está em pleno vigor e o recente entendimento da Suprema Corte não impõe de forma obrigatória o acatamento do novo entendimento.

Registra-se ainda que o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente também reconheceu, de modo incidental, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direitos” constantes dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei Antidrogas.

Esse reconhecimento de inconstitucionalidade, todavia, não implica substituição automática da pena de prisão por pena restritiva de direitos. Na decisão é ressalvada a possibilidade de o julgador analisar, em cada caso concreto, a viabilidade e admissibilidade dessa substituição.

Tal como veiculado de forma contínua nos diários de grande circulação no país, o tráfico de drogas vem se tornando assustadoramente contumaz no cotidiano das grandes, médias e até mesmo pequenas cidades, inclusive aquelas incrustadas nos mais distantes rincões da nação.

Não há distinção entre ricos ou pobres, raça ou religião; o comércio ilegal avança de forma incontrolável, ora favorecido pela insuficiência policial, ora beneficiado pelo abrandamento do rigor penal.

Evidentemente o grande traficante, o responsável pela distribuição da droga

em determinada região ou cidade, não se envolverá diretamente na comercialização da droga; valer-se-á do jovem preterido pela sorte, disposto a lutar por algum dinheiro que propicie a imediata realização de necessidades básicas.

Ocorre então a perfeita comunhão de interesses.

De um lado, o responsável pelo tráfico, que se arrima em incautos jovens, inimputáveis pela tenra idade, ou de passado até então escorreito, para comercializar seu produto, e de outro o pequeno cidadão que, eventualmente detido pela prática espúria, poderá ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

O número de pessoas que poderiam ser servidas com as drogas bem demonstra a periculosidade latente dos réus, recomendando o cumprimento da pena no regime inicial fechado e obstando a substituição da pena por quaisquer das medidas alternativas.

Ressalto ainda que as circunstâncias dos autos, a meu sentir, data máxima vênia, obstam a ingenuidade do reconhecimento de que se tratava de pequenos traficantes, mesmo porque esta simplória qualificação é permeada por um revés de complexidade.

Qual a equação para se distinguir o grande traficante do pequeno comerciante? A quantidade de drogas apreendidas no momento da prisão? A constância da atividade do comércio ilegal?

Cabe aqui outra indagação: não parece pouco provável que o grande traficante irá se aventurar a permanecer em um ponto de venda de entorpecentes, correndo riscos desnecessários, quando poderá se valer daquelas pessoas a quem a norma legal classifica como o pequeno traficante?

A meu ver, e volto a repetir, sempre respeitando os posicionamentos em sentido contrário, quando se atribui ao infrator a condição de pequeno traficante, estar-se-á procurando combater sempre o efeito e não a causa de tão perverso delito, haja vista que aquele indivíduo considerado como o grande traficante dificilmente será detido, porque sempre contará com os préstimos do pequeno traficante.

Não se pode ignorar também que o tal pequeno infrator, beneficiado por esta qualificação com pena menos rigorosa, na maioria das vezes, voltará a reincidir na empreitada criminoso, pois a tal atividade delituosa basta a lhe proporcionar, sem maiores esforços, rendimento financeiro que raros cidadãos de bem chegam a alcançar em algum momento de suas vidas.

E a consequência desta fartura financeira é previsível, ante a frouxidão do rigor penal, data máxima vênia, que de algum tempo a esta parte tem levado à concessão do regime aberto, e até mesmo à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, ao traficante de drogas, com o intuito óbvio de amenizar as amarguras do cidadão castigado pela incompetência do Estado, que, de forma implícita, os induz a lançar mão de meios espúrios para a sua sobrevivência.

Entretanto, em que pese ser louvável o sentimento de humanidade, sobretudo com as pessoas mais preteridas pela sorte, não se pode olvidar o resultado funesto desta benesse, ou seja, a destruição de vidas, de laços familiares, da paz social, e o inquestionável incremento de delitos permeados de igual gravidade, ora por necessidade da obtenção de meios materiais para a satisfação da dependência química, ora diante da inconsciência, da inimutabilidade, causada pela droga, a tal ponto de levar uma pacata pessoa ao extremo de uma atitude inimaginável a um ser humano.

É imperativo ressaltar também que não tenho a menor intenção de negar vigência à norma legal ao não aplicar na maior parte das vezes - como Relator dos autos aos meus cuidados - o redutor previsto na Lei nº 11.343/06, mas

entendo que a tanto é imprescindível a comprovação de que o agente também conte com algumas qualidades que devem permear a conduta do cidadão de bem, v.g., a participação efetiva de atividade escolar ou o exercício de trabalho lícito remunerado, e só assim, mas ainda com muito esforço, conseguiria visualizar a figura do pequeno traficante.

E, da sentença (fls. 74/75):

Fixação das penas.

O réu Ricardo é reincidente (vg. Processo nº 0000142-98.2016.8.26.0630, da 1ª Vara Criminal do Foro de Americana/SP, com trânsito em julgado para a Defesa em 24/10/2016), o que será considerado na segunda fase. Isaías é primário. Fixo a pena base de ambos os acusados no mínimo legal.

Na segunda fase, está presente a agravante da reincidência para o réu Ricardo (vg. Processo nº 0000142-98.2016.8.26.0630, da 1ª Vara Criminal do Foro de Americana/SP, com trânsito em julgado para a Defesa em 24/10/2016). Exaspero a pena do acusado Ricardo em 1/6 (um sexto), em cada crime. Não há circunstâncias a serem consideradas em relação ao réu Isaías. Mantenho inalterada a pena base, mesmo que se considere a confissão, impossível a redução da pena, nesta fase, aquém do mínimo.

A versão não equivale a confissão, lembra-se, porque visou beneficiar a corréu, assim como afastar o crime concorrente, em seu prol (associação).

Na terceira e última fase, a minguada de causas modificadoras, adoto a pena fixada em segunda fase como definitiva aplicada, observada o concurso material de infrações e a impossibilidade de redução com base no artigo 33, par. 4º da Lei de Drogas porque o acusado Ricardo é reincidente, além do citado reconhecido concurso material do tráfico com associação.

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, seja porque o tráfico é crime equiparado a hediondo, seja porque este é o único regime suficiente à repressão e prevenção dos delitos em questão, além de adequado à quantidade das penas a serem impostas.

Como se vê dos excertos, inicialmente não se verifica ilegalidade pelo não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, consignando o Tribunal de origem que não teria se configurado admissão suficiente a incidir a atenuação e que, de qualquer modo, a pena restaria inalterada, nos termos da súmula 231/STJ, haja vista a fixação da pena-base no mínimo legal.

A respeito da minorante do tráfico privilegiado, consta da sentença que a redutora foi afastada em virtude do concurso material com o delito de associação criminosa. No entanto, a apelação foi parcialmente provida para absolver o paciente pelo delito associativo.

Quando da realização da nova dosimetria, o Tribunal consignou que "não parece crível que ele estivesse de posse de elevada quantidade de drogas (6,5 quilos de maconha) sem que a tanto não estivesse ligado a outros indivíduos versados na mesma criminalidade, ou ao menos que já atuasse há bom tempo no comércio ilegal de drogas, até mesmo porque ele não comprovou a prática de qualquer atividade lícita" (fl. 43).

Registre-se que "Por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu que a utilização supletiva dos elementos relativos à natureza e à quantidade de drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para fins de afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa [...]" (AgRg no HC n. 796.134/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 25/5/2023).

No caso dos autos, apesar da quantidade relevante de drogas transportada - 6,5kg de maconha, não foi apontado, na terceira fase da dosimetria, elemento adicional apto a caracterizar a dedicação do paciente à atividade criminosa ou à integração a organização

criminosa.

Registre-se que "O juiz, ao reconhecer a presença dos requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em questão, não está obrigado a aplicar o patamar máximo de redução de pena, já que possui plena discricionariedade para, à luz das peculiaridades do caso concreto, efetivar a diminuição no quantum que entenda suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado". (AgRg no HC n. 761.467/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023).

Com efeito, "Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas". (AgRg nos EDcl no REsp n. 2.013.254/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023). Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. ARESTO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO). CONDIÇÃO DE "MULA". CONSCIÊNCIA DE ESTAR A SERVIÇO DE UM GRUPO CRIMINOSO. FUNDAMENTO CONCRETO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso, o Colegiado estadual manteve a aplicação da minorante do tráfico privilegiado realizada pelo Juízo singular, como determinado no habeas corpus concedido pela Suprema Corte, mas entendeu por modular sua incidência, aplicando-a na fração mínima (1/6). Tal modulação não foi justificada apenas pela natureza da droga (cocaína) - a qual, como se sabe, não poderia ser isoladamente valorada para tal fim, considerando que deve ser analisada em conjunto com a quantidade de drogas, que já fora sopesada para a exasperação da pena-base -, pois o Tribunal a quo apontou também os seguintes fundamentos, autônomos e idôneos: "modo de ocultação da droga (tanque do caminhão), o valor a ser recebido pelo apelado pela operação (R\$15.000,00) e o fato de o caminhão ter sido transferido para o nome dele", tudo a indicar a condição de mula do Acusado, segundo o entendimento exposto na própria decisão do Supremo Tribunal Federal.

2. Embora a condição de "mula" não autorize, por si só, o afastamento do tráfico privilegiado, trata-se de circunstância que justifica a aplicação da minorante em patamar diverso da fração máxima.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "[a]inda que não integre, em caráter estável e permanente, a organização criminosa, o transportador tem perfeita consciência de estar a serviço de um grupo dessa natureza" (AgRg no AREsp n. 1.611.320/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/5/2020, DJe de 3/6/2020), como se infere do presente caso, em que o Réu transportava, entre Estados da Federação, quase 30kg de cocaína, no interior do tanque de combustível de caminhão, e confessou que "receberia a quantia de R\$15.000,00", bem como que "o caminhão foi passado para o nome do interrogando", sendo que "estava financiado e que ficaria para ele após o transporte da droga".

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.278.940/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 13/6/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE

DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO ADEQUADA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nele prevista, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a fixação do quantum de diminuição de pena.

2. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

A Terceira Seção desta Corte, na mesma direção, afirmou recentemente 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" (HC n. 725.534/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 3ª S., DJe 1º/6/2022.)

3. No caso, a Corte regional dentro do seu livre convencimento motivado fundamentou, com base em argumentos idôneos e específicos dos autos, o porquê da redução em 1/6, havendo destacado, em síntese, a quantidade das drogas apreendidas, motivo pelo qual não há nenhum ajuste a ser feito na reprimenda a ele imposta.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 2.039.747/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 25/5/2023.)

Nesse sentido, na terceira fase da dosimetria, mister a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2.

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Fixada a pena provisória em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, na terceira fase, aplica-se a minorante, na fração de 1/2, totalizando 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, mantém-se o regime fechado, considerando a gravidade do caso concreto, diante da grande quantidade de maconha (6,5kg) apreendida em seu poder, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto.

2. O regime fechado foi fixado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão de a condenação ser superior a 4 anos, de a pena-base haver sido fixada acima do mínimo legal e de haver sido apreendido grande quantidade de drogas mais nocivas em poder do réu - a saber, 33 kg de cocaína .

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 817.505/RO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 14/6/2023.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO CONFIGURADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "O julgamento monocrático do recurso especial não constitui ofensa ao princípio da colegialidade, sobretudo porque, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com a interposição de agravo regimental, torna-se superada a alegação de violação ao referido postulado, tendo em vista a devolução da matéria recursal ao órgão julgador competente" (AgRg no REsp 1.571.787/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/5/2016, DJe 20/5/2016).

2. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre os demais elencados no art. 59 do Código Penal.

3. No caso, a quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado - 1,5 kg (um quilo e meio) de haxixe e 1,2 kg (um quilo e duzentos gramas) de skank - não pode ser tida como irrisória, de modo a não interferir no cálculo da basilar.

4. Quanto ao regime inicial para o resgate da reprimenda, embora o recorrente seja primário e a pena reclusiva do crime de tráfico de drogas tenha sido fixada em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (quantidade do entorpecente), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Na hipótese, o Ministério Público Estadual, em suas razões recursais, requereu expressamente o restabelecimento da sentença condenatória, a qual fixou o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda, razão pela qual não procede a alegação de que o recrudesimento do regime se deu de ofício, com ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.279.438/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023.)

Ante o exposto, concedo em parte o *habeas corpus* para reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 250 dias-multa.

Quanto à busca pessoal e veicular, não se vislumbra motivo para conclusão diversa, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

Destaque-se que "A busca pessoal, de acordo com o § 2.º do art. 240 do Código de Processo Penal, somente pode ser realizada quando houver fundada suspeita de que a pessoa oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas alíneas b a f e h do § 1.º do citado dispositivo. O art. 244, por sua vez, prevê que a busca pessoal, como medida autônoma, independerá de mandado prévio se houver fundada suspeita de que a

pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito" (AgRg no HC n. 827.911/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 6/9/2023).

No caso dos autos, a fundada suspeita está amparada em circunstâncias concretas advindas do comportamento evasivo do paciente, com emprego de velocidade incompatível com a rodovia em que trafegava, além de sucessivas descon siderações de ordens de parada.

Ainda sobre a busca pessoal, pontuou a Corte de origem, sobre as alegações de agressões, que o tema é controvertido, pois seriam marcas proporcionais à dinâmica dos eventos e que a alegação também não se coadunaria com a fotografia do paciente tirada do flagrante. Salientou-se que "houve determinação pelo MM. Juiz em audiência de custódia para apuração da alegação de excesso na abordagem policial (fls. 87/90), o que ocorrerá em procedimento próprio, não acarretando nulidade do presente feito". Dessa forma, para se afastar a conclusão posta, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, incabível em *habeas corpus*. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO FLAGRANTE SOB ALEGAÇÃO DE VIOLÊNCIA POLICIAL. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. QUANTIDADE DE DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS. VIABILIDADE. RÉU PRIMÁRIO.

1. O Tribunal a quo afirmou que o alegado constrangimento físico mencionado nesta impetração teria ocorrido após a prisão do paciente. A cognição restrita da via mandamental impede a análise pormenorizada da questão, cumprindo salientar que a Juíza singular, que homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva, asseverou que as alegadas agressões não passarão despercebidas por este Juízo, já que, ao final do ato, será determinada a realização de um novo exame no custodiado, bem como a extração de cópias dos autos à Promotoria da Auditoria Militar.

2. Em que pese a quantidade de droga não ser inexpressiva - 155 g de cocaína, trata-se de crime cometido sem violência ou grave ameaça, não houve apreensão de arma e o paciente é primário, sem anotações criminais. Assim, em observância ao binômio proporcionalidade e adequação, entendo que a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão se mostra suficiente para garantir a ordem pública.

3. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, por medidas cautelares a serem fixadas pelo Magistrado de primeiro grau. (HC n. 659.739/RJ, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 17/12/2021.)

Além disso, uma vez que fixada a pena-base no mínimo legal, diante dos termos da Súmula n. 231/STJ, desnecessário perquirir se estaria materializada a atenuante da confissão espontânea.

Ademais, "a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022)" (AgRg no HC n. 760.487/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 21/12/2023).

Assim, a apreensão de quantidade relevante (6,5kg de maconha) pode conduzir à incidência da minorante em fração diversa do máximo legal, sem constituir flagrante ilegalidade.

Por fim, no tocante à Súmula vinculante n. 59/STF, de fato, fixada a pena-base no mínimo legal e aplicada a minorante do tráfico, com fixação de pena inferior a 4 anos, viável o abrandamento do regime para o aberto.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo regimental, apenas para fixar o regime aberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no HC 867.685 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0405828-9

Número de Origem:
15002025020238260630

Sessão Virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO MORAES DE ALENCAR
ADVOGADO : FERNANDO MORAES DE ALENCAR - SP366051
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISAIAS DE SOUZA MENDES (PRESO)
CORRÉU : RICARDO GALBIATTI SAIA
INTERES. : 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 : ISAIAS DE SOUZA MENDES (PRESO)
ADVOGADO : FERNANDO MORAES DE ALENCAR - SP366051
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 12 de março de 2024