AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2520001 - SP (2023/0438771-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	VERA LUCIA APARECIDA CARDOSO PRUDENTE
ADVOGADOS	:	LUIZ DEL BEM JUNIOR - SP189295
		GUSTAVO LUCIANO DE CAMPOS - SP274626
		CARLOS ALBERTO GONÇALVES JUNIOR - SP441835
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não constatou *bis in idem* entre as primeira e terceira fases da dosimetria da pena em consideração à quantidade e natureza da droga, bem como que manteve o regime inicial fechado em razão da pena definitiva e da droga apreendida.

II. Questão em discussão

2. Há duas questões em discussão: (i) saber se houve *bis in idem* na dosimetria da pena pela consideração da quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fases; e (ii) saber se o regime inicial fechado foi devidamente fundamentado.

III. Razões de decidir

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza da droga apreendida para exasperação da pena-base e para refutar o tráfico privilegiado se na terceira fase foram também invocadas outras circunstâncias do crime.
4. A fixação do regime inicial fechado foi considerada idônea, com base na pena superior a 4 anos e na quantidade de *crack* apreendida (205g).

IV. Dispositivo e tese

5. Agravo regimental não provido.
Tese de julgamento: "1. A quantidade e a natureza da droga considerada na primeira fase da dosimetria pode também ser considerada na terceira em conjunto com outras circunstâncias para não aplicar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado. 2. A fixação do regime inicial fechado é justificada pela quantidade expressiva de droga apreendida."

Dispositivos relevantes citados: Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º; Código Penal, art. 33,

Documento eletrônico VDA44023502 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/10/2024 10:30:18
Código de Controle do Documento: cb17674d-7fe9-47ad-931c-f4c046b88603

§§ 2º e 3º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 2.568.204/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06.08.2024; STJ, AgRg no HC 914.690/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01.07.2024.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 17 de outubro de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator

Documento eletrônico VDA44023502 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/10/2024 10:30:18
Código de Controle do Documento: cb17674d-7fe9-47ad-931c-f4c046b88603

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2520001 - SP (2023/0438771-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	VERA LUCIA APARECIDA CARDOSO PRUDENTE
ADVOGADOS	:	LUIZ DEL BEM JUNIOR - SP189295
		GUSTAVO LUCIANO DE CAMPOS - SP274626
		CARLOS ALBERTO GONÇALVES JUNIOR - SP441835
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não constatou *bis in idem* entre as primeira e terceira fases da dosimetria da pena em consideração à quantidade e natureza da droga, bem como que manteve o regime inicial fechado em razão da pena definitiva e da droga apreendida.

II. Questão em discussão

2. Há duas questões em discussão: (i) saber se houve *bis in idem* na dosimetria da pena pela consideração da quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fases; e (ii) saber se o regime inicial fechado foi devidamente fundamentado.

III. Razões de decidir

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza da droga apreendida para exasperação da pena-base e para refutar o tráfico privilegiado se na terceira fase foram também invocadas outras circunstâncias do crime.

4. A fixação do regime inicial fechado foi considerada idônea, com base na pena superior a 4 anos e na quantidade de *crack* apreendida (205g).

IV. Dispositivo e tese

5. Agravo regimental não provido.

Documento eletrônico VDA44023507 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/10/2024 10:29:50
Código de Controle do Documento: b79fc01a-7d18-41da-b122-bab7bd889d4c

Tese de julgamento: "1. A quantidade e a natureza da droga considerada na primeira fase da dosimetria pode também ser considerada na terceira em conjunto com outras circunstâncias para não aplicar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado. 2. A fixação do regime inicial fechado é justificada pela quantidade expressiva de droga apreendida."

Dispositivos relevantes citados: Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º; Código Penal, art. 33, §§ 2º e 3º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 2.568.204/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06.08.2024; STJ, AgRg no HC 914.690/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01.07.2024.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental de fls. 1788/1795 interposto por VERA LÚCIA APARECIDA CARDOSO PRUDENTE contra decisão de minha lavra (fls. 1778/1783), por meio da qual conheci do seu agravo em recurso especial, para negar provimento ao recurso especial, com fundamento na Súmula n. 568 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, ficando mantido o acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP no julgamento da Apelação Criminal n. 0013475-82.2009.8.26.0624.

Na decisão agravada, em síntese, foi mantida a dosimetria da pena da agravante, de modo a seguir afastada a *benesse* prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, bem como as circunstâncias do crime, as quais evidenciaram vínculo associativo entre os acusados. Também foi mantida a fixação de regime fechado para o cumprimento da pena da agravante, também por conta da quantidade elevada de *crack* apreendida.

Em suas razões, a defesa reforça os fundamentos trazidos em recurso especial, sustentando a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena da agravante, já que a quantidade e natureza da droga foi um fundamento utilizado simultaneamente nas primeira e na terceira fases da dosimetria. Afirma, ainda, que a fixação do regime fechado em desfavor da agravante possui fundamentação genérica e inidônea, por ter sido baseada na gravidade abstrata do delito de tráfico e na quantidade e natureza da droga apreendida.

Requer a reconsideração da decisão ou provimento do agravo regimental, com a admissão e provimento do recurso especial.

É o relatório.

Documento eletrônico VDA44023507 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/10/2024 10:29:50
Código de Controle do Documento: b79fc01a-7d18-41da-b122-bab7bd889d4c

VOTO

De plano, o agravo regimental deve ser conhecido, pois tempestivo, com impugnação da decisão agravada, nos limites da matéria contida no recurso subjacente.

Porém, apesar do empenho do agravante, a decisão agravada deve ser mantida.

O TJSP, soberano no exame das provas, assim decidiu sobre a dosimetria da pena da agravante pelo crime de tráfico de drogas:

> *"Relativamente à dosagem, vê-se que a **pena base foi fixada para os réus acima do mínimo**, anotando o MM. Juízo a **quantidade e a natureza do entorpecente** apreendido, em 5 anos e 10 meses de reclusão mais 583 dias-multa para ANTONIO e VERA LÚCIA [...].*
>
> *[...]*
>
> *Ausentes agravantes ou atenuantes, a causa de aumento exposta na denúncia ensejou licita majoração no patamar de 1/6, resultando as reprimendas em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão mais 777 dias-multa para EDSON e em 6 anos e 9 meses de reclusão mais 680 dias-multa para ANTONIO e VERA LUCIA.*
>
> *Por outro lado, é certo que os **requisitos cumulativos da benesse do parágrafo 4° do artigo 33** da Lei de Drogas, ademais, de natureza facultativa (grifo nosso), **não foram preenchidos**. E com efeito, pois a apreensão das drogas mencionadas **(205 gramas de crack) nas circunstancias descritas pode constituir fundamento idôneo** para afastar o benefício, **indicando-se algum vinculo associativo entre os acusados**, cumprindo anotar que **um deles inclusive se encontrava preso e que a residência dos demais era conhecido ponto de venda de drogas**.*
>
> *[...]*
>
> *Ademais, para adquirir ou receber mais de 200 gramas de crack os réus deveriam estar já inseridos na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, "livre concorrência ou 'empreendedorismo' no comércio de entorpecentes. A atividade da traficância assumiu características de negócio e é hoje fonte de renda do crime organizado, por isso que os **responsáveis pela estruturação da venda de drogas** — controlando as etapas de produção, transporte e acondicionamento — **não confiariam tal quantidade de entorpecentes a pessoas que não gozassem da confiança deles, ou que não tivessem com eles algum vínculo. Enfim, indícios do envolvimento dos acusados com a criminalidade existiam, sendo impossível o reconhecimento da benesse**, como já se decidiu em casos assemelhados [...]"* (fls. 1557/1559).

Documento eletrônico VDA44023507 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/10/2024 10:29:50
Código de Controle do Documento: b79fc01a-7d18-41da-b122-bab7bd889d4c

Pela leitura do trecho acima, verifica-se que o tribunal *a quo* embasou o acórdão que afastou a alegação de *bis in idem* de aplicação da minorante por tráfico privilegiado , a partir das provas reunidas nos autos de origem, com destaque para a expressiva quantidade de *crack* apreendida (205g) e as circunstâncias em que o crime se desenvolveu.

Ainda que a elevada quantidade e a natureza deletéria da droga tenham servido para aumentar a pena-base da agravante, elas também serviram para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, juntando-se a outras circunstâncias do crime praticado, as quais levaram à conclusão de existir vínculo associativo entre a agravante e coautores.

Tal entendimento também é adotado por esta Corte Superior, conforme se lê dos seguintes precedentes:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE ARMA DE FOGO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4° DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. ELEMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS A JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DA BENESSE. MODIFICAÇÃO DAS CONCLUSÕES DA CORTE ORIGINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *III - Não há falar em bis in idem quando o tráfico privilegiado é afastado e a pena-base é exasperada pela quantidade de droga, na hipótese em que a dedicação do agente a atividades criminosas leva em consideração, além da quantidade de entorpecente, outros elementos conforme a jurisprudência do STJ.*
>
> *[...]*
>
> *Agravo regimental desprovido.*
>
> (AgRg no HC n. 918.786/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 26/8/2024, DJe de 30/8/2024.)

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Tendo o Tribunal de origem concluído que não foram atendidos os requisitos necessários para o reconhecimento do tráfico privilegiado, ao constatar que o acusado se dedicava à atividade criminosa, haja vista não apenas a quantidade de droga apreendida, mas também circunstâncias concretas que indicam que não se trata de*

Documento eletrônico VDA44023507 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/10/2024 10:29:50
Código de Controle do Documento: b79fc01a-7d18-41da-b122-bab7bd889d4c

traficante eventual, rever tal conclusão, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, implica o reexame de fatos e provas, procedimento inviável na instância especial.

[...]

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.568.204/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/8/2024, DJe de 13/8/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. No caso, as instâncias de origem - dentro do seu livre convencimento motivado - apontaram elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

3. Por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, D Je 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, exatamente como ocorreu no caso dos autos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 914.690/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 3/7/2024.)

Por fim, o TJSP assim se posicionou quanto à fixação do regime fechado para cumprimento da pena da agravante:

"Mas nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido, lembrando-se a hediondez do crime e o disposto no artigo 42 da Lei no 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade, de forma que o ***regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função***

Documento eletrônico VDA44023507 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/10/2024 10:29:50
Código de Controle do Documento: b79fc01a-7d18-41da-b122-bab7bd889d4c

> ***preventiva específica da pena**, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3°, do Código Penal (Apel. no 0070508-98.2012.8.26.0050, rel. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014). Ora, **aqui se apreendeu quantidade elevada de crack, entorpecente de maior poder viciante"*** (fl. 1560).

Vê-se que a elevada quantidade de *crack* encontrada também foi a justificativa para a fixação do regime mais gravoso, sendo tal fundamento considerado idôneo pela jurisprudência desta Corte para a escolha do regime fechado de cumprimento de pena, mesmo quando a reprimenda é inferior a 8 anos. Nesse mesmo sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO, O FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*
>
> *[...]*
>
> *4. O regime prisional inicial fechado deve ser mantido, pois, embora o montante da reprimenda recomende o regime semiaberto, a existência de circunstância judicial desfavorável, em razão da expressiva quantidade de entorpecente apreendido, autoriza a aplicação do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal, não configurando bis in idem.*
>
> *5. Agravo regimental improvido.*
>
> (AgRg no HC n. 875.148/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 25/4/2024.)

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

Documento eletrônico VDA44023507 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/10/2024 10:29:50
Código de Controle do Documento: b79fc01a-7d18-41da-b122-bab7bd889d4c

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0438771-3

AgRg no AREsp 2.520.001 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00134758220098260624 00134758220098260624 11982009
11982009624012009013475500000000
11982009624012009013475500000000000990103021762 134758220098260624
134758220098260624 624012009013475500000000 990103021762

EM MESA JULGADO: 15/10/2024

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	VERA LUCIA APARECIDA CARDOSO PRUDENTE
ADVOGADOS	:	LUIZ DEL BEM JUNIOR - SP189295
		GUSTAVO LUCIANO DE CAMPOS - SP274626
		CARLOS ALBERTO GONÇALVES JUNIOR - SP441835
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	:	ORCI ISMAIR DA SILVA JUNIOR
CORRÉU	:	LUANA ARRUDA DA CONCEICAO
CORRÉU	:	TAINARA RODRIGUES ANTUNES
CORRÉU	:	SANDRA JULIA BASTOS DE LIRA
CORRÉU	:	MOISES ANTONIO DE JESUS PRUDENTE
CORRÉU	:	LEANDRO CASSIANO DOS SANTOS
CORRÉU	:	ANTONIO DONIZETE PRUDENTE
CORRÉU	:	CLEBSON DOS SANTOS SANTIAGO
CORRÉU	:	EDSON SONEGO

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	:	VERA LUCIA APARECIDA CARDOSO PRUDENTE
ADVOGADOS	:	LUIZ DEL BEM JUNIOR - SP189295
		GUSTAVO LUCIANO DE CAMPOS - SP274626
		CARLOS ALBERTO GONÇALVES JUNIOR - SP441835
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

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

Documento eletrônico VDA44002548 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 16/10/2024 17:46:14
Código de Controle do Documento: 2717F74D-5A42-4C46-9476-00030BCCC508

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0438771-3

AgRg no AREsp 2.520.001 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Documento eletrônico VDA44002548 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 16/10/2024 17:46:14
Código de Controle do Documento: 2717F74D-5A42-4C46-9476-00030BCCC508