



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2573831 - SP (2024/0059883-8)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : WESLEY RIBEIRO NOGUEIRA
AGRAVANTE : JOAO MARCIO BRAGANHOLI DOS SANTOS
ADVOGADOS : ANDRE LUIZ DA SILVA ARAUJO - DEFENSOR PÚBLICO - SP407768
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : VITOR HUGO BATISTA GOMES

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E CONDIÇÕES DO ACONDICIONAMENTO REVELADORAS DE TRAFICÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE E ADEQUAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial em que os recorrentes buscam a desclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) para porte de entorpecentes para uso próprio (art. 28 da lei n. 11.343/2006), além da redução da pena-base e da adequação da fração de aumento pela reincidência específica. O Tribunal de origem condenou os agravantes pelo crime de tráfico de drogas, com apreensão de 722,910g de maconha e outros petrechos indicativos de traficância.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão:

(i) Definir se a conduta de JOÃO MÁRCIO BRAGANHOLI DOS SANTOS pode ser desclassificada de tráfico de drogas para porte de drogas para consumo próprio.

(ii) Estabelecer se a dosimetria da pena, especialmente quanto à reincidência de WESLEY RIBEIRO NOGUEIRA e à redução da pena-base de ambos, deve ser reformada.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A quantidade significativa de drogas apreendidas (722,910g de maconha) e as circunstâncias de acondicionamento, aliadas

aos testemunhos dos policiais e à ausência de indícios suficientes para desclassificação, caracterizam a traficância, conforme o entendimento consolidado na Súmula 83/STJ.

4. Por outro lado, a referida quantidade não é excessiva a ponto de justificar a elevação da pena-base além do mínimo legal.

5. A pena-base de JOÃO MÁRCIO BRAGANHOLI DOS SANTOS deve ser redimensionada, considerando-se a aplicação da fração de 1/6 com relação à quantidade e natureza das drogas apreendidas.

6. A pena-base de WESLEY RIBEIRO NOGUEIRA também deve ser redimensionada, considerando-se a aplicação da fração de 1/6, com relação à quantidade e natureza das drogas apreendidas, bem como à aplicação da fração de 1/6 para o aumento relativo à reincidência, na segunda fase dosimétrica.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso, 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: 2024/0059883-8

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.573.831 /

SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 105202115000853920218260530 15000853920218260530 20042252021

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 : WESLEY RIBEIRO NOGUEIRA

AGRAVANTE : JOAO MARCIO BRAGANHOLI DOS SANTOS

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ANDRE LUIZ DA SILVA ARAUJO - DEFENSOR PÚBLICO - SP407768

LEONARDO ARANTES VICENTINI - DEFENSOR PÚBLICO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CORRÉU : VITOR HUGO BATISTA GOMES

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso, 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 2573831 - SP (2024/0059883-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : WESLEY RIBEIRO NOGUEIRA
AGRAVANTE : JOAO MARCIO BRAGANHOLI DOS SANTOS
ADVOGADOS : ANDRE LUIZ DA SILVA ARAUJO - DEFENSOR PÚBLICO - SP407768
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : VITOR HUGO BATISTA GOMES

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E CONDIÇÕES DO ACONDICIONAMENTO REVELADORAS DE TRAFICÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE E ADEQUAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial em que os recorrentes buscam a desclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) para porte de entorpecentes para uso próprio (art. 28 da lei n. 11.343/2006), além da redução da pena-base e da adequação da fração de aumento pela reincidência específica. O Tribunal de origem condenou os agravantes pelo crime de tráfico de drogas, com apreensão de 722,910g de maconha e outros petrechos indicativos de traficância.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão:

(i) Definir se a conduta de JOÃO MÁRCIO BRAGANHOLI DOS SANTOS pode ser desclassificada de tráfico de drogas para porte de drogas para consumo próprio.

(ii) Estabelecer se a dosimetria da pena, especialmente quanto à reincidência de WESLEY RIBEIRO NOGUEIRA e à redução da pena-base de ambos, deve ser reformada.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A quantidade significativa de drogas apreendidas (722,910g de maconha) e as circunstâncias de acondicionamento, aliadas

aos testemunhos dos policiais e à ausência de indícios suficientes para desclassificação, caracterizam a traficância, conforme o entendimento consolidado na Súmula 83/STJ.

4. Por outro lado, a referida quantidade não é excessiva a ponto de justificar a elevação da pena-base além do mínimo legal.

5. A pena-base de JOÃO MÁRCIO BRAGANHOLI DOS SANTOS deve ser redimensionada, considerando-se a aplicação da fração de 1/6 com relação à quantidade e natureza das drogas apreendidas.

6. A pena-base de WESLEY RIBEIRO NOGUEIRA também deve ser redimensionada, considerando-se a aplicação da fração de 1/6, com relação à quantidade e natureza das drogas apreendidas, bem como à aplicação da fração de 1/6 para o aumento relativo à reincidência, na segunda fase dosimétrica.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

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

Contraminuta apresentada, em que a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

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

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da Súmula n. 284 do STF).

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

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

Adiante, observo que os recorrentes apontam como violados os arts. 28 e 42 da Lei n. 11.343/2006 e os arts. 33, 44, 59 e 63 do Código Penal.

A análise das razões motivadas na origem para o afastamento da desclassificação do delito de tráfico para porte de drogas para consumo próprio, quanto ao agravante João, indica que se encontram em linha com o entendimento desta Corte, a indicar a incidência da Súmula n. 83/STJ, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 392-394):

*Importante, se faz, a transcrição de trecho do édito condenatório (fl. 290): "(...) **A quantidade e forma de armazenamento da substância entorpecente apreendida, consistente em 722,910g de maconha, acondicionada em um invólucro de plástico incolor aderente, em formato de tijolo demonstra o destino da droga à traficância.***

Ora, se considerarmos que para a confecção de um cigarro de maconha é utilizado de meio a um grama dessa substância, apenas esta droga apreendida era suficiente para atender entre setecentos e vinte e dois a mil quatrocentos e quarenta e cinco usuários, o que caracteriza o tráfico em larga escala.

Não é crível que um único usuário mantenha consigo tal quantidade de droga para consumo próprio conforme afirmou João -, tampouco que tenha adquirido de uma vez tal para essa finalidade, ou até mesmo para consumir com outros dois colegas, afinal, como já mencionado, tal quantidade é suficiente a servir número muito expressivo de usuários.

Ademais, há que se ressaltar que se trata de substância perecível, logo, não se destinava a uso próprio.

No imóvel foram encontrados petrechos da traficância, acrescento..

Embora seja expressiva a quantidade de substância entorpecente apreendida, tal volume, por si só, não é suficiente para se verificar a ligação com o crime organizado no caso concreto, pois é possível que cada um deles tenha contribuído para adquirir a grande quantidade, ou seja, que praticaram o fato descrito na denúncia em sociedade. (...)"

Assim, verifica-se que os policiais militares apresentaram depoimentos harmônicos e coerentes no sentido de que, em razão de denúncias, em patrulhamento e apreensões, verificaram que os acusados estavam traficando drogas.

Ademais, não foi só essa prova que embasou o édito condenatório. Afinal, como bem ressaltado pelos policiais militares responsáveis pela diligência, haviam denúncias acerca do tráfico no local, tendo sido, efetivamente, localizadas drogas.

Ainda, nem se diga de outra parte, que os depoimentos dos policiais ouvidos em juízo são suspeitos ou indignos de credibilidade, eis que não teriam motivos para fazer uma acusação forjada ou mendaz contra os acusados.

Demais disso, o fato de serem policiais, só por só, igualmente não

invalida os seus testemunhos, porquanto eles não estão impedidos de depor e se sujeitam a compromisso como outra testemunha qualquer.

E, ainda, a simples condição de “usuário contumaz” não exclui automaticamente a traficância, que restou evidenciada nos autos.

Dessa forma, não há que se falar em desclassificação da conduta do réu João, eis que o intuito de entrega da droga era evidente, perfazendo-se, na íntegra a conduta típica descrita no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

[...]

A quantidade de drogas apreendidas e a forma como estavam acondicionadas (722,910g de maconha, acondicionados em um invólucro de plástico incolor aderente, em formato de tijolo), além da faca de cozinha, um rolo de fita adesiva e um rolo de papel filme parcialmente usados e R\$74,00 em espécie, aliadas à prova oral e às circunstâncias em que se deram a apreensão da droga, não deixam margem a dúvidas acerca da destinação mercantil dos entorpecentes.

Como se vê, o Tribunal de origem afastou a desclassificação do delito de tráfico de drogas para porte de drogas para consumo próprio ao argumento de que a quantidade de drogas apreendidas (722,910g de maconha), bem como a forma como estavam acondicionadas, os petrechos e a quantia em espécie apreendidos, aliadas à prova oral e às circunstâncias em que se deram a apreensão da droga, não deixam margem a dúvidas acerca da destinação mercantil dos entorpecentes.

No mesmo sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma, cujo entendimento se assemelha ao adotado pelo acórdão recorrido (e-STJ fls. 395-396):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem entendeu que o conjunto das provas produzidas sob o crivo do contraditório era apto a lastrear a condenação da recorrente pelo crime de tráfico de drogas, afastando, assim, a desclassificação para o delito de porte para uso próprio de entorpecentes. Concluiu a Corte a quo que a materialidade do delito de tráfico de drogas foi demonstrada a partir da apreensão considerável quantidade de drogas, que estavam sendo transportadas pela agente, bem como das versões desconexas dos réus, que não souberam explicar claramente a origem do entorpecente, ressaltando, ainda, a possibilidade da coexistência da condição de usuário e traficante.

2. A pretensão recursal de desclassificação do crime do art. 33 para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 demanda amplo reexame do acervo fático-probatório carreado aos autos, providência vedada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.423.220/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 19/12/2023.)

Por outro lado, as análises das razões suscitadas pela origem, quanto às pretensões de redução da pena-base para ambos os agravantes e de adequação da fração de aumento da agravante da reincidência, indicam desconformidade com o entendimento desta Corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 395-396):

Diante do apelante João, a pena-base foi, acertadamente, elevada na fração de 1/4, com fundamento no artigo 59, do Código Penal e artigo 42 da Lei Antidrogas - grande quantidade de droga apreendida (722,910g de maconha); perfazendo uma pena para esse réu de 6 anos e 3 meses de reclusão, mais o pagamento de 625 dias-multa, no mínimo legal. No entanto, na segunda fase, cumpre observar que ele era relativamente menor à época dos fatos (artigo 65, inciso I, do Código Penal), motivo pelo qual a sua pena foi reduzida na fração de 1/6, perfazendo-se em 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, mais o pagamento de 521 dias-multa. Na terceira fase, preenchidos os requisitos legais, entendo que a pena deve ser reduzida nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, na fração de 2/3, a fim de evitar a caracterização de bis in idem, alcançando o patamar definitivo em 1 ano, 8 meses e 25 dias, mais o pagamento de 173 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, e em prestação de serviços à comunidade.

[...]

Quanto ao apelante Wesley, a pena-base foi, acertadamente, elevada na fração de 1/4, com fundamento no artigo 59, do Código Penal e artigo 42 da Lei Antidrogas - grande quantidade de droga apreendida (722,910g de maconha); perfazendo uma pena para esse réu de 6 anos e 3 meses de reclusão, mais o pagamento de 625 dias-multa, no mínimo legal. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência específica, entendo que a pena deva ser aumentada na fração de 1/4 (delitos de furto, dano e tráfico de drogas), perfazendo-se em 7 anos, 9 meses e 22 dias de reclusão, mais o pagamento de 781 dias-multa. Na terceira fase, inviável a aplicação da causa de diminuição do art. 33, §4, da Lei 11.343/06, ante a reincidência específica. Assim, à míngua de outras modificadoras, tornou-se definitiva a pena em 7 anos, 9 meses e 22 dias de reclusão, mais o pagamento de 781 dias-multa, em seu valor mínimo.

O regime inicial fechado, fixado na origem, também deve ser preservado, ante a reincidência específica (cf. artigo 33, §3º, do Código Penal), ainda que não se considere que o crime perpetrado pelo acusado seja equiparado aos hediondos.

Pelos mesmos motivos, ante a reincidência específica e a quantidade de pena aplicada (superior a quatro anos), inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou o estabelecimento do sursis.

Conforme se observa, o Tribunal de origem fundamentou que a pena-base foi, acertadamente, elevada na fração de 1/4, considerando a grande quantidade de droga apreendida (722,910g de maconha), bem como a utilização da fração de 1/4, na segunda fase dosimétrica, em razão da reincidência específica, seria adequada para o aumento de pena. Entretanto, a referida quantidade de droga não enseja o aumento aplicado, nem mesmo a reincidência específica enseja um maior desvalor em relação à reincidência genérica.

Há, portanto, divergência do que se vem entendendo no STJ, conforme se afere dos seguintes precedentes da Quinta Turma:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. CRITÉRIO DE UM OITAVO SOBRE O INTERVALO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No delito de tráfico de drogas, não há ilegalidade na exasperação da pena-base com fulcro no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a quantidade e a natureza da droga apreendida é fundamento idôneo para aumentá-la.

2. No silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, ressalvadas as hipóteses em que haja fundamentação idônea e bastante que justifique aumento superior às frações acima mencionadas. Na espécie, o aumento de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo do preceito secundário, aplicado pelas instâncias ordinárias, está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, não havendo falar em desproporcionalidade.

3. As instâncias ordinárias reconheceram a atenuante da confissão espontânea em favor do ora agravante, inexistindo interesse recursal no tocante ao tema.

4. Tendo o Tribunal de origem apontado elementos concretos dos autos para negar a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, torna-se inviável a sua desconstituição para aplicar o redutor do tráfico privilegiado, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.718.060/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 1/10/2024, DJe de 3/10/2024.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso, nos termos do que dispõe a Súmula 182 do STJ.

2. Na hipótese, a agravante deixou de refutar especificamente os fundamentos de inadmissão do recurso especial (in casu, Súmulas 7 e 518 do STJ, e Súmula 283 do STF), incidindo, portanto, o óbice da Súmula 182 do STJ.

3. Todavia, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício, somente ao corrêu, diante da ilegalidade do acórdão impugnado no que tange à fração de aumento da pena em razão da reincidência específica, a qual foi aumentada em 1/3 (um terço) sem a devida fundamentação, quando deveria ter sido compensada integralmente com a atenuante da confissão espontânea.

4. "Alinhado à jurisprudência que se firmou no âmbito da Terceira Seção, extrai-se que a reincidência específica, justamente por não possuir maior desvalor no confronto com a atenuante da confissão espontânea, também não pode ensejar maior incremento da pena quando incidir, de forma isolada, na segunda fase da dosimetria."(HC 578.638/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/5/2020, DJe 3/6/2020).

5. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência". Tem-se decidido, também, que se tratando de indivíduo que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, como na hipótese dos autos.

6. Agravo regimental desprovido. Concessão de habeas corpus, de ofício, somente ao corrêu DIEGO FRANCISCO DE CAMPOS GUIMARÃES, para compensar integralmente o agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, e, assim, readequar a pena quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, nos termos da fundamentação.

(AgRg no AREsp n. 2.216.043/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023.)

Assim, deve-se reconhecer a ilegalidade do acórdão quanto ao ponto, em razão da fundamentação inidônea.

Passo a redimensionar as penas.

Com relação ao agravante JOÃO MÁRCIO BRAGANHOLI DOS

SANTOS, considerando o aumento de 1/6 com relação à quantidade e natureza das drogas apreendidas, fixo a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, a qual é reduzida ao mínimo legal, na fase intermediária, diante da incidência da atenuante da menoridade relativa. Na terceira fase, aplicando-se o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3, fica a pena definitiva fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 167 dias-multa, mantida a substituição da pena estipulada no acórdão.

Por sua vez, com relação ao agravante WESLEY RIBEIRO NOGUEIRA, considerando o aumento de 1/6 com relação à quantidade e natureza das drogas apreendidas, fixo a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa. Na fase intermediária, incide a agravante da reincidência, na fração de 1/6, assim, a pena fica estabelecida em 6 anos, 9 meses e 20 dias, mais 680 dias-multa, a qual se torna definitiva diante da impossibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4, da Lei 11.343/2006, ante a reincidência do réu.

Por fim, o regime inicial fechado é adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial e da reincidência, nos termos dos art. 33 do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar parcial provimento** ao recurso especial a fim de alterar a pena definitiva do agravante JOÃO MÁRCIO BRAGANHOLI DOS SANTOS para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 167 dias-multa, mantida a substituição da pena estipulada no acórdão, bem como para alterar a pena definitiva do agravante WESLEY RIBEIRO NOGUEIRA para 6 anos, 9 meses e 20 dias, mais 680 dias-multa, em regime inicial fechado para cumprimento de pena.

É o voto.