



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2851524 - SP (2025/0040608-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : LUCIANA CRISTINA BORGES
ADVOGADOS : DOUGLAS TEODORO FONTES - SP222732
JOÃO HENRIQUE FLORES - SP478991
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DE PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. TRAFICO PRIVILEGIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. Caso em exame

1. Agrado regimental interposto contra decisão que não conheceu do agrado em recurso especial, em razão da incidência da Súmula 182 do STJ.
2. A defesa argumenta sobre a nulidade do interrogatório, coação moral irresistível, atipicidade da conduta, desclassificação para uso, reconhecimento da minorante por não se dedicar ao tráfico, alteração da pena-base e atenuante da confissão.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em saber se o agrado regimental atende ao requisito de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, conforme exigido pela Súmula 182 do STJ.

III. Razões de decidir

4. A decisão monocrática foi mantida, pois o agrado regimental não impugnou especificamente os fundamentos da decisão agravada, atraindo a incidência da Súmula 182 do STJ.
5. Constatou-se flagrante ilegalidade no acórdão, autorizando a concessão de habeas corpus de ofício para reconhecer a figura do tráfico privilegiado, a atenuante da confissão, alteração do regime prisional e substituição da pena.
6. A quantidade e a natureza da droga apreendida, isoladamente, nem mesmo meras presunções de dedicação ao tráfico, não afastam a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo aplicável a minorante da pena na fração de 2/3.
7. A pena foi redimensionada para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, mais 194 dias-multa, substituída por duas restritivas de direitos.

IV. Dispositivo e tese

8. Agrado regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício.
Tese de julgamento: "1. A ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada atrai a incidência da Súmula 182 do STJ. 2. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas, isoladamente, nem mesmo meras presunções de dedicação ao tráfico, não afastam a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 3. A atenuante da confissão

espontânea deve ser reconhecida, ainda que parcial, qualificada judicial ou extrajudicial, quando utilizada para fundamentar a condenação".

Dispositivos relevantes citados: Código Penal, art. 33, § 2º, "c", e § 3º; Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º; Código Penal, art. 65, III, "d".

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 733841 / PA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/05/2022, DJe 06/05/2022; STJ, AgRg no HC n. 687.484/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, contudo conceder habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 24 de março de 2025.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2851524 - SP (2025/0040608-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : LUCIANA CRISTINA BORGES
ADVOGADOS : DOUGLAS TEODORO FONTES - SP222732
JOÃO HENRIQUE FLORES - SP478991
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DE PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. TRAFICO PRIVILEGIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. Caso em exame

1. Agrado regimental interposto contra decisão que não conheceu do agrado em recurso especial, em razão da incidência da Súmula 182 do STJ.
2. A defesa argumenta sobre a nulidade do interrogatório, coação moral irresistível, atipicidade da conduta, desclassificação para uso, reconhecimento da minorante por não se dedicar ao tráfico, alteração da pena-base e atenuante da confissão.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em saber se o agrado regimental atende ao requisito de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, conforme exigido pela Súmula 182 do STJ.

III. Razões de decidir

4. A decisão monocrática foi mantida, pois o agrado regimental não impugnou especificamente os fundamentos da decisão agravada, atraindo a incidência da Súmula 182 do STJ.
5. Constatou-se flagrante ilegalidade no acórdão, autorizando a concessão de habeas corpus de ofício para reconhecer a figura do tráfico privilegiado, a atenuante da confissão, alteração do regime prisional e substituição da pena.
6. A quantidade e a natureza da droga apreendida, isoladamente, nem mesmo meras presunções de dedicação ao tráfico, não afastam a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo aplicável a minorante da pena na fração de 2/3.

7. A pena foi redimensionada para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, mais 194 dias-multa, substituída por duas restritivas de direitos.

IV. Dispositivo e tese

8. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício.

Tese de julgamento: "1. A ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada atrai a incidência da Súmula 182 do STJ. 2. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas, isoladamente, nem mesmo meras presunções de dedicação ao tráfico, não afastam a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 3. A atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que parcial, qualificada judicial ou extrajudicial, quando utilizada para fundamentar a condenação".

Dispositivos relevantes citados: Código Penal, art. 33, § 2º, "c", e § 3º; Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º; Código Penal, art. 65, III, "d".

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 733841 / PA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/05/2022, DJe 06/05/2022; STJ, AgRg no HC n. 687.484/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **LUCIANA CRISTINA BORGES**, contra decisão que não conheceu do Agravo em Recurso Especial (e-STJ, fls. 655-656).

Nas razões, a defesa reafirma que houve erro na decisão monocrática ao não permitir o trânsito do recurso especial, alegando que a decisão do Ministro Relator analisou o mérito do recurso especial de forma monocrática, causando prejuízo ao agravante.

A defesa também argumenta sobre a nulidade do interrogatório disfarçado de entrevista informal, a coação moral irresistível, e a atipicidade da conduta, subsidiariamente a desclassificação da conduta para uso, reconhecimento da minorante por não se dedicar ao tráfico, alteração da pena-base e atenuante da confissão (e-STJ, fls. 661-694).

Requer assim a declaração de nulidade da decisão proferida pelo relator do Agravo de Recurso Especial, o trânsito do recurso especial para apreciação pelo órgão colegiado, e a reforma da sentença de 1ª Instância, entre outros pedidos (e-STJ, fls. 694-695).

É o relatório.

VOTO

A pretensão não merece êxito, na medida em que a defesa não apresentou

argumentos capazes de modificar o entendimento anteriormente adotado.

Como se afirmou quando do julgamento monocrático, o recurso especial não foi admitido considerando: divergência não comprovada e Súmula 7/STJ.

Por outro lado, o agravante não refutou - em sede de agravo em recurso especial - adequadamente os referidos fundamentos.

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

E ainda, para que se considere adequadamente impugnada a Súmula 7/STJ, o agravo precisa empreender um cotejo entre os fatos estabelecidos no acórdão e as teses recursais, mostrando em que medida estas não exigem a alteração do quadro fático delineado pelo Tribunal local.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 182/STJ. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO SIMPLES NA MODALIDADE TENTADA. MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO INFIRMA DE FORMA ESPECIFICA E CONCRETA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N. 7 DO STJ. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 83/STJ. APLICÁVEL AOS RECURSOS INTERPOSTOS COM BASE NA ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO INADMITIDO. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nas razões do agravo em recurso especial, não foram rebatidos, de modo específico e concreto, os fundamentos da decisão agravada relativos à aplicação das Súmulas n. 7 e 83, ambas do Superior Tribunal de Justiça, ataindo, à espécie, a incidência da Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça.
2. No tocante à incidência da Súmula n. 7/STJ, a Agravante limitou-se a sustentar, genericamente, que as pretensões elencadas no apelo nobre envolvem mero debate jurídico, não demandando, assim, reexame de provas, sem explicitar, contudo, à luz da tese recursal trazida no recurso especial, de que maneira a análise não dependeria do reexame de provas. Assim, não houve a observância da dialeticidade recursal, motivo pelo qual careceu de pressuposto de admissibilidade, qual seja, a impugnação efetiva e concreta aos fundamentos utilizados para inadmitir o recurso especial, no

caso, a incidência da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

6. Agravo regimental desprovido".

(AgRg no AREsp 1789363/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 17/02/2021).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. MERA REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS JÁ EXAMINADOS. SÚMULA N. 182/STJ. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. RÉ FLAGRADA COM 2KG DE COCAÍNA NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE SÃO PAULO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. RECORRENTE SEM RESIDÊNCIA OU VÍNCULO LABORAL NO BRASIL. MÃE DE 2 FILHOS MENORES QUE MORAM COM O PAI NO EXTERIOR (GEÓRGIA). IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. PORTADORA DE DIABETES. COVID-19. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). PENA MÍNIMA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior. Como tem reiteradamente decidido esta Corte, 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 ou à insistência no mérito da controvérsia.

[...]

11. Agravo regimental não conhecido".

(AgRg no RHC 128.660/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 24/08/2020).

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

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

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

A propósito:

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

1. É inviável o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão atacada. Incidência da Súmula n. 182 do STJ.
2. A se considerar que o réu foi condenado a 3 meses e 15 dias de detenção e que decorreram períodos inferiores a 3 anos entre os marcos interruptivos da prescrição, não há que se falar em ocorrência da causa extintiva da punibilidade sustentada pela defesa.
3. Agravo regimental não conhecido."
(AgRg no AREsp n. 1.900.135/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 3/3/2022).

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

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

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

Por outro lado, constato flagrante ilegalidade no acórdão, a autorizar a concessão de *habeas corpus* de ofício para reconhecer a figura do tráfico privilegiado, atenuante da confissão e regime prisional.

Consta no acórdão impugnado:

"[...]

Note-se que, após a apreensão do invólucro de maconha pelas agentes penitenciárias, a acusada confirmou que as drogas se destinavam a entrega de terceiros.

O que só pode levar a certeza do quadro.

[...]

Luciana alega que temia pela vida de seu filho e, por essa razão, praticou o delito, mas não fez prova concreta alguma de eventuais coações.

Afastando, por completo, a possibilidade de aceitação das escusas.

A ré se limitou a apresentar um recorte de um print de conversas no whatsapp em que ela encaminha a terceiro não identificado, a suposta mensagem recebida cobrando o valor de R\$ 350,00.

Fossem reais e existissem, no mínimo, adminículos que as sustentassem.

Aliás e ainda que existisse a tal coação, prova alguma também há de que ela fosse ou pudesse ser “irresistível”, na expressão própria do termo.

Falta prova, enfim.

E alegar e não provar de há muito se sabe como regra básica e fundamental é o mesmo que não dizer.

Dúvida alguma interpretativa quanto a tanto.

Fatos claros, com autoria escancarada.

Não há, nem de longe, fragilidade probatória.

A prova, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Condenação, portanto, inevitável.

Amplamente configurada a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, dê que o crime foi praticado nas dependências de estabelecimento prisional.

De sorte que inafastável a causa de aumento.

Condenação pelo crime de tráfico agravado, portanto, inevitável.

“Quantum satis”, enfim.

Apenamento.

Base fixada no mínimo legal, para ambos os acusados, nos termos do art. 59 do Cód. Penal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

À segunda fase, aumento de 1/3 para Marcelo por tratar-se de acusado multireincidente (f. 227/223), chegando-se a 6 anos e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 666 dias-multa.

Incogitável o reconhecimento da atenuante da confissão em relação a ré Luciana, porquanto, embora tenha admitido a propriedade dos entorpecentes o que, diga-se, era inegável, considerando as circunstâncias da apreensão -, a acusada afirmou que agiu mediante coação, para proteger seu filho, descrevendo, assim, conduta diversa daquela que lhe foi imputada.

O que, evidentemente, não caracteriza a confissão.

Ao fim, elevação em 1/6, pela causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, resultando as penas definitivas em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 777 dias-multa para Marcelo e 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa para Luciana.

Inviável a aplicação da causa especial de redução de penas prevista pelo art. 33, § 4.º da Lei 11.343/2006 para Marcelo, considerando a condição de reincidente (específico) do acusado, condição que, só por si, constitui óbice legal à redução.

E tampouco há como aplicar-se a causa redutora prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas em favor da acusada Luciana.

Nada obstante tenha a novel legislação antidrogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não é o caso de aqui considerá-la mais benéfica e em favor da acusada (“lex mitior”), porque meramente facultativa a situação (“...as penas poderão ser reduzidas...” g.do a.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto.

Como efeito, a ré foi surpreendida remetendo considerável quantidade de entorpecentes a um detento já condenado, dentre outros delitos, justamente pelo crime de tráfico de drogas.

Tudo nas dependências de estabelecimento prisional, local em que, como é sabido, os entorpecentes tornam-se valiosa moeda entre os presos.

De sorte que gravíssima a conduta da acusada e as circunstâncias concretas do crime, a envolver a disseminação de entorpecentes em pleno estabelecimento prisional.

E aquele que se encarrega do envio de tal quantidade de drogas, contribuindo para sua introdução em penitenciárias, evidentemente não pode ser equiparado ao pequeno traficante, que comercializa algumas poucas porções de drogas na via pública.

Aqui, ao reverso, visualiza-se a prática de crime em cadeia estruturada e voltada à traficância, donde estar evidente a habitualidade.

O que não pode ser afastado apenas por tratar-se de um familiar da pessoa custodiada, cediço que detentos contam com a colaboração de indivíduos de fora do estabelecimento prisional para a manutenção das atividades criminosas.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, impossível a redução da pena, já que as circunstâncias evidenciam estrutura para a traficância e habitualidade para a comercialização de drogas.

Em relação à Luciana, quanto ao regime, outro não poderia ser que não o inicial fechado, pelos motivos acima delineados.

Não obstante recente decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, com declaração da inconstitucionalidade incidentalmente, do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não há como aplicar, in casu, regime inicial menos severo.

E também se sabe, malgrado a edição da Súmula nº 719, pela Corte Máxima, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando devidamente justificado.

Exatamente como na espécie.

Ora, ainda que primária a acusada, a gravidade concreta dos fatos praticados desabilita concessão de regime inicial aberto.

Face ao disposto no art. 33, §3º, do Cód. Penal, em atenção à natureza gravíssima do delito praticado e suas circunstâncias, envolvendo, já se disse, a distribuição de entorpecentes em pleno estabelecimento prisional.

Tudo a revelar, portanto e enfim, que o tráfico vem, com a falta de rigor na aplicação da Lei, tomando conta da sociedade, a inculcar-se como ato corriqueiro e cotidiano, ocorrido aos olhos de todos, sem que o Estado nada faça para punir aqueles que transgridem em plena confiança de impunidade a ordem jurídica em que a legislação se sustenta.

O Direito é, acima de tudo e simplesmente, um fenômeno social, dês que a própria Justiça é um ideal humano.

Assim, as Leis e o ordenamento jurídico são frutos dos anseios de uma sociedade, que visam a proteger seus valores básicos através dos Poderes do Estado.

Destarte, se a Lei objetiva recrudescer a situação dada ao traficante, a impor-lhe pena grave, evidente que a atuação do Judiciário não pode perder esse Norte.

O julgador, portanto, agente político que é e com evidente função social, deve guinar a esse sentido.

Daí que aqueles que infringem as normas penais dão um passo transgressor, contrário e desrespeitoso ao seio social em que convivem, momento em que ficam sujeitos, de forma consciente, à atuação do Estado, que deve ser, também, retributiva.

Com isso, não se pode jamais perder de vista que o tráfico de drogas trata-se de delito nefasto, que deturpa a sociedade, destrói seres humanos e lares, bem como ampara todo o mundo da criminalidade.

Daí que aqueles que se dispõem a disseminar entorpecente, cujo vício é odiável e de difícil recuperação, a infligir transtornos não apenas ao próprio dependente, como também a todo seu seio familiar e social, contribuem para a destruição da própria sociedade.

Merecem, por isso, fixação de regime inicial compatível com as circunstâncias e consequências do delito por eles praticado.

Ademais, vale dizer.

Àqueles que são surpreendidos em circunstâncias tais como as descritas nos autos, não há como aplicar-se regime mais brando, sob pena de violação ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal), o que não se pode permitir.

Garante-se, ao caso concreto, tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

Daí porque o regime inicial fechado é mais do que aqui indicado. E, em relação ao acusado Marcelo, ante a reincidência e do quantum de pena imposta, na forma do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

POSTO, e mantido o mais decidido, dá-se integral provimento ao recurso ministerial para condenar Luciana Cristina Borges e Marcelo Martins Borges, respectivamente, as penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa e 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 777 dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, “caput” c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006” (e-STJ, fls. 468-472, grifou-se).

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito e em decisão motivada.

De acordo com a Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial.

A fim de corroborar esse entendimento, podem ser mencionados os seguintes precedentes:

"[...]

2. No caso, a confissão informal do Acusado de que venderia os entorpecentes, feita aos policiais no momento de sua prisão em flagrante, foi utilizada no acórdão atacado para se concluir pela autoria delitiva e ratificar a sentença condenatória. Assim, faz ele jus à atenuante da confissão, ainda que tenha retratado suas declarações em juízo.

3. Consoante precedentes desta Sexta Turma, "[s]e o Tribunal, ao apreciar a apelação, utiliza a confissão como fundamento para manter a sentença condenatória, faz o acusado jus à atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que a ela não tenha se reportado expressamente o Julgador de primeiro grau" (AgRg no REsp 1.606.166/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 13/09/2016).

4. Agravo regimental provido, para conceder a ordem de habeas corpus, reconhecendo a incidência da atenuante da confissão e redimensionando a reprimenda do Agravante nos termos especificados no voto." (AgRg no HC n. 687.484/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022, grifou-se.)

"[...] II - Com efeito, nos moldes da jurisprudência desta Corte Superior, a atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha dela se retratar, quando tal manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, conforme a dicção da Súmula 545/STJ.

III - As instâncias ordinárias, quando fundamentaram o juízo condenatório, colacionaram a confissão extrajudicial da paciente, além dos depoimentos dos policiais militares, os quais afirmaram que a sentenciada, quando abordada por eles, confessou ter ateado fogo na casa. Desta feita, está patente que a confissão extrajudicial da paciente foi sopesada pelas instâncias ordinárias para firmar o juízo condenatório. Entender de forma diversa demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do habeas corpus.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 594.675/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 15/10/2020.)

Nesse contexto, imperioso o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", Código Penal, dado que o réu confessou perante os agentes penitenciários que os entorpecentes apreendidos se destinavam a terceiros.

Seguindo, de acordo com o § 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.

Observa-se que a instância ordinária concluiu pela habitualidade delitiva da agravante tão somente com base em meras presunções, na medida em que destacou apenas a

quantidade da droga apreendida - 93g de maconha - e o fato de estar levando o entorpecente para um familiar no presídio.

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

Assim, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação da recorrente em atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3 ante a não exorbitante quantidade de maconha.

Portanto, passo à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, mantida a pena-base no mínimo legal.

Na segunda fase, reconheço a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, mas que não produzirá reflexos na pena, diante da incidência da Súmula n. 231 do STJ.

Na terceira fase, mantida a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 em 1/6 ficando em 5 anos e 10 meses mais 583 dias-multa, reconhecida a minorante do art. 33, §4º da Lei 11.343/06 em 2/3, torno definitiva a reprimenda em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa.

O regime prisional também deve ser alterado. Estabelecida a pena definitiva inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, diante da primariedade do réu e da análise favorável das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

Por esses mesmos motivos, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Cito, a propósito:

"[...] - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- A Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF,

cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo.

- No caso, tratando-se de ré primária, condenada a pena inferior a 4 anos de reclusão, com circunstâncias judiciais favoráveis, a agravada faz jus ao regime inicial aberto, conforme o disposto no art. 33, § 2º, alínea 'c', e 3º, do Código Penal.

- Quanto à possibilidade de substituição da pena, nos delitos de tráfico, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º, do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por restritivas de direitos.

- As circunstâncias do caso concreto recomendam a substituição, pois trata-se de ré primária, condenada a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão e com apreensão de quantidade de droga não marcadamente relevante e com peso líquido não indicado nos títulos judiciais da origem. Dessa forma, resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

- Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 733841 / PA, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/05/2022, DJe 06/05/2022.)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental. Contudo, concedo *habeas corpus*, **de ofício**, a fim de redimensionar a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, mais 194 dias-multa, a ser substituída por duas restritivas de direitos que serão definidas pelo Juízo de Execução.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2025/0040608-5

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
AREsp 2.851.524 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15001333820238260591 198812023

EM MESA

JULGADO: 20/03/2025

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUCIANA CRISTINA BORGES
ADVOGADOS : DOUGLAS TEODORO FONTES - SP222732
JOÃO HENRIQUE FLORES - SP478991
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : MARCELO MARTINS BORGES

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 : LUCIANA CRISTINA BORGES
ADVOGADOS : DOUGLAS TEODORO FONTES - SP222732
JOÃO HENRIQUE FLORES - SP478991
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, contudo concedeu habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.