



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2153453 - MS (2022/0191657-1)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : BRUNO LUIS ALBUQUERQUE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PREMEDITAÇÃO E USO DE VEÍCULO PREPARADO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. Tendo em vista que a exasperação da pena-base foi fundamentada em elementos concretos, evidenciados na premeditação e no uso de veículo preparado com compartimentos ocultos, o agravo deve ser provido para a realização de nova dosimetria, restabelecendo-se a reprimenda fixada na origem na primeira fase de dosimetria.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável, evidenciada no *modus operandi* do delito, praticado com premeditação e com o uso de veículo previamente preparado, justifica a fixação do regime inicial imediatamente mais gravoso, o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, mesma circunstância que demonstra não ser suficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

3. Agravo regimental provido para fixar a pena de BRUNO LUIS ALBUQUERQUE em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 194 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam

os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, 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.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2153453 - MS (2022/0191657-1)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : BRUNO LUIS ALBUQUERQUE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PREMEDITAÇÃO E USO DE VEÍCULO PREPARADO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. Tendo em vista que a exasperação da pena-base foi fundamentada em elementos concretos, evidenciados na premeditação e no uso de veículo preparado com compartimentos ocultos, o agravo deve ser provido para a realização de nova dosimetria, restabelecendo-se a reprimenda fixada na origem na primeira fase de dosimetria.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável, evidenciada no *modus operandi* do delito, praticado com premeditação e com o uso de veículo previamente preparado, justifica a fixação do regime inicial imediatamente mais gravoso, o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, mesma circunstância que demonstra não ser suficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

3. Agravo regimental provido para fixar a pena de BRUNO LUIS ALBUQUERQUE em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 194 dias-multa.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial da defesa e conceder a ordem de ofício.

Sustenta o agravante, em síntese, que, "estando devidamente fundamentada a possibilidade de se considerar as 'circunstâncias do crime' como moduladora desfavorável ao réu, verifica-se que a pena-base deve ser mantida em 06 (seis) anos, consoante a dosimetria realizada pelo Tribunal *a quo* (fl. 304), haja vista a negatização de uma circunstância judicial e o fato dele ter sido condenado pela prática do crime de tráfico de drogas." (fl. 529).

Alega que, "mesmo com a redução da pena do réu BRUNO LUIS ALBUQUERQUE, diante da aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pelo Ministro Relator do STJ, o regime prisional deve observar os critérios do artigo 33, § 2º e §3º, do Código Penal, assim como a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito deve preencher os requisitos objetivo e subjetivo previstos no artigo 44 do Código Penal" (fl. 529-530).

Aduz que, "uma vez que as 'circunstâncias do crime' permanecem desfavoráveis ao réu, não há que se falar em regime aberto para início de cumprimento de pena, estando plenamente justificada a imposição de regime prisional mais gravoso. Do mesmo modo, não preenchendo o agravado o requisito do artigo 44, inciso III, do Código Penal, incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos." (fl. 530).

Requer "a reconsideração da decisão prolatada pelo Ministro Relator às fls. 516/519. Caso não seja o entendimento de Vossa Excelência, que o presente Agravo Regimental seja submetido ao Colegiado da Sexta Turma, para ser CONHECIDO e PROVIDO, dando-se vigência ao disposto no artigo 59, artigo 33, § 2º e § 3º, e no artigo 44, inciso III, todos do Código Penal" (fl. 531).

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada está assim fundamentada (fls. 516-519):

[...].Trata-se de agravos contra decisões que, com fundamento nas Súmulas 7 e 83/STJ, inadmitiram os recursos especiais.

Alegam os agravantes que os recursos reúnem todas as condições de admissibilidade, requerendo o provimento dos recursos.

Os agravos são tempestivos a atacam os fundamentos das decisões agravadas, devendo ser conhecidos, para julgar os recursos especiais.

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público estadual alega violação ao art. 33, § 3º, do Código Penal, sob o argumento de que, fixada pena superior a 4 anos e havendo circunstância desfavorável, o regime prisional adequado seria o fechado.

Por sua vez, BRUNO LUIS ALBUQUERQUE alega violação ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ao argumento de que preenche os requisitos legais para que seja reconhecido em seu favor o tráfico privilegiado.

BRUNO LUIS ALBUQUERQUE, ora recorrente/recorrido, foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c 40, V, da Lei 11.343/2006, a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, a ser cumprido em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

Interposta apelação pelo Ministério Público, o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento para redimensionar a pena do réu para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 dias-multa.

Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, destacou-se no acórdão que "desfavorece o recorrido a moduladora concernente às circunstâncias do crime" (fl. 304). Entretanto, no capítulo relativo à dosimetria, não as especificou, carecendo, portanto, de fundamentação concreta o aumento da basilar, que passa a ser fixada no mínimo legal, mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, "A valoração negativa de circunstância judicial que acarreta exasperação da pena-base deve estar fundada em elementos concretos, não inerentes ao tipo penal" (AgRg no AREsp 1672105/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 01/09/2020).

Ao afastar o tráfico privilegiado, o Tribunal *a quo* teceu as seguintes considerações (fls. 300-301):

No caso enfocado, a situação versa sobre o tráfico de 35 quilos de maconha, cujo desenlace ilícito foi realizado com requinte organizacional, com suporte e logística oferecidos por terceiros desconhecidos, o que demonstra incontestemente comunhão espúria de pessoas ligadas a atividades criminosas.

Exsurge do caderno processual que o recorrido, em contato com pessoas ligadas à narcotraficância, mediante promessa de pagamento de quantia considerável (R\$ 5.000,00), aquiesceu à empreitada delitiva, ficando responsável por transportar, entre diferentes estados da federação (MS-SP), a droga previamente ocultada em veículo adrede preparado.

[...]

O apelante, originário da cidade de Limeira/SP, dirigiu-se à município de Mato Grosso do Sul, limdeiro com o Paraguai, com a finalidade de retornar com o carregamento de drogas à cidade mencionada, o que ocorrera mediante contato e custeio de despesas por terceiros, ou seja, com claro envolvimento de pessoas ligadas ao narcotráfico.

Disso decorre que a empreitada delitiva não foi realizada açodadamente, demonstrando prévia preparação, o que exigiu esforço envolvimento de terceiros, de modo que o tráfico se desenvolvia com margem de segurança, tudo a denotar a ligação com organização criminosa.

[...]

É evidente que nesse ramo de atividade ilícita lança-se mão de pessoas com as quais se mantenha vínculo de confiança, desenvolvendo a ilicitude com cuidados e eliminação de riscos.

E operação como a constatada neste autos não se elabora ou executa-se de um dia para outro, apressadamente, mas, sim, organizada e cuidadosamente, através de pessoas ligadas por vínculo e comprometimento, o que comprova, inclusive, a dedicação a atividades criminosas, tanto é que aceitou o serviço ilícito, oferecido por terceiro que confiou considerável quantidade de

entorpecente com alto valor no mercado ilícito.

E no exercício desse pacto, exteriorizando comunhão de propósitos, conjugação de esforços e distribuição de tarefas, em busca de proveito comum, o recorrido, como mencionado, transportava o estupefaciente certo de que nada fosse lhe acontecer.

Quanto à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, extrai-se da sentença que "o acusado faz jus, pois é primário, de bons antecedentes (f. 30-1 e 131-2), e não há indicativo de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa" (fl. 191).

Do contexto fático delineado pelas instâncias ordinárias, infere-se que BRUNO LUIS ALBUQUERQUE transportou a droga na condição de "mula", circunstância que não obsta a configuração do tráfico na modalidade privilegiada. O acórdão, portanto, não corrobora a orientação jurisprudencial desta Corte. A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS PARA RESTABELECER O BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS). "MULA". TRANSPORTE DE 2KG DE MACONHA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

[...]

3. Firme a jurisprudência do STJ no sentido de que para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

4. Na espécie, em que o agente é considerado mula do tráfico, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido que a quantidade de drogas, por si só, não indica a integração ou a dedicação a atividades criminosas, justificando a concessão de habeas corpus de ofício para restabelecer a minorante do tráfico privilegiado.

5. Agravo regimental não provido. Concedida, de ofício, a ordem de habeas corpus para restabelecer a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, nos termos do presente voto.

(AgRg no AREsp n. 2.125.250/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 16/8/2022.)

Não se desconhece que "a atuação do agente na condição de 'mula', embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, pode ser utilizada, na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado" (AgRg no REsp n. 1.801.745/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 12/11/2019). Nesse sentido: AgRg no AREsp 1742916/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 08/03/2021).

Contudo, não tendo o Juízo *a quo*, na sentença, modulado a causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, não cabe a esta Corte fazê-lo, sob pena de incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que encontraria óbice na Súmula 7/STJ, razão pela qual fica integralmente restabelecida a sentença condenatória e fica prejudicado o recurso interposto pelo Ministério Público.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial do réu e concedo-lhe *habeas corpus* de ofício, a fim de restabelecer integralmente a sentença condenatória. Fica prejudicado o recurso do Ministério Público.[...].

Considerando as razões expostas pelo agravante, verifica-se que, de fato, a decisão agravada deve ser reconsiderada na parte impugnada, pois o Tribunal de origem justificou a exasperação da pena basilar nos seguintes termos (fls. 298-299):

[...].Merece acolhida o pedido Ministerial de fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da prejudicialidade das circunstâncias do crime, em vista do acondicionamento do entorpecente em compartimento oculto.

[...]

No presente vislumbra-se que o modus operandi utilizado reflete, de fato, a maior gravidade do delito, apta à encrudescer a pena do réu, posto que envolvido de forma premeditada em traficância que compreendia estratégia anterior, planejamento criterioso e profissional, consistente na existência de compartimento próprio no veículo para ocultar o estupefaciente, traduzindo-se em agravante que deve ser efetivamente considerada.

Assim, repiso, a droga achava-se oculta, de modo ardiloso, em compartimentos ocultos nas portas traseiras do veículo, com o escopo de dificultar a atuação policial em caso de eventual abordagem, o que se traduz em situação concreta, acarretadora de maior censura à prática delitiva.

[...]

Na primeira fase, considerando que desfavorecem o recorrido a moduladora concernente às circunstâncias do crime, nos termos do artigo 59 do CP, fixo a pena-base em 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.[...].

Como se vê, a pena-base foi exasperada em 1/10 com a indicação de fundamentação concreta, tendo em vista as circunstâncias do delito, destacando-se a premeditação da conduta, "que compreendia estratégia anterior, planejamento criterioso e profissional, consistente na existência de compartimento próprio no veículo para ocultar o estupefaciente", bem como que "a droga achava-se oculta, de modo ardiloso, em compartimentos ocultos nas portas traseiras do veículo, com o escopo de dificultar a atuação policial em caso de eventual abordagem".

Cem efeito, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "inexiste ilegalidade ao adotar o julgador valoração negativa relacionada à premeditação do delito pelo paciente, o que demonstra maior censurabilidade da conduta e autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal" (AgRg no HC n. 706.817/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022).

Além disso, a utilização de veículo previamente preparado para a camuflagem dos entorpecentes constitui fundamento válido para a valoração negativa das circunstâncias do crime na primeira fase da dosimetria da pena. A esse respeito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. AÇÃO PREMEDITADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VEÍCULO PREPARADO

PARA A CAMUFLAGEM DOS ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "Inexiste ilegalidade ao adotar o julgador valoração negativa relacionada à premeditação do delito pelo paciente, o que demonstra maior censurabilidade da conduta e autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal" (AgRg no HC n. 706.817/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022). No caso, foi apontado que o réu agiu de forma premeditada, com a participação de "ao menos outras duas pessoas (Lucas e Ronaldo), sendo que uma entregou o veículo e a outra a "carretinha" na qual a droga estava oculta".

2. A utilização de veículo previamente preparado para a camuflagem dos entorpecentes constitui fundamento válido para a valoração negativa das circunstâncias do crime na primeira fase da dosimetria da pena.

3. Ainda que se considere de "baixa nocividade" a droga apreendida, qual seja, maconha, a expressiva quantidade apreendida (74,4kg de maconha e 3,6kg de skank), por si só, justifica a exasperação da pena basilar.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 692.001/MS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 21/3/2023, DJe de 24/3/2023.)

Desse modo, faz-se necessário o redimensionamento da pena, apenas na parte impugnada pelo Ministério Público, com o restabelecimento da exasperação da pena-base, assim como fixada na Corte de origem (fl. 604), em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, a qual, na segunda fase, não havendo agravantes deve ser reduzida para 5 anos em razão da confissão espontânea, além de majorada na terceira fase de dosimetria, nos termos do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão, e pagamento de 583 dias-multa, e minorada em 2/3, tornando-se definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 194 dias-multa.

Ademais, considerando-se a existência de circunstância judicial desfavorável, evidenciada no *modus operandi* do delito, praticado com premeditação e com o uso de veículo previamente preparado, deve ser fixado o regime inicial imediatamente mais gravoso, o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, circunstância que também demonstra não ser recomendável a substituição da pena privativa por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Ressalte-se que, conforme a jurisprudência desta Corte, "ante a existência de circunstância judicial corretamente valorada em desfavor do Agravante, revela-se adequada a imposição do regime prisional inicial imediatamente mais gravoso, no caso, o regime inicial semiaberto, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, e 44, inciso III, ambos do Código Penal, c.c. o art. 42 da Lei de Drogas. (AgRg no AREsp n. 2.100.894/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022).

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para fixar a pena de BRUNO LUIS ALBUQUERQUE em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 194 dias-multa.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0191657-1 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
AREsp 2.153.453 /
MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00090749820208120800 0009074982020812080050000
0009074982020812080050001 0009074982020812080050002
0009074982020812080050003 90749820208120800 9074982020812080050000
9074982020812080050001 9074982020812080050002
9074982020812080050003

EM MESA

JULGADO: 27/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ELTON GHERSEL

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVANTE : BRUNO LUIS ALBUQUERQUE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : BRUNO LUIS ALBUQUERQUE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena - Regime inicial

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : BRUNO LUIS ALBUQUERQUE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, 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.

 2022/0191657-1 - AREsp 2153453 Petição : 2022/0079407-4 (AgRg)