



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.142.358 - SP (2022/0171124-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : KITANY KIMBERLY SOUZA SANTOS
ADVOGADO : MAURÍCIO LOPES DAS NEVES - SP420303
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INCIDÊNCIA NA TERCEIRA FASE DOS CÁLCULOS DA PENA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. 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, o agravante deixou de impugnar, de forma específica, a incidência da Súmula 182/STJ e a impossibilidade de alegação de divergência jurisprudencial com base em paradigmas oriundos de *habeas corpus*, mandado de segurança ou recurso ordinário.

3. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar a dosimetria penal.

4. 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. Dessarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

5. É possível a valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos -, desde que não tenha sido considerada na primeira fase do cálculo da pena (HC 725.534/SP, Terceira Seção, de minha Relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).

6. Agravo regimental desprovido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para reduzir a pena-base ao patamar mínimo legal, bem como aplicar a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, na fração de 1/6, redimensionando a pena definitiva para 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, contudo conceder habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2023 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.142.358 - SP (2022/0171124-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **KITANY KIMBERLY SOUZA SANTOS**
ADVOGADO : **MAURÍCIO LOPES DAS NEVES - SP420303**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de agravo regimental interposto por **KITANY KIMBERLY SOUZA SANTOS** (e-STJ, fls. 476-482) contra decisão proferida pelo Ministro Presidente do STJ, que não conheceu do agravo em recurso especial (e-STJ, fls. 472-473).

Neste recurso, a defesa sustenta que nas razões do agravo estão impugnados todos os fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial.

Requer, assim, "seja dado provimento ao presente, posto que preenchidos os requisitos do art. 1029 do CPC, e consequentemente seja analisado o mérito do Recurso Especial interposto com o fim de aplicar-se ao caso o disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP e art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006" (e-STJ, fl. 481).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 491-494 (e-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.142.358 - SP (2022/0171124-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : KITANY KIMBERLY SOUZA SANTOS
ADVOGADO : MAURÍCIO LOPES DAS NEVES - SP420303
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INCIDÊNCIA NA TERCEIRA FASE DOS CÁLCULOS DA PENA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. 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, o agravante deixou de impugnar, de forma específica, a incidência da Súmula 182/STJ e a impossibilidade de alegação de divergência jurisprudencial com base em paradigmas oriundos de *habeas corpus*, mandado de segurança ou recurso ordinário.

3. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar a dosimetria penal.

4. 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. Dessarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

5. É possível a valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos -, desde que não tenha sido considerada na primeira fase do cálculo da pena (HC 725.534/SP, Terceira Seção, de minha Relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).

6. Agravo regimental desprovido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para reduzir a pena-base ao patamar mínimo legal, bem como aplicar a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, na fração de 1/6, redimensionando a pena definitiva para 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

A irresignação não prospera.

No caso, o agravante deixou de impugnar, no agravo em recurso especial, de forma específica, os fundamentos acerca da incidência da Súmula 182/STJ e da impossibilidade de alegação de divergência jurisprudencial com base em paradigmas oriundos de *habeas corpus*, mandado de segurança ou recurso ordinário.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO QUE NÃO INFIRMA DE MANEIRA ESPECÍFICA UM DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. CORRETA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ.

1. O agravo que não rebate especificamente todos os fundamentos utilizados para inadmitir o especial atrai a incidência da Súmula 182/STJ. Além disso, não basta para afastar referido óbice a impugnação demasiadamente genérica, que não deduz argumentação que evidencie de fato a não incidência dos fundamentos utilizados para inadmitir o especial. Precedentes.

2. Os requisitos legais de admissibilidade do recurso interposto, a exemplo do agravo em recurso especial, devem estar presentes ao tempo do ajuizamento do recurso, sob pena de inevitável preclusão (AgRg no Ag n. 1.395.327/SC, Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 30/8/2011).

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1005340/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 02/03/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A falta de impugnação específica de todos os fundamentos utilizados na decisão agravada atrai a incidência do enunciado sumular 182 desta Corte Superior.

2. Agravo regimental não provido." (AgInt no AREsp 975.629/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016).

Conforme se verifica às fls. 436-438 (e-STJ), o recurso especial não foi admitido, uma vez que a Corte de origem considerou que **(i)** o recurso especial foi interposto sem a fundamentação necessária apta a autorizar o seu processamento, consoante determina o artigo 1.029 do Código de Processo Civil, pois não foram devidamente atacados todos os argumentos do aresto (Súmula 182/STJ); **(ii)** o recorrente não demonstrou razoavelmente o dissídio jurisprudencial, pois não foram preenchidas as condições exigidas pelo Código de Processo Civil (artigo 1.029, § 1º) e pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (artigo 255, § 1º); **(iii)** "não se prestam para o conhecimento do apelo nobre pela alínea "c" do inciso III do art. 105



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Constituição Nacional, os julgamentos proferidos em mandado de segurança, recurso ordinário em mandado de segurança e *habeas corpus*"; e (iv) para se chegar a solução contrária à do aresto recorrido, seria necessário o reexame da prova (Súmula n. 7, do STJ).

Todavia, como dito alhures, o agravante deixou de impugnar, de forma específica, a incidência da Súmula 182/STJ e a impossibilidade de alegação de divergência jurisprudencial com base em paradigmas oriundos de *habeas corpus*, mandado de segurança ou recurso ordinário.

Com efeito, o agravante não se desincumbiu do ônus que lhe competia, na medida em que é imprescindível demonstrar, de forma clara e objetiva, com o devido desenvolvimento argumentativo, o desacerto da decisão agravada, em relação a cada um de seus fundamentos.

Tal situação atrai o impeditivo da Súmula 182 deste Superior Tribunal, segundo a qual "é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".

Acerca do tema, ainda, 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.

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

Registre-se que "(...), a impugnação a que se refere o enunciado da Súmula 182 é a que enfrenta, especificamente, o conteúdo do fundamento, e não a que o faz de maneira genérica" (EDcl no AgRg no AREsp 778.294/BA, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j.22/11/2016, DJe 5/12/2016).

Consigne-se que, no julgamento do EAREsp 746.775/PR (DJe de 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.

Por outro lado, observa-se a ilegalidade do acórdão impugnado no que diz respeito à dosimetria penal, sendo de rigor, portanto, a **concessão da ordem, de ofício**, para readequá-la.

Como é cediço, a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, 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. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

Consoante se extrai dos autos, a ré foi condenada pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 diárias mínimas.

O Tribunal de origem, ao apreciar o recurso defensivo, assim se manifestou acerca dos cálculos da sanção:

"Em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06, apesar da **vultosa quantidade de entorpecente apreendido, mantida a pena-base somente um sexto acima do mínimo legal**, à míngua de recurso Ministerial e vedado o *reformatio in pejus*, ou seja, cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, no patamar mínimo. Mantida a reprimenda na segunda fase da dosimetria, eis que ausentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravantes ou atenuantes.

Como bem fundamentado pelo Juízo sentenciante, a incidência da diminuição da pena do artigo 33, parágrafo quarto da Lei de Drogas fica afastada, uma vez que tal benefício se destina ao agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Com efeito, embora primária, ficou demonstrado através do conjunto probatório que as atividades exercidas pela apelante não eram as de uma traficante ocasional e solitária; pelo contrário, **a ela foi confiada valiosa carga de entorpecentes**, o que demonstra sua participação em célula organizada à narcotraficância e que se utilizava dela como meio de vida, não reunindo mérito para o benefício." (e-STJ, fls. 345-346, grifou-se).

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.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

Ressalte-se, ainda, que a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 725.534/SP, assim decidiu:

"[...]

Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, não me parece adequado o acolhimento da proposta do uso penas supletivo da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.

A adoção de tal posicionamento, resultará, em regra, na imposição de penas diminutas - abaixo do patamar de 4 anos de reclusão, como decorrência da incidência da minorante no grau máximo, ressalvados, obviamente, os casos de traficantes reincidentes ou integrantes de grupos criminosos.

Em muitas condenações já julgadas definitivamente, haverá a redução drástica das penas em crimes graves, a fim de se aplicar o novo posicionamento exposto no EResp 1.887.511/SP.

Como é a hipótese deste habeas corpus, em que tendo sido a quantidade de droga o único vetor aferido para afastar o tráfico privilegiado, e sendo incabível sua utilização isolada na terceira fase - como proposto o novo entendimento - o réu, condenado pela posse de mais de 147 quilos de maconha - terá sua pena diminuída em 2/3, resultando definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão.

Sob tal contexto, proponho mantermos o entendimento anterior desta Corte, acolhido em repercussão geral pelo STF, no julgamento do ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, da Lei 11.343/2006 - neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos -, desde que não tenha sido considerada na primeira fase do cálculo da pena." (de minha Relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022, grifou-se)

Desse modo, em atenção ao entendimento acima exposto, passo ao redimensionamento da reprimenda.

Na primeira fase, a fim de afastar indevido *bis in idem*, fixo a pena-base em seu mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa.

Mantida a reprimenda na segunda fase da dosimetria, eis que ausentes agravantes ou atenuantes.

Na etapa derradeira, reconheço a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porém, em razão da grande quantidade e natureza da droga apreendida – 5.040 porções de cocaína, com peso líquido de 4,8 quilogramas – aplico a fração mínima de 1/6, restando a pena definitivamente estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, mais 416 dias-multa.

Quanto ao regime, considerando a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de circunstância judicial desfavorável, na primeira fase da dosimetria, esse deve ser fixado no modo semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Corroborar:

"[...]

2. Considerando que foi imposta a pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, o estabelecimento do regime inicial semiaberto exprime a literalidade do art. 33, § 2º, "b", do CP: "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"; não havendo falar em ilegalidade.

3. "Mantida pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal" (AgRg no HC 612.388/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2020).

4. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp n. 2.124.392/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 17/10/2022.)

"[...]

2. Considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível a fixação do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal.

3. Agravo regimental parcialmente provido."

(AgRg no AREsp n. 1.962.011/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 30/11/2021.)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental. Todavia, **concedo habeas corpus**, de ofício, para reduzir a pena-base ao patamar mínimo legal, bem como aplicar a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em 1/6, redimensionando a pena definitiva para 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.
É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0171124-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 2.142.358 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014398820218260041 0001439882021826004115014903220208260535
000143988202182600411501490322020826053532292020 14398820218260041
1439882021826004115014903220208260535
143988202182600411501490322020826053532292020 15014903220208260535
1501490322020826053550000 20210000662177 32292020

EM MESA

JULGADO: 14/02/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : KITANY KIMBERLY SOUZA SANTOS
ADVOGADO : MAURÍCIO LOPES DAS NEVES - SP420303
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : KITANY KIMBERLY SOUZA SANTOS
ADVOGADO : MAURÍCIO LOPES DAS NEVES - SP420303
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 Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.