



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.228.996 - AC (2022/0325716-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : E K M M
AGRAVANTE : G M C
ADVOGADOS : FRANCISCO SILVANO RODRIGUES SANTIAGO - AC000777
FABIANO MAFFINI - AC003013
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE
INTERES. : D DA S S
ADVOGADOS : ORIETA SANTIAGO MOURA - AC000618
GRIJAVO SANTIAGO MOURA - AC004590

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELO RARO. INADMISSÃO. FUNDAMENTOS. SÚMULA N. 7 DO STJ E AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. IMPUGNAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS NORMAIS AO TIPO PENAL. APLICAÇÃO DO REDUTOR NA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Ausente a impugnação concreta aos fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre, correta a decisão que não conheceu do agravo em recurso especial.

2. Verificada a existência de ilegalidade manifesta, a ser afastada, *sponte propria*, por esta Corte Superior, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, e não em razão do acolhimento de recurso ou pedido defensivo.

3. No que diz respeito à dosimetria da pena da Agravante G. M. C., tem-se que a quantidade dos entorpecentes apreendidos não justifica qualquer modulação da minorante do tráfico privilegiado, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito, de modo que o redutor deve incidir em sua fração máxima.

4. Em razão do *quantum* da pena final, ora redimensionada, e da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, de rigor a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, a serem determinadas pelo Juízo das Execuções Penais, nos termos dos arts. 33, §§ 2.º e 3.º, e 44, ambos do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, em favor da Acusada G. M. C., a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas na fração máxima, redimensionando suas penas nos termos do presente acórdão, e, por conseguinte, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, mas conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2023(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.228.996 - AC (2022/0325716-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : E K M M
AGRAVANTE : G M C
ADVOGADOS : FRANCISCO SILVANO RODRIGUES SANTIAGO - AC000777
FABIANO MAFFINI - AC003013
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE
INTERES. : D DA S S
ADVOGADOS : ORIETA SANTIAGO MOURA - AC000618
GRIJAVO SANTIAGO MOURA - AC004590

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por E. K. M. M. e G. M. C. contra a decisão da Presidência do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do agravo em recurso especial, pela falta de impugnação aos fundamentos de inadmissão do apelo nobre, pelo Tribunal de origem.

Consta dos autos que, em primeiro grau de jurisdição, o feito foi sentenciado nos seguintes termos: **a)** E. K. M. M. e o Corréu D. DA S. S. foram condenados às penas de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 550 (quinhentos) dias-multa**, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06; **b)** G. M. C. foi condenada às penas de **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa**, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n. 11.343/06. Isso porque, no dia 12/01/2021, foram apreendidos **13,4g de maconha e 62,5g de cocaína**.

Irresignada, a Defesa dos Acusados recorreu ao Tribunal de origem, que **negou provimento** à apelação (fls. 565-581).

Nas razões do recurso especial interposto conjuntamente por E. K. M. M. e G. M. C., além da divergência jurisprudencial, alega-se violação aos seguintes dispositivos legais: **a)** arts. 155 e 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, buscando a absolvição dos Acusados por insuficiência de provas; **b)** art. 28 da Lei n. 11.343/06, pois o Recorrente E. K. M. M. seria mero usuário de drogas, de modo que sua conduta deve ser desclassificada; **c)** art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, sob o argumento de que a referida minorante deve ser aplicada no patamar máximo, em favor da Ré; e **d)** arts. 33, § 2.º, alíneas *b* e *c*, e 59, ambos do Código Penal, buscando o abrandamento do regime prisional inicial de ambos os Réus e, somente quanto à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acusada, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 585-612).

Já no recurso especial interposto pelo Corréu D. DA S. S., alega-se malferimento aos seguintes dispositivos legais: **a)** art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, buscando a absolvição do Acusado por insuficiência de provas; **b)** art. 28 da Lei n. 11.343/06, pois o Recorrente é mero usuário de drogas, de modo que sua conduta deve ser desclassificada; **c)** art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, por entender que a referida minorante deve ser aplicada no patamar máximo; e **d)** art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal, buscando o abrandamento do regime prisional inicial (fls. 613-630).

Contrarrazões (fls. 638-649). Ambos os recursos foram inadmitidos na origem (fls. 650-652 e 653-654), ensejando a interposição dos respectivos agravos em recurso especial (fls. 658-664 e 678-682), contraminutados às fls. 670-674 e 705-709.

Por fim, a Presidência desta Corte Superior **não conheceu de ambos os agravos** (fls. 717-719).

Daí o presente regimental, interposto somente por E. K. M. M. e G. M. C. (fls. 722-730). Em confusa argumentação, a Defesa alega que o agravo em recurso especial enfrentou os fundamentos da decisão de inadmissão, ressaltando que a análise das teses recursais não demanda reexame de provas.

Pede a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do regimental ao Colegiado.

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo desprovemento do agravo regimental (fl. 739).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.228.996 - AC (2022/0325716-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELO RARO. INADMISSÃO. FUNDAMENTOS. SÚMULA N. 7 DO STJ E AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. IMPUGNAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS NORMAIS AO TIPO PENAL. APLICAÇÃO DO REDUTOR NA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Ausente a impugnação concreta aos fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre, correta a decisão que não conheceu do agravo em recurso especial.

2. Verificada a existência de ilegalidade manifesta, a ser afastada, *sponte propria*, por esta Corte Superior, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, e não em razão do acolhimento de recurso ou pedido defensivo.

3. No que diz respeito à dosimetria da pena da Agravante G. M. C., tem-se que a quantidade dos entorpecentes apreendidos não justifica qualquer modulação da minorante do tráfico privilegiado, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito, de modo que o redutor deve incidir em sua fração máxima.

4. Em razão do *quantum* da pena final, ora redimensionada, e da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, de rigor a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, a serem determinadas pelo Juízo das Execuções Penais, nos termos dos arts. 33, §§ 2.º e 3.º, e 44, ambos do Código Penal.

5. Agrado regimental desprovido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, em favor da Acusada G. M. C., a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas na fração máxima, redimensionando suas penas nos termos do presente acórdão, e, por conseguinte, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Disse a decisão agravada (fls. 717-719; grifos diversos do original):

"Análise inicialmente o recurso interposto por G M C e OUTRO.

Mediante análise dos autos, verifica-se que a decisão agravada inadmitiu o recurso especial, considerando: Súmula 7/STJ e deficiência de cotejo analítico.

Entretanto, a parte agravante deixou de impugnar especificamente os referidos fundamentos.

[...]

Nos termos do art. 932, inciso III, do CPC e do art. 253, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno desta Corte, não se conhecerá do agravo em recurso especial que 'não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida'.

Conforme já assentado pela Corte Especial do STJ, a decisão de inadmissibilidade do recurso especial não é formada por capítulos autônomos, mas por um único dispositivo, o que exige que a parte agravante impugne todos os fundamentos da decisão que, na origem, não admitiu o recurso especial. A propósito:

[...]

Ressalte-se que, em atenção ao princípio da dialeticidade recursal, a impugnação deve ser realizada de forma efetiva, concreta e pormenorizada, não sendo suficientes alegações genéricas ou relativas ao mérito da controvérsia, sob pena de incidência, por analogia, da Súmula n. 182 do STJ.

Ante o exposto, com base no art. 21-E, inciso V, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso I, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço de ambos os agravos em recurso especial."

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, as confusas razões do agravo em recurso especial (fls. 658-664) não buscaram demonstrar que o acórdão recorrido continha as informações suficientes para a apreciação das teses recursais, sem necessidade de reexame de provas. **Não houve sequer menção a nenhum dado concreto constante do acórdão objeto da insurgência.**

Sendo assim, não houve adequada impugnação à inadmissão do apelo nobre, pela aplicação da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o tema:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EFETIVA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO.

1. A ausência de efetiva impugnação aos fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial obsta o conhecimento do agravo, nos termos dos arts. 932, III, do CPC e 253, parágrafo único, I, do RISTJ e da Súmula 182 do STJ, aplicável por analogia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Mostra-se insuficiente 'sustentar genericamente que a matéria seria apenas jurídica, sem explicitar, à luz da tese recursal trazida no recurso especial, de que maneira a análise não dependeria do reexame de provas' (AgRg no AREsp n. 1.677.886/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 3/6/2020).*

[...]

4. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no AREsp n. 1.962.587/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2022, DJe 06/05/2022.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO, RECEPÇÃO E RESISTÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA PROFERIDA PELA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. MANUTENÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL.

I - A ausência de impugnação dos fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial impõe o não conhecimento do agravo em recurso especial.

II - Para afastar o óbice da Súmula 7/STJ, não basta apenas deduzir a inaplicabilidade do óbice apontado na decisão agravada, mas cabe a parte demonstrar a desnecessidade da análise do conjunto fático-probatório, deixando claro que os fatos foram devidamente consignados no acórdão objurgado, o que não aconteceu.

[...]

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.638.260/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020.)

Ademais, quanto à ausência de cotejo analítico, observa-se que os Agravantes **apenas** afirmaram que houve transcrição das ementas dos julgados apontados como paradigmas (fl. 659), **sem sequer citar excertos das razões do recurso especial, onde supostamente teriam demonstrado, de forma fundamentada, o dissídio jurisprudencial.** Tal afirmação genérica não consubstancia impugnação concreta ao mencionado óbice, mesmo porque "[a] mera transcrição de ementas e excertos, desprovida da realização do necessário cotejo analítico entre os arestos confrontados, mostra-se insuficiente para comprovar a divergência jurisprudencial ensejadora da abertura da via especial com esteio na alínea c do permissivo constitucional" (AgInt no AREsp n. 2.092.111/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2022, DJe 18/08/2022).

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. RAZÕES NÃO INFIRMADAS EM SUA TOTALIDADE. SÚMULA N. 182 DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial, a defesa não demonstrou, de modo concreto, que a moldura fática é incontroversa e, em casos semelhantes, recebeu interpretação diversa por esta Corte Superior, tampouco evidenciou haver realizado o devido cotejo analítico entre os precedentes indicados como paradigma e a situação dos autos. Correta a aplicação da Súmula n. 182 do STJ à espécie.

2. É inadequada a pretensão de concessão de habeas corpus de ofício com intuito de superar, por via transversa, óbice reconhecido à admissibilidade do recurso interposto. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp n. 1.692.489/AC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2022, DJe 06/10/2022; sem grifos no original.)

Nesse contexto, não comporta reparos o não conhecimento do agravo em recurso especial, pela falta de impugnação aos fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REVISÃO CRIMINAL. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

I - A ausência de impugnação dos fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial impõe o não conhecimento do agravo em recurso especial.

II - In casu, a parte agravante deixou de infirmar, de maneira adequada e suficiente, as razões apresentadas pelo eg. Tribunal de origem para negar trânsito ao recurso, em relação à Súmula 7 do STJ.

[...]

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp n. 2.002.325/SC, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDFT), QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2022, DJe 26/08/2022.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO NÃO COMBATIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É ônus do agravante impugnar as causas específicas de inadmissão do recurso especial, sob pena de incidência da Súmula n. 182 do STJ.

[...]

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp n. 2.078.173/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2022, DJe 09/08/2022.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, **na dosimetria da pena da Acusada G. M. C.**, constata-se a existência de **ilegalidade manifesta**, a ser afastada, *sponte propria*, por esta Corte Superior, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, e não em razão do acolhimento de recurso ou pedido defensivo.

No caso dos autos, o Juízo sentenciante modulou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, com base na seguinte fundamentação (fl. 469; grifos diversos do original):

"2. [G. M. C.]

Em atenção ao art. 59 do CP e 42 da Lei n.º. 11.343/06, e analisando o contexto probatório, vê-se que culpabilidade é normal à espécie, nada tendo a se valorar. O réu não possui antecedentes criminais. Poucos elementos foram coletados acerca da conduta social e personalidade do agente. O motivo do crime é a obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo. As circunstâncias são inerentes ao próprio caso. No que diz respeito às consequências do delito, a droga foi retirada de circulação. Não há que se falar em comportamento da vítima. Presume-se que a situação econômica do réu não é boa. Por tais justificativas, considero como necessário e suficiente para a reprovação deste crime em específico e para a prevenção do crime de forma genérica, aplicar ao réu a pena de 05 (cinco) anos de reclusão.

Não há atenuantes e agravantes a considerar.

*Reconheço a figura do tráfico privilegiado nos termos do §4º, do art 33, da Lei 11.343/2006, tendo vista que se trata de ré primária e não há provas concludentes, neste momento, de que se trata de pessoa que com dedicação de atividade criminosa ou integre organização criminosa, razão pela qual diminuo a pena em 1/6 que corresponde a 10 (dez) meses, fixando-a em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e à minguia de outras causas de modificadoras se torna **CONCRETA E DEFINITIVA**.*

Nos termos dos artigos 49 e 60 do Código Penal, fixo a pena de multa em 500 (quinhentos) dias-multa."

O Tribunal *a quo*, ao referendar a sentença, consignou o que segue (fls. 578-580; sem grifos no original):

"A defesa da Apelante [G.], por sua vez, se insurge com a aplicação do redutor de pena do tráfico privilegiado na fração de 1/6, alegando ser cabível a aplicação em grau máximo ante as condições pessoais da mesma e por não integrar organização criminosa e nem se dedicar a atividades criminosas.

*Frisa-se, vez que oportuno, que o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a **quantidade e nocividade de droga apreendida pode ser utilizada para modular a fração do redutor de pena do tráfico privilegiado, conforme julgados colacionados abaixo:***

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, analisando-se a sentença, é certo que, de acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e nocividade das substâncias entorpecentes apreendidas nos autos (13,4g - 14 porções de maconha; 2,7g - 7 porções de cocaína; 59,8g - 2 trouxas grandes de cocaína) foi utilizada para aplicar a fração de 1/6 pelo reconhecimento do tráfico privilegiado em favor da Apelante [G.].

Sem razão, portanto, o inconformismo da defesa."

A propósito, cumpre mencionar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do **HC n. 725.534/SP**, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial.

Na oportunidade, foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a **modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006**, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e **desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.**

Confira-se a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).

3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.

5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que 'as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'. O resultado do julgado foi assim proclamado:

Tese - As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, 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, § 4º, da Lei 11.343/2006.

6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no 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, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

7. *Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).*

8. *Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que 'A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006' (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).*

9. *Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, **reduzo a pena em 1/6**, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - **147 quilos de maconha**).*

10. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 1.º/06/2022, sem grifos no original.)*

No entanto, no caso em análise, a quantidade dos entorpecentes apreendidos – **13,4g de maconha e 62,5g de cocaína** – não justifica qualquer modulação da minorante, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico, de modo que o redutor deve incidir em sua fração máxima.

Mutatis mutandis, cito o seguinte precedente, envolvendo a apreensão de **54,6g de cocaína, 58,2g de crack e 104,8g de maconha**:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

5. *No caso em análise, a quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do Agravado e dos Corréus não justifica qualquer modulação da minorante, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico.*

6. *Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 742.462/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2022, DJe 21/06/2022; sem grifos no original.)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo, assim, à readequação das reprimendas:

Na primeira fase da dosimetria, mantenho a pena-base no mínimo legal: 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira e última etapa, considerados os termos desta decisão, faço incidir o benefício previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de **2/3 (dois terços)**, de modo que **as sanções ficam definitivamente fixadas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.**

Em razão do *quantum* da pena final e da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo o **regime inicial aberto** e **substituo** a pena privativa de liberdade por **2 (duas) penas restritivas de direitos**, a serem determinadas pelo Juízo das Execuções Penais, nos termos dos arts. 33, §§ 2.º e 3.º, e 44, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental. Porém, **CONCEDO *habeas corpus***, de ofício, **em favor da Acusada G. M. C.**, a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas na **fração máxima**, redimensionando as penas nos termos do presente acórdão, e, por conseguinte, fixar o **regime inicial aberto** e **substituir** a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0325716-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
AREsp 2.228.996 /
AC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002162220218010001 01012085720228010000 082021000009769
1012085720228010000 2162220218010001 82021000009769

EM MESA

JULGADO: 14/02/2023
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : D D A S S
ADVOGADOS : ORIETA SANTIAGO MOURA - AC000618
GRIJAVO SANTIAGO MOURA - AC004590
AGRAVANTE : E K M M
AGRAVANTE : G M C
ADVOGADOS : FRANCISCO SILVANO RODRIGUES SANTIAGO - AC000777
FABIANO MAFFINI - AC003013
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : E K M M
AGRAVANTE : G M C
ADVOGADOS : FRANCISCO SILVANO RODRIGUES SANTIAGO - AC000777
FABIANO MAFFINI - AC003013
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE
INTERES. : D D A S S
ADVOGADOS : ORIETA SANTIAGO MOURA - AC000618
GRIJAVO SANTIAGO MOURA - AC004590

CERTIDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, mas concedeu habeas corpus, de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com a Sra. Ministra Relatora.