



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2119213 - SP (2022/0131508-2)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AGRAVANTE : BISMARCK MOLINA MALDONADO
AGRAVANTE : MERCEDES SANCHEZ ACSAMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MODULAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N. 83 DO STJ. INCIDÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

4. A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ).

5. A revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória.

6. Não se conhece de recurso especial quando o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 83 do STJ).

7. Agravo regimental desprovido.

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.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de setembro de 2022.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2119213 - SP (2022/0131508-2)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AGRAVANTE : BISMARCK MOLINA MALDONADO
AGRAVANTE : MERCEDES SANCHEZ ACSAMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MODULAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N. 83 DO STJ. INCIDÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena.

3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

4. A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ).

5. A revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória.

6. Não se conhece de recurso especial quando o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 83 do STJ).

7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

BISMARCK MOLINA MALDONADO e MERCEDES SANCHEZ ACSAMA

interpõem agravo regimental contra decisão da Presidência do STJ que conheceu do agravo em recurso especial para não conhecer do recurso especial – interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal

da 3ª Região (Apelação Criminal n. 5002983-03.2021.4.03.6119) – diante da incidência da Súmula n. 7 do STJ.

Nas razões recursais (fls. 1.267-1.276), os agravantes argumentam que a matéria apresentada independe da análise de provas, sendo a discussão puramente jurídica. Sustentam fazer jus à aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu grau máximo ou em patamar superior ao mínimo.

Requerem a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo regimental para que seja dado provimento ao recurso especial, aplicando-se a diminuição da pena no patamar máximo de 2/3.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 1.286-1.291).

É o relatório.

VOTO

Postulam os agravantes a reforma da decisão da Presidência do STJ que conheceu do agravo em recurso especial para não conhecer do recurso especial diante da incidência da Súmula n. 7 do STJ. (fls. 1.261-1.264).

Contudo, ainda que não seja aplicável a Súmula n. 7 do STJ, o reconhecimento desse fato não altera o resultado do julgamento, tendo em vista que o acórdão recorrido, efetivamente, encontra-se em consonância com a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça.

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

Conforme a orientação jurisprudencial do STJ, o cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão por este Tribunal somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (AgRg no AREsp n. 1.843.362/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/5/2021; HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons

antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa (AgRg no HC n. 578.687/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 2/6/2020; e AgRg no HC n. 372.423/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 2/4/2019). Referidas condições devem ser cumpridas cumulativamente para fins de concessão do benefício.

No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de minha relatoria, a Terceira Seção decidiu acerca das regras a serem observadas na dosimetria da pena, no que se refere à natureza e quantidade de drogas apreendidas, nos termos assim sintetizados:

a) devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pela necessidade de observância dos vetores indicados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 como preponderantes;

b) supletivamente, podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa;

c) não podem ser utilizadas para modular a fração de diminuição de pena.

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

Todavia, em recente julgamento, a tese firmada em referido julgado foi flexibilizada para **admitir a utilização da quantidade e natureza das drogas para modulação da fração de redução na terceira fase da dosimetria, desde que não valoradas na fixação da pena-base** (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 1º/6/2022).

Dessa forma, ficou mantido o posicionamento anterior de que a conclusão quanto à dedicação do agente às atividades criminosas voltadas ao tráfico de entorpecentes deve fundar-se em elementos concretos, não se admitindo que o afastamento do tráfico privilegiado seja baseado isoladamente na natureza, quantidade ou nocividade das drogas apreendidas.

Por sua vez, a *quantidade e/ou nocividade* dos entorpecentes, se não valoradas na primeira fase, passaram a ser admitidas, observando-se o princípio do *non bis in idem*, como critério para fixação da fração de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO REFORMADO PARA SE FIXAR A FRAÇÃO DO REDUTOR EM 1/2

(METADE). MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas, ou, ainda, justificar a modulação da fração desse benefício.

2. Deve ser preservado o entendimento da Terceira Seção no sentido de que a quantidade de entorpecente deve ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal e não pode ser o único fundamento utilizado para negar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, podendo, no entanto, legitimar a modulação da fração, desde que já não tenha sido considerada na primeira etapa do cálculo da pena, conforme entendimento consolidado no julgamento do HC n. 725.534/SP (Terceira Seção, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/04/2022, acórdão pendente de publicação.) 3. Na hipótese dos autos, a expressiva quantidade de entorpecente apreendida, não valorada na primeira fase dosimétrica pelo Tribunal a quo, justifica a modulação da minorante, que deve incidir na fração de 1/2 (metade).

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 733.917/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 6/5/2022.)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: REsp n. 1.926.249/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 716.487/SP, relator Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 548.987/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 13/5/2022; HC n. 736.686/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 11/5/2022; REsp n. 1.188.016/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, DJe de 10/5/2022; e AREsp n. 1.870.960/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 5/5/2022.

Nesse ponto, com ressalva de entendimento pessoal, acompanho a mais recente posição firmada pela Terceira Seção do STJ.

Embora as instâncias ordinárias tenham maior acesso para, a partir da análise de todo o contexto fático que envolve a conduta delituosa, com a eventual consideração de elementos que não podem ser originariamente valorados por esta Corte, definir, de modo mais adequado, a fração de redução da pena diante do reconhecimento do tráfico privilegiado, verificada a desproporcionalidade da fração aplicada, evidencia-se o constrangimento ilegal.

Destaque-se que o julgador deve levar em consideração, desde que não valoradas na primeira fase da dosimetria, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, bem como as demais circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal.

Todavia, a revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder **que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória** (AgRg no REsp n. 1.492.977/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 24/3/2021; e AgRg no HC n. 644.934/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 15/3/2021).

No caso, o Tribunal de origem, manteve a pena-base estipulada pela sentença no mínimo legal e a fração de 1/6 fixada a título de causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, fundando-se na nocividade e quantidade dos entorpecentes apreendidos (3.007g de cocaína com MERCEDES e 1.208g com BISMARCK). Confira-se trecho do acórdão (fl. 1.165, destaquei):

Na **terceira fase**, o juízo aplicou a causa de aumento prevista no inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 (transnacionalidade), na fração mínima de 1/6 (um sexto), o que confirmo, e aplicou a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, **na fração mínima de 1/6 (um sexto), considerando a quantidade e a natureza da droga transportada (3.007 gramas de cocaína com MERCEDES e 1.208 gramas com BISMARCK).**

[...]

Observe, inicialmente, que **o juízo considerou a natureza e a quantidade da droga apenas na terceira fase da dosimetria**, não considerando essas circunstâncias na primeira fase, quando fixou a pena-base no mínimo legal.

Quanto à minorante, o juízo, ao fixá-la no mínimo legal, não fez qualquer menção aos acusados estarem envolvidos com organização criminosa ou a viagens ao exterior anteriormente realizadas. Ao contrário do alegado, **aplicou a minorante na fração mínima apenas em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida com cada um dos apelantes.**

Considerando o quantitativo de droga apreendida (3.007g de cocaína com MERCEDES e 1.208g com BISMARCK), revela-se proporcional a fração de 1/6 para minorar a pena dos ora agravantes na terceira fase da dosimetria, de acordo com a orientação firmada por esta Corte.

Portanto, incide, na espécie a Súmula n. 83 do STJ.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0131508-2

**AgRg no
AREsp 2.119.213 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Número Origem: 50029830320214036119

EM MESA

JULGADO: 27/09/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : BISMARCK MOLINA MALDONADO
AGRAVANTE : MERCEDES SANCHEZ ACSAMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 : BISMARCK MOLINA MALDONADO
AGRAVANTE : MERCEDES SANCHEZ ACSAMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.