AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2211050 - SP (2022/0295594-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
AGRAVANTE	:	J J S S
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS ADICIONAIS. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em 9/6/2021, decidiu que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são circunstâncias a serem necessariamente valoradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, somente podendo ser consideradas para o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2016, quando houver a indicação de outros elementos concretos adicionais que caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração à organização criminosa.

2. No caso dos autos, a minorante do tráfico privilegiado foi afastada não só pela consideração da quantidade de drogas apreendidas - 101,5 kg de cocaína -, mas também em razão do *modus operandi* do crime, tratando-se de tráfico praticado por organização criminosa no interior do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

3. Nesse contexto, a revisão desse entendimento para fazer incidir a causa especial de diminuição no patamar de 2/3, como reclama a defesa, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a via eleita (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental,

Documento eletrônico VDA40521414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 06/03/2024 21:19:38
Código de Controle do Documento: 4aed93aa-370e-4121-a4a4-b00af546f827

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, 05 de março de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator

Documento eletrônico VDA40521414 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 06/03/2024 21:19:38
Código de Controle do Documento: 4aed93aa-370e-4121-a4a4-b00af546f827

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2211050 - SP (2022/0295594-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
AGRAVANTE	:	J J S S
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS ADICIONAIS. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em 9/6/2021, decidiu que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são circunstâncias a serem necessariamente valoradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, somente podendo ser consideradas para o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2016, quando houver a indicação de outros elementos concretos adicionais que caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração à organização criminosa.

2. No caso dos autos, a minorante do tráfico privilegiado foi afastada não só pela consideração da quantidade de drogas apreendidas - 101,5 kg de cocaína -, mas também em razão do *modus operandi* do crime, tratando-se de tráfico praticado por organização criminosa no interior do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

3. Nesse contexto, a revisão desse entendimento para fazer incidir a causa especial de diminuição no patamar de 2/3, como reclama a defesa, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a via eleita (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento

Documento eletrônico VDA40521416 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 06/03/2024 21:19:37
Código de Controle do Documento: 17b9c2a9-7c80-48df-a8a2-3d82738dfa65

ao agravo em recurso especial, apontando a incidência da Súmula 7/STJ.

Alega a defesa que a quantidade da droga apreendida foi valorada tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, incorrendo em indevido *bis in idem*.

Sustenta que o fato de haver uma organização por trás da conduta do ora recorrente não implica que este a integre, fazendo jus, portanto, à aplicação da minorante no patamar máximo.

Pugna, assim, pela reconsideração da decisão agravada ou pelo julgamento do recurso pelo órgão colegiado, a fim de que seja aplicada a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, no seu patamar máximo, com a devida adequação do regime e substituição da pena por restritiva de direitos.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, a defesa busca a aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Transcrevo, a fim de delimitar a questão debatida nos presentes autos, o seguinte trecho do acórdão impugnado, quanto ao tema (fl. 1.921):

> Como dito antes, a natureza e a quantidade de droga apreendida autorizariam a fixação da pena-base em patamar até maior, nos termos do art. 42 da Lei n° 11.343/2006 e da jurisprudência das Turmas que compõem a Quarta Seção deste Tribunal para casos análogos. Contudo, como não houve recurso da acusação, fica mantida a pena-base fixada na sentença.
>
> Na segunda fase, o juízo não reconheceu circunstâncias agravantes e reconheceu a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d"), na fração de 1/6 (um sexto), pois os acusados admitiram os fatos e isso foi considerado na sentença.
>
> A DPU pede a aplicação dessa atenuante no patamar de 2/3 (dois terços), mas sem razão, pois, ainda que não exista consenso quanto à fração ideal a ser adotada, a jurisprudência é no sentido da aplicação da fração de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida, em obediência ao princípio da proporcionalidade e ao próprio sistema trifásico de dosimetria da pena (CP, art. 68).
>
> Nesse sentido: ApCrim 0003048-86.2011.4.03. 6005, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 25.08.2015, e-DJF3 Judicial 1 28.08.2015; ApCrim 0006410-53.2007.4.03. 6000, Rel. Des. Federal José Lunardelli, j. 06.10.2015, e-DJF3 Judicial 1 15.10.2015.
>
> Assim, a pena intermediária fica em 6 (seis) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 694 (seiscentos e noventa e quatro) dias-multa para cada apelante. Ressalto que a sentença havia fixado a pena de multa em 695 (seiscentos e noventa e cinco) dias-multa, mas trata-se de erro material que pode ser corrigido de ofício.

Documento eletrônico VDA40521416 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 06/03/2024 21:19:37
Código de Controle do Documento: 17b9c2a9-7c80-48df-a8a2-3d82738dfa65

> Na terceira fase, o juízo aplicou a causa de aumento prevista no inciso I do art. 40 da Lei n° 11.343/2006 (transnacionalidade), na fração de 1/6 (um sexto).
>
> A defesa pede a não aplicação da majorante, ao argumento de que não seria justa "a aplicação do critério geográfico, que é um critério extremamente subjetivo e que não analisa a verdadeira condição da mula". Sem razão, contudo. A transnacionalidade foi comprovada, pois a droga foi apreendida em Portugal, e a fração utilizada é a mínima prevista na lei, sendo razoável e condizente com a orientação firmada nesta Turma.
>
> Assim, confirmo a majorante aplicada, passando a pena para 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão e 809 (oitocentos e nove) dias-multa.
>
> O juízo a quo não aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4°, da Lei n° 11.343/2006, ao fundamento de que "os réus respondem por outros crimes, o réu J. por tráfico de drogas com condenação em primeira instância em grau de recurso, o réu B. responde ação por porte ilegal de armas e extorsão mediante sequestro, com condenação em primeira instância em grau de recurso".
>
> A defesa, todavia, requer a aplicação dessa minorante, na fração máxima de 2/3 (dois terços), porém sem razão, pois os apelantes responderam por outros crimes e o modus operandi do crime denota tratar-se de tráfico praticado por organização criminosa, o que afasta, no caso concreto, a minorante. Assim, a pena definitiva para cada apelante fica mantida em 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão e 809 (oitocentos e nove) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em 9/6/2021, decidiu que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são circunstâncias a serem necessariamente consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, somente podendo ser consideradas para o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2016, quando houver a indicação de outros elementos concretos adicionais que caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. A esse respeito:

> PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.
>
> 1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.
>
> 2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
>
> 3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio

Documento eletrônico VDA40521416 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 06/03/2024 21:19:37
Código de Controle do Documento: 17b9c2a9-7c80-48df-a8a2-3d82738dfa65

da especialidade, que impede a ocorrência de bis in idem, intolerável na ordem constitucional brasileira.

4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegesse dois elementos específicos - necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas - para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.

5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

6. O tráfico privilegiado é instituto criado par a beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.

10. Recurso provido para restabelecimento da sentença. (REsp n.

1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021.)

Conforme consignado na decisão agravada, ao afastar a aplicação da minorante do tráfico, as instâncias ordinárias consideraram além da quantidade da droga - também utilizada para aumentar a pena-base -, elementos adicionais, relacionados às circunstâncias do caso concreto, consubstanciados no *modus operandi* da conduta - tráfico internacional de relevante quantidade de entorpecentes - 101,5kg de cocaína - praticado por organização criminosa no interior do Aeroporto de Guarulhos, não restando caracterizado, portanto, o alegado *bis in idem*.

Todos esses elementos são aptos, nos termos do entendimento desta Corte, a justificar a não incidência da redutora do tráfico privilegiado.

Cabe destacar, ademais, que, de acordo com a sentença, o recorrente, na condição de funcionário de prestadora de serviço no interior do Aeroporto de Guarulhos, participou de esquema de transporte internacional de entorpecentes, circunstância que, ao

Documento eletrônico VDA40521416 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 06/03/2024 21:19:37
Código de Controle do Documento: 17b9c2a9-7c80-48df-a8a2-3d82738dfa65

contrário do que alega a defesa, não se assemelha à condição de mula do tráfico.

Nesse contexto, a revisão desse entendimento para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama a defesa, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a via eleita (Súmula 7/STJ).

A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (31,968KG DE COCAÍNA). APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA E INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO DESSA NATUREZA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, cumulativamente, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.
>
> 2. Na espécie, a minorante não foi concedida com fulcro na dedicação do réu a atividades criminosas e na sua integração a organização dessa natureza, não só pela quantidade do entorpecente apreendido - 31,968kg (trinta e um quilos e novecentos e sessenta e oito gramas) de cocaína -, mas também pelo modus operandi do delito, em que a droga foi armazenada debaixo do banco do passageiro do veículo que conduzia, em um compartimento de difícil acesso que havia sido preparado em sua própria oficina mecânica, a ser transportada para o portão 3 do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP.
>
> 3. No caso em apreço, não ocorreu do indevido bis in idem, tendo em vista que a pena-base foi exasperada pelo montante e pela natureza da droga apreendida e, para o afastamento do redutor, foi acrescentado diverso elemento fático capaz de indicar a dedicação do paciente a atividades delituosas e sua integração a organização criminosa.
>
> 4. Agravo regimental desprovido.(AgRg no HC n. 719.877/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 2/5/2022.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Documento eletrônico VDA40521416 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) Assinado em: 06/03/2024 21:19:37
Código de Controle do Documento: 17b9c2a9-7c80-48df-a8a2-3d82738dfa65

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0295594-6

AgRg no AREsp 2.211.050 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 50003891620214036119

EM MESA

JULGADO: 05/03/2024
SEGREDO DE JUSTIÇA

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. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	J J S S
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU	:	W DE A P
CORRÉU	:	R L N
CORRÉU	:	B M B

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	:	J J S S
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, negou 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.

Documento eletrônico VDA40509048 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA, SEXTA TURMA Assinado em: 05/03/2024 18:16:50
Código de Controle do Documento: 8FEF1068-33B4-4F11-A8E4-A24172C2B912