



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2359673 - RS (2023/0165870-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : HALISSON DA ENCARNACAO COSTA
AGRAVADO : JULIANA TRINDADE DA SILVEIRA
AGRAVADO : YASMIN TRINDADE DA SILVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NA FRAÇÃO DE 1/6 POR CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DESCABIMENTO. RAZOABILIDADE DA FRAÇÃO DE 1/10 ELEITA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PLEITO DE AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO DA ORIGEM CORRETO. ALTERAÇÃO QUE ESBARRA NA INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No tocante à exasperação da pena-base, o Tribunal de Justiça – TJ entendeu mais adequado o incremento de 6 meses na pena por cada circunstância judicial desfavorável (culpabilidade e circunstâncias do crime). É cediço que a revisão de dosimetria de pena por esta Corte Superior só é possível em caso de ilegalidade ou desproporcionalidade dos parâmetros utilizados. No caso, o critério utilizado pelo TJ (1/10 da pena mínima prevista para o tipo penal) insere-se no âmbito de discricionariedade do julgador e dentro dos limites de razoabilidade e, portanto, não desafia qualquer revisão desta instância superior.

2. Relativamente ao tráfico privilegiado, o acórdão recorrido entendeu não existirem provas de que os acusados, primários e sem antecedentes criminais, dedicavam-se ao tráfico de drogas. O direito à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser afastado com base em meras presunções de dedicação habitual do agente à atividade criminosa. Especialmente, no caso dos autos, tratando-se de agentes primários e sem antecedentes, sobre os quais não se pode assegurar que façam da prática de delitos meio de vida. Cumpre esclarecer que a ocorrência de tráfico intermunicipal de 4kg de drogas não indica necessariamente a hipótese da habitualidade delitiva dos acusados, mas apenas a traficância em si. Precedentes.

3. Reitera-se que a conclusão do Tribunal *a quo* mostra-se acertada e, para ser desconstituída, seria necessário rever os fatos e as provas do caso, para além do que consta no acórdão recorrido e na sentença, o que é vedado conforme Súmula n. 7 desta Corte.

4. Agrado 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 Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 07 de maio de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2359673 - RS (2023/0165870-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : HALISSON DA ENCARNACAO COSTA
AGRAVADO : JULIANA TRINDADE DA SILVEIRA
AGRAVADO : YASMIN TRINDADE DA SILVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NA FRAÇÃO DE 1/6 POR CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DESCABIMENTO. RAZOABILIDADE DA FRAÇÃO DE 1/10 ELEITA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PLEITO DE AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO DA ORIGEM CORRETO. ALTERAÇÃO QUE ESBARRA NA INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No tocante à exasperação da pena-base, o Tribunal de Justiça – TJ entendeu mais adequado o incremento de 6 meses na pena por cada circunstância judicial desfavorável (culpabilidade e circunstâncias do crime). É cediço que a revisão de dosimetria de pena por esta Corte Superior só é possível em caso de ilegalidade ou desproporcionalidade dos parâmetros utilizados. No caso, o critério utilizado pelo TJ (1/10 da pena mínima prevista para o tipo penal) insere-se no âmbito de discricionariedade do julgador e dentro dos limites de razoabilidade e, portanto, não desafia qualquer revisão desta instância superior.

2. Relativamente ao tráfico privilegiado, o acórdão recorrido entendeu não existirem provas de que os acusados, primários e sem antecedentes criminais, dedicavam-se ao tráfico de drogas. O direito à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser afastado com base em meras presunções de dedicação habitual do agente à atividade criminosa. Especialmente, no caso dos autos, tratando-se de agentes primários e sem antecedentes, sobre os quais não se pode assegurar que façam da prática de delitos meio de vida. Cumpre esclarecer que a ocorrência de tráfico intermunicipal de 4kg de drogas não indica necessariamente a hipótese da habitualidade delitiva dos acusados, mas apenas a traficância em si. Precedentes.

3. Reitera-se que a conclusão do Tribunal *a quo* mostra-se acertada e, para ser desconstituída, seria necessário rever os fatos e as provas do caso, para além do que consta no acórdão recorrido e na sentença, o que é vedado conforme Súmula n. 7 desta Corte.

4. Agrado regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – MPRS contra decisão de minha relatoria, à fls. 1.409/1.419, na qual conheci do recurso especial e, com fundamento na Súmula n. 568 do STJ, neguei-lhe provimento.

No presente recurso (fls. 1.427/1.442), a acusação reitera que *"não há qualquer elemento que justifique a aplicação de fração inferior àquela indicada pela jurisprudência das Cortes Superiores, que deveria ter sido fixada em 10 (dez) meses (1/6), patamar proporcional de exasperação"* (fl. 1.430). Ainda, repisa que a quantidade de drogas apreendidas, 4kg, e a ocorrência de tráfico intermunicipal são elementos que demonstram a dedicação dos agravados às atividades criminosas.

Requer o provimento do agravo regimental para dar provimento ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A acusação não trouxe nenhum argumento capaz de modificar o juízo monocrático, razão pela qual mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos (fls. 1.409/1.419).

Inicialmente, pontua-se que é cediço que a revisão de dosimetria de pena por esta Corte Superior só é possível em caso de ilegalidade ou desproporcionalidade dos parâmetros utilizados.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça – TJ entendeu mais adequado o incremento de 6 meses na pena por cada circunstância judicial desfavorável (culpabilidade e circunstâncias do crime).

Conforme consignado na decisão agravada, *"[a] lei não fixa parâmetros aritméticos para a exasperação da pena-base ou para a aplicação de atenuantes e de agravantes, cabendo ao magistrado, utilizando-se da discricionariedade motivada e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie"* (AgRg no AR Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021).

Com efeito, não se impõe ao julgador a adoção de uma fração específica para exasperação da pena-base.

Por outro lado, para salvaguardar o réu, a orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que, considerando o silêncio do legislador, podem ser adotados dois

critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 da pena mínima abstratamente cominada para o delito e o outro de 1/8 sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, ressalvadas as hipóteses em que haja fundamentação idônea e bastante que justifique aumento superior às frações acima mencionadas.

Consoante destacada na decisão agravada, o réu não tem direito subjetivo à utilização das referidas frações, pois não são parâmetros obrigatórios, o que se exige é razoabilidade na exasperação da pena. Nessa lógica, tampouco se outorga à acusação o direito de reclamar a aplicação dos critérios de exasperação da pena-base comumente adotados.

Impede reforçar que os parâmetros de 1/6 da pena-base ou 1/8 do intervalo das penas abstratas não são de aplicação obrigatória, devendo, apenas, o incremento da basilar acima de tais parâmetros ser circunstancialmente fundamentado.

Na hipótese dos autos, o critério de aumento escolhido pelo TJ para cada vetorial negatizada, qual seja, 1/10 da pena mínima prevista para o tipo penal, insere-se no âmbito de discricionariedade do julgador e dentro dos limites de razoabilidade. Assim, constata-se que o critério eleito pelo TJ não desafia qualquer revisão desta instância superior.

Nesse sentido:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTO VÁLIDO. AUMENTO PROPORCIONAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.

2. Não há ilegalidade no aumento da pena-base em cinco anos, diante da análise desfavorável da quantidade, da natureza e da diversidade dos entorpecentes, consoante autoriza o art. 42 da Lei de Drogas.

3. Agravo não provido.

(AgRg no HC n. 876.584/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. PENA-BASE.

EXASPERAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

3. **Salienta-se que a ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade, devendo o julgador pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.**

4. **Considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada, e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador (ut, AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.617.439/PR, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 28/9/2020). Precedentes.**

5. Diante disso, a exasperação superior às referidas frações, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

6. **Ressalta-se que o réu não tem direito subjetivo à utilização das referidas frações, não sendo tais parâmetros obrigatórios, porque o que se exige das instâncias ordinárias é a fundamentação adequada e a proporcionalidade na exasperação da pena.**

7. No presente caso, verifica-se que o Tribunal de Justiça majorou a pena-base em 1 ano para os maus antecedentes, o que representa menos de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, entendimento que se encontra no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior, não merecendo reforma.

8. **Agravo regimental não provido.**

(AgRg no AREsp n. 2.272.851/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE NO QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO PURO. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

I - Os critérios adotados pela jurisprudência e pela doutrina, diante do silêncio do legislador em estabelecer critérios para o aumento da pena-base, são meramente indicativos e não vinculantes, sendo possível, teoricamente, estabelecer a pena-base no patamar máximo com fundamento em apenas uma circunstância judicial desabonadora.

II - A exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse contexto, a ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça

III - In casu, a definição do quantum de aumento da pena-base, em razão de circunstância judicial desfavorável, está dentro da discricionariedade juridicamente fundamentada e observou os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.038.422/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 16/8/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. SUPOSTA DESPROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. IMPROCEDÊNCIA. DOSIMETRIA QUE NÃO SEGUE CRITÉRIO MATEMÁTICO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. O legislador não estabeleceu nenhum critério matemático (fração) para a fixação da pena na primeira fase da dosimetria (pena-base).

2. O critério aludido pelo agravante (1/6 por cada vetorial negativa), embora utilizado como referência em alguns precedentes desta Corte (HC n. 475.360/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/12/2018), não traduz uma imposição, mesmo porque há precedentes que reputam justificada a fixação de fração de aumento em 1/8 por vetorial negativa (a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador) - HC n. 544.961/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma,

DJe 12/2/2020.

3 Não há falar em um critério matemático impositivo estabelecido pela jurisprudência desta Corte, mas, sim, em um controle de legalidade do critério eleito pela instância ordinária, de modo a averiguar se a pena-base foi estabelecida mediante o uso de fundamentação idônea e concreta (discricionariedade vinculada).

4. Considerando que a instância ordinária utilizou de fundamentação idônea para aumentar a pena e aplicou um critério, dentro da discricionariedade vinculada que lhe é assegurada pela lei, não há falar em violação do art. 59 do Código Penal.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.852.272/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 4/6/2020.)

Relativamente ao tráfico privilegiado, o Tribunal de origem entendeu não existirem provas de que os acusados, primários e sem antecedentes criminais, dedicavam-se ao tráfico de drogas.

Por sua vez, o juízo sentenciante reconheceu haver indício de que os acusados teriam passado a se dedicar à atividade ilícita de tráfico de drogas.

Conforme registrado na decisão agravada, no ponto, o direito à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser afastado com base em meras presunções de dedicação habitual do agente à atividade criminosa. Especialmente, acrescente-se, no caso dos autos, tratando-se de agentes primários e sem antecedentes, sobre os quais não se pode assegurar que façam da prática de delitos meio de vida.

Cumpra esclarecer que a ocorrência de tráfico intermunicipal de 4kg de drogas não indica necessariamente a hipótese da habitualidade delitiva dos acusados, mas tão somente a traficância em si.

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ANÁLISE CONJUNTA. CIRCUNSTÂNCIAS NORMAIS AO TIPO PENAL. EXASPERAÇÃO INDEVIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NÃO CONFIRMADA EM JUÍZO. APREENSÃO DE PETRECHOS COMUNS AO TRÁFICO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESNECESSÁRIO O REEXAME DE FATOS E PROVAS. AGRADO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO

PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO.

1. A quantidade de droga apreendida, no caso, não expressa maior reprovabilidade da conduta delituosa prevista no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Nesse sentido, o entendimento desta Corte, a estabelecer que "a natureza e a quantidade da droga são elementos que integram um vetor judicial único, não sendo possível cindir a sua análise. Somente quando examinadas em conjunto (tipo de droga e quantidade) será possível ao julgador compreender adequadamente a gravidade concreta do fato e proceder à devida individualização da pena, que é o objetivo almejado pelo legislador com as disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/06" (AgRg no HC n. 734.699/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/12/2022, DJe 22/12/2022).

2. A menção à confissão extrajudicial do Acusado, não confirmada em Juízo, quanto à atuação no tráfico de drogas, sem a indicação de provas aptas a corroborar essa circunstância, não impede, por si só, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

3. A apreensão de petrechos comuns ao tráfico de drogas, sem qualquer excepcionalidade ou sofisticação, não comprova, por si só, que o Réu integra organização criminosa ou a dedicação a atividades criminosas, devendo ser restabelecida a sentença de primeiro grau no ponto em que concedeu a minorante do tráfico privilegiado. Precedentes.

4. Concluir que o Tribunal de origem não se valeu do melhor direito para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, não implica, no caso, reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no acórdão de apelação, não foram consignados elementos suficientes para demonstrar que o Réu se dedicava às atividades criminosas ou integravam organização criminosa.

5. Agravo regimental do Ministério Público Federal desprovido.

(AgRg no HC n. 815.864/MS, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. ILEGALIDADE DA PROVA E AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. SÚMULA 207/STJ. INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 59. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. No tocante à ilegalidade das provas decorrentes da busca veicular e da ausência de prova acerca da autoria delitiva, o recurso especial não merece conhecimento, uma vez que não preenche requisito indispensável, a saber, o esgotamento das instâncias ordinárias. No caso dos autos, o Tribunal de origem, por maioria de votos, negou

provimento ao apelo defensivo, não tendo sido apresentados embargos infringentes contra a parte não unânime do julgamento do seu recurso de apelação, na qual manteve a legalidade da prova e a existência de elementos concretos para a condenação. Incidência da Súmula 207/STJ.

2. Para 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.

3. **No presente caso, os argumentos utilizados não foram suficientes para afastar a causa de diminuição, uma vez que a Corte de origem mencionou apenas a quantidade da droga apreendida associada ao fato da acusada estar desempregada e ter realizado tráfico intermunicipal, mediante pagamento, sem demonstrar qualquer outra circunstância do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação da agente às atividades criminosas ou à integração a organização criminosa, o que, de acordo com o entendimento desta Corte Superior, não justificam o afastamento do tráfico privilegiado.**

4. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução do benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 n. 529.329/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019). No presente caso, a incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deve ser aplicada no patamar de 1/3, em razão da quantidade da droga apreendida (10,734kg de maconha), o que se mostra razoável e proporcional.

5. No tocante ao regime de cumprimento de pena, a Súmula Vinculante nº 59/STF dispõe que é impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art.33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal. Assim, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecido a acusada o benefício do tráfico privilegiado, a mesma faz jus ao regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das execuções.

6. Agravo regimental parcialmente provido para aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 1/3, redimensionando a pena da acusada para 3 anos e 4

meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 333 dias-multa, e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, que serão fixadas pelo juízo da execução, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no AREsp n. 2.472.179/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 26/2/2024.)

Portanto, reitera-se que a conclusão do Tribunal *a quo* mostra-se acertada e, para ser desconstituída, seria necessário rever os fatos e as provas do caso, para além do que consta no acórdão recorrido e na sentença, o que é vedado conforme Súmula n. 7 desta Corte.

Nessa esteira, os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AÇÃO EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 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.

2. 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 art. 59 do CP, 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, DAgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

3. No caso, o Tribunal *a quo* aplicou o referido redutor diante da primariedade e dos bons antecedentes do réu, e pelo fato de que não haveria prova de que integrasse organização criminosa. Concluiu que a quantidade e natureza das drogas apreendidas, por si só, não poderiam afastar a minorante, tampouco a existência de ação penal em curso.

4. Vale anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização

criminosa' (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020)" (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 3/11/2021).

5. Noutro giro, "Ao apreciar o Tema Repetitivo 1139, a Terceira Seção do STJ fixou a tese de que inquéritos e ações penais em curso não podem impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06." (AgRg no AREsp n. 2.066.116/AL, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 30/5/2023).

6. Assim, assentado pelo Tribunal de origem, com arrimo no conteúdo fático dos autos, inexistir prova da dedicação da agravada em atividades criminosas, a modificação dessa conclusão demandaria o revolvimento do conteúdo probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7 do STJ).

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.401.591/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 19/12/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO ESCORREITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O escopo da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu, mediante o REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), que "[a] utilização supletiva desses elementos [natureza e quantidade da droga apreendida] 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".

3. Havendo o Tribunal de origem entendido que a acusação não conseguiu provar que o réu se dedica a atividade criminosa ou integra organização criminosa, para entender-se pela habitualidade e pelo afastamento do privilégio, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.367.635/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 28/11/2023.)

Desse modo, entendo que a irresignação da parte não merece prosperar.
Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0165870-0

AgRg no
AREsp 2.359.673 /
RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00036796220198210040 0003679622019821004050029516220218210040
04021900014401 36796220198210040
3679622019821004050029516220218210040 4021900014401
50025919820198210040 50029516220218210040

EM MESA

JULGADO: 07/05/2024

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : HALISSON DA ENCARNACAO COSTA
AGRAVADO : JULIANA TRINDADE DA SILVEIRA
AGRAVADO : YASMIN TRINDADE DA SILVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
CORRÉU : DENIS MARCELO DE FREITAS SOUSA

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : HALISSON DA ENCARNACAO COSTA
AGRAVADO : JULIANA TRINDADE DA SILVEIRA
AGRAVADO : YASMIN TRINDADE DA SILVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

C5422125154=74455029@

2023/0165870-0 - AREsp 2359673 Petição : 2024/0028775-0 (AgRg)