



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2376354 - SP (2023/0191344-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : EDILAINE DIAS MATOS
ADVOGADO : GUTTIÉRRES GARCIA DE LIMA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) -
SP421698
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA E SUFICIENTE DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSÃO NA ORIGEM. CORRETA APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE DETECTADA. TRÁFICO DE DROGAS. RÉ PRIMÁRIA. REDUTOR ESPECIAL OBSTADO APENAS COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DO REDUTOR, INCLUSIVE NO PATAMAR MÁXIMO. REDUÇÃO DA PENA E ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO.

Agravo regimental improvido. *Habeas corpus* concedido de ofício, a fim de reconhecer em favor da agravante (Edilaine Dias Matos) o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo (2/3), reduzindo a pena que lhe fora imposta a 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 233 dias-multa (Processo n. 1501237-90.2019.8.26.0628, da 1ª Vara Criminal da comarca de Itapevi/SP).

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 e conceder habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de maio de 2024.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2376354 - SP (2023/0191344-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : EDILAINE DIAS MATOS
ADVOGADO : GUTTIÉRRES GARCIA DE LIMA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - SP421698
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA E SUFICIENTE DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSÃO NA ORIGEM. CORRETA APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE DETECTADA. TRÁFICO DE DROGAS. RÉ PRIMÁRIA. REDUTOR ESPECIAL OBSTADO APENAS COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DO REDUTOR, INCLUSIVE NO PATAMAR MÁXIMO. REDUÇÃO DA PENA E ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO.

Agravo regimental improvido. *Habeas corpus* concedido de ofício, a fim de reconhecer em favor da agravante (Edilaine Dias Matos) o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo (2/3), reduzindo a pena que lhe fora imposta a 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 233 dias-multa (Processo n. 1501237-90.2019.8.26.0628, da 1ª Vara Criminal da comarca de Itapevi/SP).

RELATÓRIO

Estes autos foram a mim redistribuídos por prevenção do HC 581.262/SP (fl. 633).

Trata-se de agravo regimental interposto por Edilaine Dias Matos contra a decisão monocrática da Presidência desta Corte Superior que não conheceu do agravo em recurso especial ante a ausência de impugnação dos fundamentos da decisão de inadmissão na origem, quais sejam, Súmulas 182 e 7/STJ (fls. 609/610).

Nas razões do agravo regimental, a defesa sustenta que *não incide sobre a*

questão a Súmula 182 do STJ citada pela Ministra relatora, tampouco a Súmula 7, haja vista que não trata o recurso especial de apenas simples reexame de prova, trata-se de violação e descumprimento de lei federal (fl. 625).

O Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, manifestou-se pelo provimento do agravo regimental para aplicar a causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado no patamar máximo (fls. 635/639).

É o relatório.

VOTO

Sem razão a agravante.

E assim o afirmo por observar que, de fato, não houve impugnação, de forma eficiente, dos fundamentos utilizados pelo Tribunal *a quo* para inadmitir o recurso especial, quais sejam, Súmulas 182 e 7/STJ.

Com efeito, nas razões do agravo em recurso especial, a defesa impugnou referidos fundamentos de modo genérico, aduzindo, tão somente, que infirmou *todos os fundamentos da decisão agravada* (fl. 592) e que *o debate trazido à baila não importa reexame de matéria fático-probatória, ao revés, unicamente matéria de direito, não incorrendo, portanto, com a regra ajustada no enunciado da Súmula 07, desta Egrégia Corte* (idem).

Deixou, entretanto, de deduzir argumentos concretos, efetivamente aptos a demonstrar a desnecessidade de revolvimento fático do arcabouço probatório para o eventual acolhimento da pretensão absolutória trazida no especial. E, nesse contexto, não há como negar a aplicação, por analogia, da Súmula 182/STJ à espécie.

Ora, não se revela suficiente ao cumprimento do requisito da impugnação específica, portanto, a simples argumentação no sentido da não incidência do apontado óbice, sem expor em que medida seria possível, na prática e de modo concreto, examinar a pretensão de mérito sem incursão no acervo fático-probatório dos autos.

Segundo entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, *para se afastar a aplicação da Súmula n. 7 do STJ, inviável a mera afirmação de sua não incidência na*

espécie, devendo o recorrente apresentar argumentação suficiente demonstrando que, para o STJ mudar o entendimento da instância de origem sobre a questão suscitada, não se faz necessário reexame de fatos e provas da causa (AgRg no AREsp n. 2.231.715/PB, Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador Convocado do TJDFT, Sexta Turma, DJe 14/4/2023).

No mesmo sentido, confirmam-se: AgInt no AREsp n. 2.141.230/SP, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2022; AgRg no AREsp n. 1.654.523/SC, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 29/6/2020; e AgInt no AREsp n. 1.463.467/RJ, Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 29/6/2020.

Logo, correta se mostra a decisão da Presidência ao fazer incidir à espécie o óbice da Súmula 182/STJ.

Todavia, não obstante o óbice verificado no agravo, diviso ilegalidade flagrante passível de concessão de *habeas corpus* de ofício, como também observado no parecer ministerial.

Colhe-se dos autos que o Juízo processante, embora tenha reconhecido a primariedade da agravante, obistou a incidência do redutor especial (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) considerando apenas a quantidade e natureza das drogas apreendidas (fls. 418/420 - grifo nosso):

[...]

A alegação de ser os acusados usuário de drogas, por si só, não prejudica ou impede que sejam também traficante de drogas, aliás, fato bastante comum na ciranda mortal das drogas, onde os usuários passam a também traficar drogas, até mesmo para sustentar o próprio vício.

Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, ante a grande quantidade de drogas apreendidas e sua natureza, além de ser o denunciado Leonardo duplamente reincidente (autos nºs. 0000170-68.2018.8.26.0542 e 0016250-31.2005.8.26.0068, conforme F.A. de fls. 63/73, 129/139 e certidão de fls. 59/62, 367/371), além Mateus já ter cumprido medida socioeducativa na Vara da Infância e Juventude (fls. 57 e 374) denotando não serem iniciantes no mundo do crime e que se dedicam às atividades criminosas.

[...]

2. CORRÉ EDILAINE DIAS MATOS

Na análise das circunstâncias preponderantes do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 sobre o artigo 59 do Código Penal, **verifica-se que a acusada é primária** (F.A. de fls. 75, 127/128 e certidão de fls. 74, 365/366); entretanto, há que se considerar a grande quantidade e a natureza variada de drogas apreendidas, e, em relação ao crack, seu poder devastador, colocando em maior risco a saúde pública, razão pela qual fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no mínimo legal.

Não concorrem circunstâncias agravantes ou atenuantes, razão pela qual

mantenho a pena anteriormente fixada.

Por fim, não concorrem causas de aumento e diminuição de pena, razão pela qual mantenho a pena anteriormente calculada, a qual torno definitiva para a ré.

[...]

Ocorre que tal fundamento é inidôneo para vedar o redutor em referência.

Ora, a quantidade, a natureza e a diversidade de drogas, **por si sós**, não constituem fundamentação suficiente para afastar a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Confiram-se:

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. À 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 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 elegeisse 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 para 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, Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, DJe 1º/7/2021 - grifo nosso).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES SOPESADAS. MINORANTE APLICADA EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem que o paciente se dedique ao tráfico ou que integre organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade das drogas apreendidas, in casu, não é suficiente para, por si só, impedir a concessão de benefício, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/6, de acordo com o art. 42 da referida lei.

[...]

(HC n. 490.432/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 27/5/2019).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUTOR AFASTADO NATUREZA E QUANTIDADE (31,3 G DE MACONHA, 133,5 G DE COCAÍNA E 4,8 G DE CRACK). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SENTENÇA RESTABELECIDADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte está consolidada na linha de que a quantidade e diversidade de drogas, por si sós, não constituem fundamentação suficiente para afastar a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 474.970/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 26/4/2019 - grifo nosso).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIOLAÇÃO AO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA FUNDADA SOMENTE NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTA RELATORA. MALFERIMENTO AOS ARTS. 33, § 2º, "B" E 42 DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

2. "A quantidade e a qualidade de drogas, por si sós, não podem impedir a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas" (HC 343.290/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/05/2016). Ressalva do entendimento desta relatora.

[...]

Tal o contexto, levando em conta a inexistência de fundamentação idônea, é certo que a agravante faz jus ao redutor, inclusive no patamar máximo (2/3), notadamente considerando que a quantidade e natureza já foram sopesadas para agravar a pena na primeira fase.

Passo, então, à nova dosimetria da pena da agravante nos seguintes termos: mantida a pena-base conforme firmada na sentença; e reconhecido, nos termos da presente fundamentação, o patamar de redução em 2/3 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), fica a pena privativa de liberdade definitiva redimensionada para 2 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 233 dias-multa.

Diante do novo *quantum* da reprimenda corporal, modifico também o regime de cumprimento da pena para o semiaberto, uma vez que, apesar de a pena ser inferior a 4 anos e da primariedade da réu, há uma circunstância judicial negativa que justifica o recrudescimento do regime inicial, óbice esse que também impede a substituição da pena por restritivas de direitos.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE LEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. FALTA DO ATENDIMENTO DO PRESSUPOSTO SUBJETIVO. ART. 44, III, DO CP. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O agravo regimental em matéria criminal é regido pelo art. 258 do RISTJ, que não estabelece a necessidade de prévia intimação de nenhuma das partes para o julgamento do recurso.

2. Não há direito a sustentação oral em agravo regimental no agravo em recurso especial. Precedentes.

3. Na hipótese, **"embora a reprimenda final seja inferior a 4 anos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis e em razão da quantidade de drogas apreendidas, o que justifica o agravamento do regime prisional e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal c.c. o art. 42 da Lei de Drogas."** (AgRg nos EDcl no HC n. 786.557/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023.) 4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.265.647/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 12/3/2024.)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental, mas **concedo**

habeas corpus de ofício (art. 654, § 2º, do CPP), a fim de reconhecer em favor da agravante (Edilaine Dias Matos) o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo (2/3), reduzindo a pena que lhe fora imposta a 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 233 dias-multa (Processo n. 1501237-90.2019.8.26.0628, da 1ª Vara Criminal da comarca de Itapevi/SP). Dê-se ciência ao Juízo de primeiro grau.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2023/0191344-4 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 2.376.354 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15012379020198260628 150123790201982606282752019
1501237902019826062850000 20220000796672 20220000892535 2752019

EM MESA

JULGADO: 21/05/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ELTON GHERSEL

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EDILAINE DIAS MATOS
ADVOGADO : GUTTIÉRRES GARCIA DE LIMA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) -
SP421698
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : LEONARDO CERQUEIRA SANTOS
CORRÉU : MATEUS HENRIQUE PEREIRA DA SILVA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EDILAINE DIAS MATOS
ADVOGADO : GUTTIÉRRES GARCIA DE LIMA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) -
SP421698
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 e concedeu habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.