



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.387.306 - SP (2023/0205955-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : JOSE FRANCISCO PELISSON ROCHA
ADVOGADO : LINDBERG FRANCISCO PELISSON ROCHA - SP289361
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. MINORANTE. AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso, nos termos do que dispõe a Súmula 182 do STJ.
2. Na hipótese, o agravante deixou de refutar especificamente os fundamentos de inadmissão do recurso especial (Súmula 7 do STJ), incidindo, portanto, o óbice da Súmula 182 do STJ.
3. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar a dosimetria penal.
4. 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.
5. 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).
6. À minguagem de elementos probatórios que indiquem a dedicação do agravante em atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em 1/2 (metade), tendo em vista a grande quantidade de entorpecente apreendido (992,2g de maconha).
7. Agravo regimental desprovido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para reconhecer a incidência da minorante do tráfico privilegiado e reduzir a pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, contudo conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator . Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2023 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.387.306 - SP (2023/0205955-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : JOSE FRANCISCO PELISSON ROCHA
ADVOGADO : LINDBERG FRANCISCO PELISSON ROCHA - SP289361
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **JOSÉ FRANCISCO PELISSON ROCHA** (e-STJ, fls. 1027-1042) contra decisão proferida pela Ministra Presidente MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, que não conheceu do agravo em recurso especial, em razão da incidência da Súmulas 7 do STJ (e-STJ, fls. 1021-1022).

A Defesa do agravante esclarece que fundamentou adequadamente o pedido e que a apreciação da questão não demanda reexame de provas.

Em razões de recurso especial (e-STJ, fls. 730-756), aponta violação aos arts. 386, VII, e 387, §2º, do CPP; art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06; e arts. 33 e 49 do CP.

Inicialmente, pretende a absolvição do agravante, por entender que não foram apresentadas provas suficientes de que ele era o proprietário da substância entorpecente encontrada em seu veículo.

Alega que o agravante prestou serviço de transporte para um cliente, que era o verdadeiro proprietário da droga, sem ter conhecimento deste fato.

Pondera que o agravante foi agredido na Delegacia para assumir a autoria do delito.

Ressalta que a prova é frágil e que as palavras dos policiais são inconsistentes.

Seguindo, não sendo este o entendimento, requer a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, em seu patamar máximo, alegando que preenche todos os requisitos legais e que a utilização da quantidade e qualidade da droga na terceira fase caracteriza indevido *bis in idem*.

Ainda, em caso de provimento deste pedido, postula a alteração do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Outrossim, não sendo reconhecida a minorante, pede a aplicação da detração penal para readequar o seu regime prisional ao semiaberto, tendo em vista o período em que ficou preso cautelarmente.

Ademais, pretende a redução da pena de multa, argumentando que “Os elevados valores previstos na Lei de Drogas são inconstitucionais, por afronta aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da isonomia, da individualização da pena e da intranscendência.”

Por fim, almeja a restituição do veículo apreendido, ponderando que não há prova de que este foi utilizado no tráfico de drogas e que o automóvel pertence a terceiro de boa-fé.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo regimental (e-STJ, fls. 1051-1056).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.387.306 - SP (2023/0205955-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : JOSE FRANCISCO PELISSON ROCHA
ADVOGADO : LINDBERG FRANCISCO PELISSON ROCHA - SP289361
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. MINORANTE. AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso, nos termos do que dispõe a Súmula 182 do STJ.
2. Na hipótese, o agravante deixou de refutar especificamente os fundamentos de inadmissão do recurso especial (Súmula 7 do STJ), incidindo, portanto, o óbice da Súmula 182 do STJ.
3. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar a dosimetria penal.
4. 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.
5. 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).
6. À minguagem de elementos probatórios que indiquem a dedicação do agravante em atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em 1/2 (metade), tendo em vista a grande quantidade de entorpecente apreendido (992,2g de maconha).
7. Agravo regimental desprovido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para reconhecer a incidência da minorante do tráfico privilegiado e reduzir a pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Conforme relatado, a decisão monocrática proferida pela Presidência desta Corte Superior não conheceu do agravo porque a Defesa deixou de impugnar adequadamente a incidência da Súmula 7 do STJ.

Este entendimento não comporta reparos.

Da análise do agravo em recurso especial, nota-se que a Defesa, ao questionar o óbice da Súmula 7/STJ, traz apenas razões genéricas de inconformismo, o que não satisfaz a exigência de impugnação específica para viabilizar o conhecimento do agravo.

Isso porque, para que se considere adequadamente impugnada a Súmula 7/STJ, o agravo precisa empreender um cotejo entre os fatos estabelecidos no acórdão e as teses recursais, mostrando em que medida estas não exigem a alteração do quadro fático delineado pelo Tribunal local. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 182/STJ. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO SIMPLES NA MODALIDADE TENTADA. MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO INFIRMA DE FORMA ESPECÍFICA E CONCRETA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N. 7 DO STJ. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 83/STJ. APLICÁVEL AOS RECURSOS INTERPOSTOS COM BASE NA ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO INADMITIDO. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nas razões do agravo em recurso especial, não foram rebatidos, de modo específico e concreto, os fundamentos da decisão agravada relativos à aplicação das Súmulas n. 7 e 83, ambas do Superior Tribunal de Justiça, atraindo, à espécie, a incidência da Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça. 2. No tocante à incidência da Súmula n. 7/STJ, a Agravante limitou-se a sustentar, genericamente, que as pretensões elencadas no apelo nobre envolvem mero debate jurídico, não demandando, assim, reexame de provas, sem explicitar, contudo, à luz da tese recursal trazida no recurso especial, de que maneira a análise não dependeria do reexame de provas. Assim, não houve a observância da dialeticidade recursal, motivo pelo qual careceu de pressuposto de admissibilidade, qual seja, a impugnação efetiva e concreta aos fundamentos utilizados para inadmitir o recurso especial, no caso, a incidência da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. [...] 6. Agravo regimental desprovido”. (AgRg no AREsp 1789363/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 17/02/2021).

Nota-se que a Defesa menciona, de forma genérica, que busca apenas discutir matéria de direito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que, de fato, tal situação atrai o impeditivo da Súmula 182 deste Superior Tribunal, segundo a qual "é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".

Acerca do tema, ainda, os seguintes precedentes: AgRg nos EREsp 1.387.734/RJ, rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, DJe de 9/9/2014; e AgRg nos EDcl nos EAREsp 402.929/SC, rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, DJe de 27/8/2014.

Deve-se observar que o art. 932 do Código de Processo Civil de 2015 reafirmou a orientação do STJ ao exigir a impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada.

Registre-se que "(...), a impugnação a que se refere o enunciado da Súmula 182 é a que enfrenta, especificamente, o conteúdo do fundamento, e não a que o faz de maneira genérica" (EDcl no AgRg no AREsp 778.294/BA, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j.22/11/2016, DJe 5/12/2016).

Consigne-se que, no julgamento do EAREsp 746.775/PR (DJe de 30/11/2018), a Corte Especial do STJ manteve o entendimento da necessidade de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de incidência da Súmula 182/STJ.

Por outro lado, observa-se a ilegalidade do acórdão impugnado no que diz respeito à terceira fase da dosimetria penal, sendo de rigor, portanto, a concessão da ordem, de ofício, para readequá-la.

Para uma melhor apreciação, segue a individualização da pena realizada pela instância anterior (e-STJ, fls. 637-652):

“Assim, passa-se ao exame da dosimetria penal aplicada. A pena-base foi fixada no mínimo legal e, na segunda fase dosimétrica, por ter sido cometido o crime em situação de calamidade pública, foi agravada. Todavia, em relação a agravante prevista no artigo 61, inciso II, “j”, do Código Penal, qual seja, a prática do delito durante estado de calamidade pública gerada pela pandemia do coronavírus, firmou-se orientação nessa Câmara, após entendimento diverso no passado de que a agravante era objetiva, no sentido de que é necessário haver nexo causal entre a tal circunstância e a conduta do agente, na forma definida pelo E. Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HABEAS CORPUS 717.298/SP, Rel. Min. RIBEIRODANTAS, DJe 02/03/2022), o que não foi demonstrado no presente caderno processual.

Assim, de rigor o afastamento da referida circunstância agravante.

Não se cogita, na espécie, da aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Isso porque o referido benefício é destinado apenas ao pequeno traficante, novato, “de primeira viagem”, nas palavras de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330). Na hipótese, o réu tinha em seu poder expressiva quantidade de maconha, composta por 3 (três) tabletes, pesando 992,2g (novecentos e noventa e dois gramas e dois decigramas), evidenciando, pela quantidade e forma de armazenamento, a sua dedicação ao comércio proibido e vinculação com organização criminosa. Ora, todos sabem que para que se possa praticar quaisquer das condutas previstas na cabeça do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 não é suficiente a mera predisposição do agente para tanto.

Não se consegue droga em grande quantidade, no atacado, em qualquer lugar. Não se pode efetuar a venda de entorpecentes em qualquer lugar, a menos que sob a autorização da organização criminosa que controla a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade na região em que se pretende exercer o comércio ilícito. Caso contrário, sofrerá represálias. O transporte da droga não é confiado a qualquer um que se disponibilize a fazê-lo, pois são vultosos os valores envolvidos.

Os responsáveis pela organização da atividade, por certo, não confiariam a execução de importante tarefa necessária para a consecução do objetivo final da atividade à pessoa que não goze de sua confiança, ou seja, possua com eles estreito vínculo. Assim, ausentes causas de diminuição ou de aumento, fica a pena definitiva no patamar de 05 (anos) de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal. O regime prisional fechado, diante das peculiaridades concretas do caso, é o único compatível com a natureza do delito, equiparado a hediondo. Isso porque, conquanto a pena tenha sido fixada aquém do patamar de 08 (oito) anos de reclusão, necessários para a imposição do regime fechado (artigo 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal), consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, bem como as circunstâncias da ocorrência, como se dá no caso em apreço, são fatores que podem justificar o regime prisional fechado como o mais adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.”

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 integrem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Ademais, registre-se que a Terceira Seção, em recentíssima decisão, proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, do Supremo Tribunal Federal, 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 únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase do cálculo da pena.
In verbis:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

-, 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 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 criminoso ou a integração a organização criminoso. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, minha relatoria, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022.)

Contudo, a jurisprudência desta Corte de Justiça é no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apenas podem ser utilizadas para o afastamento da minorante em comento, quando esses vetores forem conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NAS PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. REGISTRO DE AÇÕES PENAIS NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. CONFISSÃO INFORMAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OCUPAÇÃO LICITA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS PRESUMIDA REINCIDÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DO FEITO. INVIABILIDADE DE AFERIÇÃO DA POSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DO TEMA. VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. AGRAVO 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 em habeas corpus 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 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.

6. A dedicação do agente a atividades criminosas não se presume a partir da análise unicamente da natureza ou da quantidade ou da qualidade da droga apreendida; da mesma forma, configura constrangimento ilegal a redução da fração de diminuição de pena.

7. Configura constrangimento ilegal por caracterizar bis in idem a valoração do vetor quantidade/nocividade de droga para exasperar a pena base e para afastar o tráfico privilegiado 8. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). .

9. O desemprego ou ausência de comprovação de exercício de ocupação lícita não implicam presunção de dedicação à narcotraficância (HC 665.401/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/6/2021).

10. Considera-se "inidôneo o reconhecimento da dedicação criminosa com suporte em confissão informal" (AgRg no HC n. 484.669/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 11/6/2019).

11. Quando as matérias suscitadas no agravo regimental, além de representarem indevida inovação recursal, não tenham sido objeto de análise pelo tribunal de origem, não são passíveis de conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância, com explícita violação da competência originária para o julgamento de habeas corpus (art. 105, I, c, da Constituição Federal).

12 . Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no HC n. 625.804/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.)

No caso, o Tribunal *a quo* não aplicou a quantidade e a qualidade (992,2g de maconha) para exasperar a pena-base, deixando para a terceira etapa da dosimetria.

Entretanto, a mera referência a estes vetores, sem destaque a circunstâncias indicativas de condutas repetidas na atuação da mercancia, é insuficiente para demonstrar que o recorrente se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

Passo, portanto, à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, as circunstâncias judiciais foram julgadas favoráveis ou neutras, com a pena-base sendo fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda etapa, ausentes agravantes e atenuante, esta pena foi preservada.

Na última etapa, com o reconhecimento da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, reduzo a pena em 1/2, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas (992,2g de maconha), fixando-a em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais 250 dias-multa.

Seguindo, considerando esta pena, a primariedade e as circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis, aplico o regime inicial aberto.

Por fim, preenchidos os requisitos legais, procedo à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que deverão ser definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental. Contudo, concedo *habeas corpus*, de ofício, a fim de reconhecer a configuração da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 e reduzir a pena em 1/2, determinando-a em 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais 250 dias-multa, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que deverão ser delineadas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0205955-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
AREsp 2.387.306 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016132320158120001 15163894920218260228 1516389492021826022835502021
1516389492021826022850000 16132320158120001 20220000691055 20220000835855
35502021

EM MESA

JULGADO: 05/12/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOSE FRANCISCO PELISSON ROCHA
ADVOGADO : LINDBERG FRANCISCO PELISSON ROCHA - SP289361
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : JOSE FRANCISCO PELISSON ROCHA
ADVOGADO : LINDBERG FRANCISCO PELISSON ROCHA - SP289361
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, contudo concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.