



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2472179 - GO (2023/0354113-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MAIRA DOS SANTOS NASCIMENTO
ADVOGADO : MAYCLLYN MAX CARREIRO RIBEIRO - GO045655
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO 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. AGRADO 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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 20 de fevereiro de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2472179 - GO (2023/0354113-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MAIRA DOS SANTOS NASCIMENTO
ADVOGADO : MAYCLLYN MAX CARREIRO RIBEIRO - GO045655
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO 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. AGRADO 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.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por MAIRA DOS SANTOS NASCIMENTO (e-STJ fls. 489/496) contra decisão monocrática de e-STJ fls. 484, proferida pela Ministra Presidente MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, que não conheceu do recurso, em razão da incidência da Súmula 207/STJ.

A parte agravante alega: (i) a não aplicação da Súmula 207/STJ; (ii) a incidência do benefício do tráfico privilegiado.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do agravo (e-STJ fls. 504/506).

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental merece parcial acolhida.

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.

Com efeito, nos termos da Súmula n. 207 desta Corte: *É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.*

Prosseguindo, busca-se o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Sabe-se que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, consequentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

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.

Saliente-se que a Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, realizado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021, decidiu que a aplicação do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser afastada somente com fundamento na natureza, na diversidade e na quantidade da droga apreendida, sendo necessário que 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.

Abaixo, ementa do referido julgado:

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 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 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021).*

Na espécie, o Tribunal *a quo*, ao manter o afastamento do benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, decidiu (e-STJ fl. 365/366):

Na 3ª fase, foi negada a aplicação do tráfico privilegiado, com fundamento na “expressiva quantidade de drogas apreendida e o próprio modo de execução do delito, com o transporte municipal dos entorpecentes, demonstra que, dificilmente, esse é o primeiro contato dos acusados com o mundo da traficância, ou jamais aceitaram realizar uma viagem de mais de 200 km (duzentos quilômetros) para o transporte de mais 10 kg (dez quilos) de maconha”.

Considerando que a referida fundamentação não foi utilizada na primeira fase para majorar a pena-base, bem assim que restou demonstrado que a ré se dedica à atividade criminosa, é inoportável a concessão da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Registro que a conclusão de que a ré se dedica à atividade criminosa, ressaí do fato de que a própria acusada afirmou que estava desempregada e diante da grande quantidade de droga apreendida (14 tablets de maconha, com massa total de 10,700 kg, e 01 porção de maconha, com massa total de 34,458 g) somada às circunstâncias da prisão, quais sejam tráfico intermunicipal (Itumbiara a Goiânia), mediante pagamento pelo transporte.

De início, no ponto, verifica-se que a pretensão recursal não demanda o reexame de provas, mas tão somente a reavaliação jurídica dos fatos já expressamente delineados no acórdão objurgado, não incidindo, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

Observa-se que 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.

Assim, o fato da envolvida estar desempregada e ter realizado tráfico intermunicipal, mediante pagamento, não é óbice legal ao reconhecimento do privilégio do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, tampouco a quantidade de entorpecente apreendido, dissociadas de outros elementos que demonstrem, de forma cabal, a dedicação dela à atividade criminosa.

Dessa forma, necessário o reconhecimento da incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas

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). Precedentes: AgRg no HC n. 518.533/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 10/9/2019, DJe 18/9/2019; AgRg no Resp n. 1.808.590/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 20/8/2019, DJe 4/9/2019; AgRg no AREsp n. 1.281.254/TO, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe 27/8/2019; e AgRg no HC n. 490.027/SC, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe 27/8/2019.

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.

Assim, mantidos os critérios da Corte de origem, aplicado o benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/3, fica a reprimenda em 3 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 333 dias-multa.

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.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo regimental 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.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0354113-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
AREsp 2.472.179 /
GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 511249511 51124951120218090107

EM MESA

JULGADO: 20/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MAIRA DOS SANTOS NASCIMENTO
ADVOGADO : MAYCLLYN MAX CARREIRO RIBEIRO - GO045655
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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 : MAIRA DOS SANTOS NASCIMENTO
ADVOGADO : MAYCLLYN MAX CARREIRO RIBEIRO - GO045655
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator"

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.