



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2703246 - SP (2024/0277620-0)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : ANDERSON DE SOUZA LUIZ
ADVOGADO : ANA PAULA DA SILVA - SP401560
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : LUIS FERNANDO OLIMPIO FONSECA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE E DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO FIXO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 83 DO STJ, 241 DO STJ E 284 DO STF. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial em processo criminal referente à dosimetria da pena em crime de tráfico de drogas. A parte recorrente alegou violação ao art. 59 do Código Penal e ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006, questionando o aumento da pena-base em razão da quantidade de drogas e dos maus antecedentes.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se o aumento da pena-base, em razão da quantidade de drogas e dos maus antecedentes, violou o princípio da proporcionalidade; (ii) estabelecer se a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea foi aplicada corretamente; (iii) determinar se houve bis in idem ao valorar a reincidência e os maus antecedentes de forma cumulativa.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A individualização da pena, enquanto discricionariedade do julgador, sujeita-se à revisão somente em casos de flagrante ilegalidade, desproporcionalidade ou abuso de poder, o que não foi constatado no caso concreto.

4. A quantidade expressiva de drogas apreendidas (6,3 kg de maconha, 498,51 g de crack e 616,69 g de cocaína, entre outras

substâncias) justifica a elevação da pena-base, conforme critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

5. A reincidência foi devidamente compensada com a confissão espontânea, nos termos do entendimento consolidado pelo STJ, o que afastou a aplicação de fração desproporcional no aumento da pena.

6. A revisão da dosimetria não se justifica, pois o acórdão recorrido se encontra alinhado com a jurisprudência dominante desta Corte, atraindo a incidência da Súmula 83 do STJ.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial .

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 05 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2703246 - SP (2024/0277620-0)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : ANDERSON DE SOUZA LUIZ
ADVOGADO : ANA PAULA DA SILVA - SP401560
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : LUIS FERNANDO OLIMPIO FONSECA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE E DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO FIXO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 83 DO STJ, 241 DO STJ E 284 DO STF. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial em processo criminal referente à dosimetria da pena em crime de tráfico de drogas. A parte recorrente alegou violação ao art. 59 do Código Penal e ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006, questionando o aumento da pena-base em razão da quantidade de drogas e dos maus antecedentes.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se o aumento da pena-base, em razão da quantidade de drogas e dos maus antecedentes, violou o princípio da proporcionalidade; (ii) estabelecer se a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea foi aplicada corretamente; (iii) determinar se houve bis in idem ao valorar a reincidência e os maus antecedentes de forma cumulativa.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A individualização da pena, enquanto discricionariedade do julgador, sujeita-se à revisão somente em casos de flagrante ilegalidade, desproporcionalidade ou abuso de poder, o que não foi constatado no caso concreto.

4. A quantidade expressiva de drogas apreendidas (6,3 kg de maconha, 498,51 g de crack e 616,69 g de cocaína, entre outras

substâncias) justifica a elevação da pena-base, conforme critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

5. A reincidência foi devidamente compensada com a confissão espontânea, nos termos do entendimento consolidado pelo STJ, o que afastou a aplicação de fração desproporcional no aumento da pena.

6. A revisão da dosimetria não se justifica, pois o acórdão recorrido se encontra alinhado com a jurisprudência dominante desta Corte, atraindo a incidência da Súmula 83 do STJ.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta violação ao art. 59, do Código Penal, e ao art. 42, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que "se entendível a possibilidade de aumento da pena base no presente caso, em razão da

quantidade e dos maus antecedentes, a atuação da Corte deverá servir para afastar a ilegalidade na ausência de proporcionalidade que viola do artigo 59 do CP e 42 da Lei 11.343/06, reputando-se ao aumento na fração única de 1/8 para cada circunstância" (e-STJ, fl. 626).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar o recurso de apelação criminal ali interposto, no que importa ao caso, assim se manifestou (e-STJ, fls. 526/546):

No tocante à dosimetria da pena, melhor sorte assiste à esforçada defesa.

A pena-base deve ser mantida no patamar fixado pela ilustre sentenciante, ou seja, em 6 anos, 9 meses e 20 dias, com pagamento de 680 diárias, eis que a quantidade de drogas apreendida foi expressiva (cerca de 8 (oito) tabletes de "maconha", com peso líquido de 6.3 kg. (seis quilos e trezentos gramas) e 1 (um) tablete de "crack", com peso líquido de 498,51 g. (quatrocentos e noventa e oito gramas e cinquenta e um decigramas), 2380 (dois mil trezentos e oitenta) porções de "cocaína", com peso líquido de 616,69 g. (seiscentos e dezesseis gramas e sessenta e nove decigramas), 392 (trezentos e noventa e dois) papелotes de "crack", com peso líquido de 96,05 g. (noventa e seis gramas e cinco decigramas) e 3 (três) grandes porções de "cocaína", com peso líquido de 758,49 g.

(setecentos e cinquenta e oito gramas e quarenta e nove decigramas), além dos reconhecidos maus antecedentes, ocorrendo, na segunda fase, a compensação entre a agravante (reincidência) e a atenuante (confissão espontânea), reprimenda que se torna definitiva ante a ausência de outras causas modificadoras.

Destaca-se que, no caso em tela, não houve qualquer valoração no sentido de se lograr bis in idem. Ademais, ressalte-se que em vários dispositivos do Código Penal o legislador penal sopesou e valorizou a circunstância da primariedade como elemento redutor de pena e, por outro lado, instituiu que a reincidência é elemento agravante da sanção, fixador do regime prisional e impede a obtenção de benefícios, porque quem reitera práticas criminosas revela conduta ofensiva à vida em sociedade, o que, recentemente foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "o instituto da reincidência está em harmonia com a lei básica da República a Constituição Federal e 'a regência da matéria circunscreve-se com a oportuna, sadia e razoável política criminal, além de envolver mais de 20 institutos penais'" (Recurso Extraordinário 453.000).

Observa-se que, no caso concreto, o ilustre sentenciante utilizou de condenações diversas para a configuração dos maus antecedentes e da reincidência em consonância com o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça que assim dispõe:

'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial'.

Note-se, entretanto, que o réu possuidor de mais de um antecedente criminal pode ter reconhecidas contra si tanto a reincidência quanto a circunstância judicial de mau antecedente (...)" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 465-466).

Desta forma, como já exaustivamente mencionada, inexiste o mencionado bis in idem.

(...)

Por seu turno, ao julgar os embargos de declaração ali opostos pela Defesa, assim se manifestou o Colegiado a quo (e-STJ, fls. 611/614):

Mas a rigor o Embargante não é multirreincidente.

Ostenta duas condenações transitadas em julgada (fls. 27/29), mas somente uma é apta a caracterizar a recidiva (condenação pelo crime de tráfico de drogas) pois a outra (pelo crime de tráfico de drogas privilegiado) teve os seus efeitos depurados pelo decurso do tempo, já que extinta a pena no ano de 2015.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.947.845/SP, 1.341.370/MT e 1.931.145/SP, pela sistemática dos Repetitivos Representativos de Controvérsia, firmou a tese de que “É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não”. “Nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade” (Tema 585).

A quantidade e diversidade de drogas apreendidas nada tem a ver com a reincidência. Aliás, já atuaram na primeira fase da dosimetria para justificar a elevação da sanção na base.

Ante o exposto, o meu voto acolhe os embargos manejados por Anderson de Souza Luiz, R.G. nº 45.9906.759-SP, para compensar integralmente a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena a seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão e seiscentos e oitenta (680) dias/multa.

Ressalto que é uníssona a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “[a] individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade” (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (AgRg no REsp n. 2.042.325/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em

14/8/2023, DJe de 18/8/2023).

Quanto ao tema, destaca-se que “[a] legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” (EDcl no HC n. 908.566/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024).

A análise das razões motivadas na origem indica que se encontram em linha com o entendimento desta Corte, a atrair, no caso, a incidência da Súmula n. 83/STJ. Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma:

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,

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. **DOSIMETRIA. PENA-BASE.** VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS E INTENSA ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NA LOCALIDADE ONDE OCORREU O FLAGRANTE. CRITÉRIOS IDÔNEOS E SUFICIENTES PARA A EXASPERAÇÃO. PROPORCIONALIDADE NO AUMENTO DA PENA BASILAR. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. ALEGADA INOBSERVÂNCIA DA REGRA DA DETRAÇÃO CONTIDA NO § 2º DO ART. 387 DO CPP. DISPOSITIVO LEGAL QUE SEQUER EXISTIA AO TEMPO DA CONDENAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

2. Embora o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 não estivesse em vigor ao tempo da prática delitiva, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos é circunstância relevante para a aferição do grau de reprovabilidade da conduta e, como tal, deve ser sopesada na fixação das penas no crime de tráfico de drogas, em observância aos critérios do art. 59 do Código Penal.

3. Hipótese em que a exasperação da pena-base do paciente em 3 anos fundou-se na expressiva quantidade das drogas apreendidas e pela intensa atuação da organização criminosa na localidade em que ocorreu o flagrante, circunstâncias idôneas e suficientes para o incremento.

Precedentes.

4. Tratando-se de condenação a pena privativa de liberdade que excede 4 anos de reclusão, a presença de circunstância judicial desfavorável constitui óbice ao pretendido regime inicial semiaberto, na esteira do disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal Além disso, as instâncias ordinárias também justificaram o recrudescimento na expressiva quantidade das drogas apreendidas, fundamento que, igualmente, é idôneo e suficiente. *Precedentes.*

5. A apontada inobservância da regra da detração contida no § 2º do art.

387 do CPP não foi objeto de debate na origem, até por não

estar vigente ao tempo da condenação, o que inviabiliza o respectivo exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Precedentes.

6. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no AgRg no AREsp n. 2.639.089/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/9/2024, DJe de 2/10/2024.)(grifos acrescidos)

Ante o exposto, conheço do agravo para **negar provimento ao recurso especial.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0277620-0

**AREsp 2.703.246 /
SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15014947420238260079 27202023 36440520238260079
3644052023826007915014947420238260079
364405202382600791501494742023826007927202023

PAUTA: 03/12/2024

JULGADO: 03/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ANDERSON DE SOUZA LUIZ
ADVOGADO : ANA PAULA DA SILVA - SP401560
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : LUIS FERNANDO OLIMPIO FONSECA

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

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, conheceu do agravo e negou provimento ao recurso especial."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.