



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### RECURSO ESPECIAL Nº 2110055 - RS (2023/0414413-5)

**RELATORA** : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**  
RECORRENTE : R W DOS S  
ADVOGADOS : OSVALDO JOSE DUNCKE - SC034143  
MATHEUS PARANHOS MENNA DE OLIVEIRA - SC052862  
NATALIA VERAN CAMPOS - SC030708  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

### DECISÃO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 425-426 (e-STJ):

*"R W dos S foi condenado pela prática do delito de tráfico de drogas (artigo 33, caput, c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006), à pena de 18 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.000 dias-multa, porque flagrado, no dia 14/03/2022, por voltadas 9h40min, na BR101, km 85, em frente ao Posto da Polícia Rodoviária Federal, em Osório/RS, trazendo consigo e transportando, para fins de venda e fornecimento a consumo de terceiros, 105porções, pesando, no total e aproximadamente, 106,87kg de cocaína (fls. 183/190).*

*Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, buscando o redimensionamento do quantum da pena-base, o afastamento da majorante do art. 40, V, da Lei 11.343/06, o reconhecimento da privilegiadora do 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação de regime mais brando para cumprimento de pena e a revogação da prisão preventiva (fls. 232/260).*

*O Tribunal local proveu parcialmente o recurso, para adequar a pena ao quantum de 08 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 291/295).*

*Essa decisão motivou a interposição do presente recurso especial, no qual se alega violação (i) ao artigo 59 do Código Penal, porque o acórdão valorou negativamente os vetores da culpabilidade e dos motivos do crime mediante fundamentação inidônea e aplicou quantum desproporcional de aumento pela consideração do art. 42 da Lei n. 11.343/2006; (ii) ao art. 65, III, d, do Código Penal, uma vez que a fração aplicada em razão da atenuante da confissão espontânea não se mostrou razoável; (iii) ao § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porque a quantidade e a natureza não podem servir de fundamento único para afastar o tráfico privilegiado - mesmo argumento empregado para majorar*

a pena-base – tratando-se de violação também ao princípio do non bis in idem; (iv) ao art. 40, V da Lei 11.343/2006, uma vez que aplicado mediante fundamentação genérica e baseada em meras presunções; (v) ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, pois deixou de ser considerado o período em que segregado preventivamente.

Pugna pelo provimento do especial, para:(1) afastar as modulares sub judice, em razão de violação ao art. 59 do Código Penal;(2) ajustar o aumento pertinente ao art. 42 da Lei de Drogas ao quantum fracional de 1/6, ante violação do referido dispositivo e do art. 59 do Código Penal;(3) reduzir a pena pela incidência da atenuante da confissão espontânea na fração de 1/6, por violação ao art. 65, III, d, do Código Penal;(4) aplicar a causa especial de diminuição na fração máxima, bem como analisar os eventuais consecutórios (regime, substituição por restritivas, e aplicação proporcional da pena de multa), em face violação ao art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006;(5) afastar a majorante da interestadualidade do crime de tráfico de entorpecentes ,por violação ao art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006; e(6) considerar a detração para fins de fixação de regime, aplicando o regime semiaberto como o de inicial para cumprimento de pena (se mantida a situação nos termos do acórdão recorrido), por violação ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Alfim, propugna-se pela concessão de habeas corpus de ofício, consoante inteligência do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal. (fls. 326/327)

O recurso foi admitido (fls. 387/392)."

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do recurso especial para redimensionar a pena do recorrente. Eis a ementa do parecer: (e-STJ fls. 424):

**RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE E MOTIVOS. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/06. QUANTUM ADEQUADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FRAÇÃO INFERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE AFASTADA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDA E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ART. 40, V, DA LEI DE DROGAS. CONFIGURAÇÃO. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.**

1. A plena consciência da ilicitude de conduta, assim como a alegação de que o pagamento pelo transporte das drogas seria destinado a quitar dívidas com a Receita Federal do Brasil (lucro fácil) não são fundamentos idôneos para amparar a exasperação da pena-base, porque elementares do tipo penal, de modo que ambos os vetores devem ser extirpados da primeira fase da dosimetria. A apreensão de significativa quantidade de drogas autoriza a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não se mostrando desarrazoado o aumento operado pela Corte de origem, levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao referido delito – de 5 a 15 anos.

2. A atenuação da pena em fração inferior a 1/6 por força da confissão espontânea deve ser precedido de fundamentação concreta. Caso em que a pena do paciente foi atenuada em 1/16, sem fundamentação concreta e suficiente.

3. A quantidade de entorpecentes apreendida e as circunstâncias do caso concreto indicam a dedicação do agente à atividade criminosa, justificando a não incidência do tráfico privilegiado, a teor da jurisprudência do STJ. Caso dos autos em que o paciente foi flagrado transportando 106,87kg de cocaína entre Estados da Federação, o que poderia render até R\$ 13.000.000,00, quantia essa que evidentemente não seria confiada a um iniciante na atividade ilícita e sem o amparo de uma organização especializada na traficância, com elevado poderio econômico.

Circunstância essa suficiente para indicar a dedicação à prática delitiva e inviabilizar a concessão da benesse.

4. Aplicada a majorante prevista no art. 40, V, da Lei de Drogas, em face da conclusão de que evidenciada a caracterização do tráfico entre Estados da Federação, não há como acolher a tese defensiva de que o transporte das drogas iniciou no mesmo Estado da apreensão, sem o revolvimento do contexto-fático-probatório, inviável nesta seara recursal.

5. Inviável a análise da detração, tendo em vista que a tese levantada no recurso não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que redundaria em indevida supressão de instância.

6. Parecer pelo provimento parcial do recurso especial, com o redimensionamento da pena, nos termos da fundamentação.

É, em síntese, o relatório.

### **Decido.**

O recurso especial é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida.

No caso, na sentença *a quo* o recorrente foi condenado como incurso nos artigos 33, *caput* e 40, V da Lei n. 11.343/06, à pena de 18 anos de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 1000 dias-multa, nos seguintes termos (e-STJ fl. 189):

#### ***"III - Passo à Dosimetria da Pena:***

*No que tange à culpabilidade, a conduta merece especial reprovabilidade, uma vez que diante da informação trazida pelo próprio sentenciado de que sua esposa é policial civil, entendo que o réu tinha potencial capacidade de compreender o caráter ilícito de seus atos. Não registra antecedentes. A conduta social do denunciado não mostra relevância. Em relação à personalidade, não há maiores elementos para sua avaliação. O motivo do crime também é reprovável, tendo em vista que o réu alegou ter praticado o crime em virtude de uma dívida com a Receita Federal, o que demonstra a torpeza de seus atos, com extrema desproporção dos meios utilizados para alcançar os fins justificados. As circunstâncias são normais à espécie. Com referência às consequências do delito, são ínsitas ao tipo penal.*

*Nada a falar sobre o comportamento da vítima que no caso é a sociedade.*

*Assim, atenta às circunstâncias acima explicitadas, havendo duas circunstâncias desfavoráveis, ambas de grande relevo, procedo ao aumento de 01 ano para cada uma e fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão.*

*Quanto à natureza e à quantidade das substâncias, circunstâncias preponderantes do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, verifico que se trata de apenas uma qualidade de droga – pasta-base de cocaína –, porém de alta nocividade e em quantidade extremamente relevante, sendo esta uma das maiores apreensões já realizadas na região, destoando sobremodo de outras apreensões já consideradas grandes, motivo por que entendo justificada a exasperação da pena. Do mesmo modo, a natureza do entorpecente denota ser caso de valoração negativa, na medida em que o réu transportava pasta-base de cocaína, que se trata de substância altamente nociva à saúde dos usuários e que, por sua elevada pureza, é usada na produção de outras drogas, e como já mencionado anteriormente na fundamentação, poderia render até R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais).*

*Dito isso, exaspero em 03 (três) anos a pena pela qualidade da droga e em 04 (quatro) anos pela quantidade, de modo que fixo a pena em 14 (quatorze) anos de reclusão.*

*Ausentes agravantes, possível a redução pela atenuante da confissão espontânea, razão pela qual arrefeço a pena em 06 (seis) meses, considerando a baixa relevância para a elucidação do fato, de modo que vai fixada a pena provisória em 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Presente a causa de aumento de pena prevista no art. 40, V da Lei 11.343/2006, pelo que procedo à majoração da pena em 1/3 (um terço), com fulcro na fundamentação já exposta.*

*Ainda, afasto a privilegiadora presente no art. 33, § 4º do mesmo diploma legal, nos termos da fundamentação, tornando a pena definitiva em 18 (dezoito) anos de reclusão, na ausência de outras causas modificadoras.*

*Considerando que não estão presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal e há expressa vedação legal no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como os requisitos do artigo 77 do Código Penal, entendo não ser possível a suspensão condicional da pena.*

*A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida no regime fechado, conforme o disposto no artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.*

*Condeno o réu ao pagamento de pena de multa, no montante de 1000 (mil) dias-multa, atenta às circunstâncias judiciais, já analisadas, à razão unitária de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo nacional vigente na data do fato, valor que deverá ser atualizado quando da execução da sentença."*

O acórdão do Tribunal Estadual reformou parcialmente a sentença para 8 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 850 dias-multa, nos seguintes termos (e-STJ fl. 294):

*"Ocorre que, ainda que me coadune com o entendimento*

*esposado pela magistrada singular, no sentido de ter sido uma das maiores apreensões ocorridas na região, de droga de extrema nocividade, em quantidade destoante do comumente visualizado em demandas desta natureza, necessário redimensionar a sanção aplicada, pois muito destoante daquilo que entendo adequado para repreender o réu, indivíduo que realizou o transporte de estupefaciente, sendo, no entanto primário, sem qualquer antecedente.*

*Inicialmente, compreendo que as vetoriais foram bem negativas pelo juízo singular, tendo em vista que sua "culpabilidade" desborda do ordinário, na medida que a esposa do acusado é policial civil, evidenciando sua potencial capacidade de entender a gravidade e ilicitude de seus atos. Da mesma forma, o "motivo" do ato praticado também merece censura, vez que o acusado, ao assumir o crime, asseverou que usaria os lucros da atividade ilícita para quitar dívida com a Receita Federal, destoando de qualquer razoabilidade.*

*Portanto, a elevação de 06 (seis) meses para cada vetorial é adequado para o caso em tela.*

*Quanto ao fato de ter sido transportada elevada quantidade de droga de extrema nocividade, tenho que a questão deve ser analisada com base no art.42 da Lei de Drogas.*

*Não se pode olvidar, como bem apontado na sentença, que o réu transportava pasta-base de cocaína, que se trata de substância altamente nociva à saúde dos usuários e que, por sua elevada pureza, é usada na produção de outras drogas, podendo render até R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais). Cumpre ressaltar que a própria Lei Antidrogas recomenda - com preponderância - a majoração da pena diante da natureza da droga. Assim, não há que se falar em ilegalidade na dosimetria aplicada, eis que a apreensão de cocaína denota uma lesividade mais exagerada ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, pois é droga de poderoso teor viciante.*

*Contudo, ponderado estes pontos, o incremento de 02 (dois) anos na pena basilar mostra-se adequado ao ato praticado, sem olvidar o interesse do Estado de repreender o indivíduo que transporta elevada quantidade de entorpecente para alimentar pontos de tráfico de todo o Estado.*

*Assim, vai redimensionada a sanção basilar para 08 (oito) anos de reclusão.*

*Observada a atenuante da confissão, reduzo a pena nos moldes da sentença, pois adequado ao teor do exposto pelo acusado, diante do extrato probatório já coligido ao feito.*

*Portanto, a pena provisória vai fixada em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.*

*Adiante, não há falar em afastar a majorante prevista no art.40, V, Lei de Drogas, tendo em vista que restou demonstrado, de sobremaneira, que a droga apreendida era oriunda do Estado de Santa Catarina, onde o réu tomou posse do veículo, tendo conduzido até o Rio Grande do Sul, momento em que abordado em estrada gaúcha, mais precisamente em Osório.*

*(...)"Por conseguinte, analisando o contexto fático-probatório, importante destacar que, em que pese o acusado alegue que tenha vindo de Santa Catarina, mas que somente carregou o veículo comas drogas em Torres, de modo que não incidiria a majorante prevista no art. 40,*

*inciso V da Lei de Drogas, entendendo que é caso de reconhecer a causa de aumento.*

*Isso porque, conforme bem levantado pelo agente ministerial durante o interrogatório do réu, não parece crível que o réu tenha sido contratado de localidade cuja distância seja superior ao dobro da distância que seria percorrida para o local de destino da droga.*

*Ou seja, o réu teria percorrido aproximadamente 370 km do município de onde partiu(Navegantes/SC), para chegar até Torres/RS. De lá, faria um percurso de 211 km para a entrega da droga. Tal narrativa se mostra extremamente inverossímil, de modo que, muito provavelmente, descreveu a história de tal maneira a fim de que não incidisse a majorante supra referida.*

*Demais disso, pelo que se verifica da fl. 12, processo 5001672-47.2022.8.21.0059/RS, evento 1,P\_FLAGRANTE1 o veículo utilizado para o transporte da droga encontra-se registrado em Itajaí/SC e, pelo que consta nos autos e pelo próprio relato do acusado, era pertencente a uma amiga sua que morava na localidade. Em outras palavras, nada há, além da narrativa do sentenciado, que demonstre que a história por ele trazida aos autos tenha fundamento.*

*Dessa forma, entendo que devidamente evidenciada a caracterização do tráfico entre Estados da Federação."(...)*

*No entanto, compreendo necessário, também redimensionar a fração imposta na origem (1/3), por entender desnecessário penalizar o acusado além daquilo necessário a repreender seu ato. Nesta toada, estabeleço a fração de 1/6, utilizado pela maciça jurisprudência desta Corte, fixando a pena final em 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, cumulado com 850(oitocentos e cinquenta) dias-multa, em regime inicial fechado.*

*Ressalto que entendo descabida, no caso em tela, a aplicação do §4º do art.33 da Lei Antidrogas, diante das circunstâncias da apreensão, a quantidade e nocividade da droga apreendida."*

### **Da primeira fase - exasperação da pena-base**

O Tribunal de Origem ao reformar a sentença a quo verificou a exasperação da pena-base do recorrente, considerando negativos os vetores de culpabilidade, motivos do crimes, quantidade e natureza da droga em fração menor para cada circunstância (6 meses para cada).

Nesse sentido, a Terceira Seção, ao julgar o REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha), entendeu, em harmonia com o firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que a natureza e quantidade da droga são fatores a serem considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena.



Com relação ao *quantum* do aumento da pena pela natureza e quantidade da droga na primeira fase, esta Corte já firmou o entendimento de que o mesmo não se estabelece a partir de critérios matemáticos.

Assim, a atividade de dosimetria da pena é discricionária do Magistrado no momento da sentença, não cabendo a esta corte Superior a revisão que não seja de flagrantes ilegalidades.

Nesse sentido:

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. QUANTUM DE INCREMENTO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. 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.**

2. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, conquanto o fato de o bem não ter sido recuperado, de per si, não justifique o incremento da pena-base, o trauma causado à vítima, que não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, justifica o incremento da básica pelas consequências do delito. Como ressaltado pelo Tribunal de origem, "os bens jurídicos tutelados (patrimônio e integridade física) foram atingidos acima dos padrões da normalidade, sobretudo pelo fato de se tratar de motorista de aplicativo, que assumem um papel de maior vulnerabilidade, sobretudo quando abordado por mais de uma pessoa, como ocorreu no presente caso".

3. Não há direito subjetivo do réu à aplicação do quantum de aumento de 1/6 sobre a pena mínima, na primeira fase da dosimetria da pena, para cada circunstância judicial valorada negativamente. **Afinal, embora tal fração corresponda a um dos parâmetros aceitos por este STJ, não é obrigatória sua aplicação, até porque a fixação da pena base não precisa seguir um critério matemático rígido.**

4. Agravo desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.468.491/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024 - grifos acrescidos)

A Corte de Origem, conforme até mesmo já transcrito nesta decisão, fundamentou a exasperação da pena-base considerando a natureza, a quantidade, o motivo do crime a culpabilidade e a natureza das drogas apreendidas na primeira fase da dosimetria.

Verifico, contudo, uma violação ao art. 59 do CP do Código Penal, nos quesitos da valoração pela culpabilidade e do motivos do crime, a justificativa utilizada mostra-se exasperado devendo ser retirados do cálculo da pena do recorrente na primeira fase da dosimetria.

### **Da segunda fase da dosimetria**

A partir dos excertos transcritos, observa-se que, quando da sentença, o MM. Juiz e o Tribunal Estadual apesar de terem reconhecido a confissão espontânea não aplicou a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, em cima da pena até ali estabelecida e sim utilizando a pena-base de 5 anos, ou seja, muito inferior.

Como bem apresentado no parecer ministerial *"a aplicação da fração de redução, em razão da atenuante da confissão espontânea para a pena-base de oito anos, foi de 1/16 (6 meses), muito inferior a 1/6 (16 meses), e não foi precedida de fundamentação concreta e suficiente."* (e-STJ fls. 427-428)

Nesse sentido:

**RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65 E 68, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. OFENSA AO ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 33, § 4.º, DO ART. 11.343/06. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.**

**1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.**

**2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.**

**3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudices dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.**

**4. Desde que favorável ao réu, é de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, quando evidenciado o preenchimento dos requisitos legais. É vedado ao Juiz, diante de conflito aparente de normas, apenas aplicar os aspectos benéficos de uma e de outra lei, utilizando-se a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/76 com a minorante prevista na nova Lei de Drogas, sob pena de transmutar-se em legislador ordinário, criando lei nova.**

**5. No caso, com os parâmetros lançados no acórdão recorrido, que aplicou a causa de diminuição no mínimo legal de 1/6 (um**



**sexto), a penalidade obtida com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao caput do mesmo artigo, não é mais benéfica à Recorrida.**

6. Recurso especial conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, i) afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal e ii) reconhecer a indevida cisão de normas e retirar da condenação a causa de diminuição de pena prevista art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que no caso é prejudicial à Recorrida, que resta condenada à pena de 03 anos de reclusão. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008.

(REsp n. 1.117.068/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe de 8/6/2012.) - grifos acrescidos.

Nessas circunstâncias, verifico a existência de constrangimento ilegal apto a ensejar o provimento do recurso, uma vez que as decisões impugnadas encontram-se em confronto com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

Dessa feita, aplico a atenuante da confissão espontânea em seu patamar máximo de 1/6.

#### **Da terceira fase - causa de diminuição de pena do §4º**

Com efeito, o reconhecimento do tráfico privilegiado tem por fundamento a necessidade de distinguir o traficante contumaz e profissional daquele ainda neófito na vida criminosa.

Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é necessário que o acusado preencha os seguintes requisitos legais: (i) ser primário; (ii) ter bons antecedentes; (iii) não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal, na ocasião do julgamento do EREsp n. 1.916.596/SP, firmou entendimento no sentido de que o histórico infracional do Réu pode ser considerado para afastar a minorante do tráfico privilegiado, por meio de fundamentação idônea. Eis a ementa do julgado:

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE RELEVANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. TERCEIRA FASE. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS ADICIONAIS. MODO DE EXECUÇÃO DO DELITO. VEÍCULO PREPARADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. 1. Não há desproporção no aumento da pena-base, haja vista a grande quantidade de drogas apreendidas, 50kg de cocaína, sendo motivação particularizada, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Ausente, portanto, notória ilegalidade a**

*justificar a concessão da ordem pleiteada.*

**2. Tendo a minorante do tráfico privilegiado sido afastada, considerando-se não somente a quantidade de drogas apreendidas, mas elementos concretos adicionais, evidenciados no modo de execução do delito, destacando o veículo especialmente preparado para transporte, sendo possível extrair a dedicação a atividades criminosas, não há manifesta ilegalidade.**

*3. A superveniente absolvição por associação não impede a possibilidade de afastamento da minorante do tráfico privilegiado, ainda mais considerando que a condenação ou não por associação em outro processo não foi dado levado em consideração pelas instâncias ordinárias, além da existência de outros fundamentos.*

*4. "A minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada com a justificativa de que o Agravante se dedicava a atividades criminosas, não apenas em razão da grande quantidade de drogas com ele apreendidas, mas especialmente em razão das circunstâncias do caso, no qual demonstrada estrutura organizacional na utilização de veículo previamente preparado para ocultar a droga em compartimento específico" (AgRg no HC n. 838.171/MS, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 18/3/2024.)*

*5. Para modificar o entendimento adotado nas instâncias de origem de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do habeas corpus.*

**6. Agravo regimental desprovido.**

*(AgRg nos EDcl no HC n. 873.613/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 20/5/2024, DJe de 22/5/2024.)*

**PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PARADIGMAS PROFERIDOS EM HABEAS CORPUS. INVIABILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

*1. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que não se admite como paradigma para comprovar eventual dissídio, acórdão proferido em habeas corpus, mandado de segurança, recurso ordinário em habeas corpus, recurso ordinário em mandado de segurança e conflito de competência. Precedentes.*

*2. De acordo com o § 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.*

*3. 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 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 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel.*

*Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julga do em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).*

**4. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa (tráfico de drogas) evidenciada sobretudo nas circunstâncias do cometimento do delito - o transporte de 4,1 kg de cocaína e 2,1 kg de pasta-base de cocaína, em veículo previamente preparado para ocultar a droga, tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual.**

*5. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ.*

*6. Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no AREsp n. 2.435.505/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024.)*

No caso ora em análise, o Tribunal de origem deixou bem registrado que o recorrente se dedica às atividades criminosas, devido a evidente operação para transportar 106,87kg de pasta-base de cocaína e conforme demonstrada pelas instâncias de origem, poderia render mais de R\$13.000.000,00 (treze milhões de reais), quantia essa que não seria confiada a um iniciante na atividade ilícita sem qualquer tipo de amparo da organização criminosa.

Extrai-se dos autos que o redutor relativo ao tráfico privilegiado foi negado diante a operação necessária para o transporte da elevada quantidade de entorpecente e seu valor no mercado, não havendo qualquer ilegalidade no fundamento utilizado a ser reparada.

### **Passo a redimensionar a pena**

Tem-se que a pena-base do crime de tráfico de drogas ficou estabelecida em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, pena-base majorada em virtude a natureza e a quantidade de droga, além do pagamento de 680 dias-multa.

Na segunda fase, mantenho a aplicação da agravante de 1/6 do acórdão (e-STJ fl. 294), ficando a pena estabelecida em 7 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e ao pagamento de 793 dias-multa, aplico também a atenuante da confissão espontânea em 1/6 reduzindo a pena para 6 anos 9 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 680 dias-multa.

Na terceira etapa, pelo acima exposto, não verificado as condições para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Não observando circunstâncias dignas de nota além daquelas já

consideradas na dosimetria da pena, estabeleço o regime semiaberto como inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §2º, b, do CP.

Diante do exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **conheço do recurso para dar parcial provimento ao recurso especial**, e estabelecer a reprimenda corporal em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão em regime semiaberto, além do pagamento de 680 dias-multa, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* (ou ao Juízo das Execuções) para que proceda à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, como entender de direito, nos termos da fundamentação acima exposta.

Publique-se, Intime-se.

Brasília, 27 de maio de 2024.

Ministra Daniela Teixeira  
Relatora