



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2078746 - MG (2023/0202936-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MATEUS QUEIROGA VIOTTI DE FREITAS
ADVOGADO : MURILLO EVANDRO DE ANDRADE - MG108337

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE PARA ELEVAR A PENA BÁSICA E NA TERCEIRA ETAPA PARA MODULAR A BENESSE. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO

1. No presente caso, em relação à dosimetria da pena, o Tribunal de origem manteve a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em grau mínimo, ressaltando a ausência de provas nos autos a sustentar a tese da acusação de que ora agravado estivesse se dedicando às atividades criminosas. Nesse contexto, para que fosse possível a análise da pretensão recursal de afastamento da benesse, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios constantes do processo, o que é defeso em recurso especial, em virtude do que preceitua a Súmula n. 7 desta Corte Superior.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Definiu-se, na ocasião, que "*[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*".

3. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-

base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).

4. No caso, não comprovado que o agente se dedica à atividade criminosa e que a quantidade de entorpecente apreendido foi utilizada na terceira fase da dosimetria para modular a minorante do tráfico privilegiado de drogas, o entendimento desta Corte Superior é o de que "*constitui indevido bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos - "expressiva quantidade de drogas" - na primeira etapa da dosimetria da pena, para elevar a pena-base, e na terceira, para negar ou mesmo modular a fração da minorante do tráfico privilegiado*" (EDcl no HC n. 648.275/SC, relator o Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO, Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe 20/8/2021).

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 14/05/2024 a 20/05/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 20 de maio de 2024.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2078746 - MG (2023/0202936-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MATEUS QUEIROGA VIOTTI DE FREITAS
ADVOGADO : MURILLO EVANDRO DE ANDRADE - MG108337

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE PARA ELEVAR A PENA BÁSICA E NA TERCEIRA ETAPA PARA MODULAR A BENESSE. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO

1. No presente caso, em relação à dosimetria da pena, o Tribunal de origem manteve a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em grau mínimo, ressaltando a ausência de provas nos autos a sustentar a tese da acusação de que ora agravado estivesse se dedicando às atividades criminosas. Nesse contexto, para que fosse possível a análise da pretensão recursal de afastamento da benesse, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios constantes do processo, o que é defeso em recurso especial, em virtude do que preceitua a Súmula n. 7 desta Corte Superior.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Definiu-se, na ocasião, que "*[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*".

3. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-

base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).

4. No caso, não comprovado que o agente se dedica à atividade criminosa e que a quantidade de entorpecente apreendido foi utilizada na terceira fase da dosimetria para modular a minorante do tráfico privilegiado de drogas, o entendimento desta Corte Superior é o de que "*constitui indevido bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos - "expressiva quantidade de drogas" - na primeira etapa da dosimetria da pena, para elevar a pena-base, e na terceira, para negar ou mesmo modular a fração da minorante do tráfico privilegiado*" (EDcl no HC n. 648.275/SC, relator o Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO, Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe 20/8/2021).

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra decisão de e-STJ fls. 955/958 que negou provimento ao recurso especial.

No recurso especial, o *Parquet* defende, em resumo, o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Alega que "*o decote da benesse em questão se justifica pela (i) quantidade e natureza da droga apreendida em seu poder (4kg de skunk - subproduto da maconha com alta concentração de THC), bem como sua forma de acondicionamento - em barras prensadas; (ii) depoimentos dos policiais em juízo, que indicam que o recorrido já era conhecido por seu envolvimento com o tráfico, sendo alvo frequente da equipe policial; (iii) denúncia anônima indicando o réu como responsável por uma transação de drogas; (iv) as circunstâncias da apreensão, já que Mateus foi preso em flagrante transação de entorpecentes; (v) réu possui condenação sem trânsito em julgado pela prática do mesmo delito*" (e-STJ fl. 899).

Contra a decisão que negou provimento ao recurso especial, o *Parquet* interpõe o presente agravo regimental. Em suas razões, alega que não pretende o reexame de provas. No mais, reitera as razões do apelo nobre, pleiteando seja decotada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como majorada a pena-base.

Assim, requer seja reconsiderada a decisão agravada ou seja o presente recurso levado para apreciação da Turma competente.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

O recurso não se credencia ao provimento, ante a inexistência de fundamento capaz de infirmar as bases da decisão agravada, que deve ser mantida em todos os seus termos.

Conforme asseverado na decisão ora agravada, em relação à dosimetria da pena, o Tribunal de origem manteve a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em grau mínimo, ressaltando a ausência de provas nos autos a sustentar a tese da acusação de que o ora agravado estivesse se dedicando às atividades criminosas.

Eis os fundamentos do acórdão (e-STJ fls. 844/849):

Sendo o réu primário e de bons antecedentes, conforme se verifica à CAC de f. 364/365, é de se concluir pelo preenchimento do terceiro requisito exigido no aludido parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, qual seja, o de não se dedicar à prática de atividades criminosas, sob a pena de se ferir os princípios constitucionais de presunção de inocência e do devido processo legal.

Acerca desse requisito, adotando-se uma interpretação sistemática e constitucional, o vocábulo "criminosas" apenas pode ser entendido como "crime", ou seja, conduta típica, ilícita e culpável apurada com o devido processo legal e alcançada pelo trânsito em julgado, uma vez que o art. 5º, LVII, da CR/88, é claro em garantir a todos que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Nessa linha de raciocínio, se o agente é primário e possui bons antecedentes, logo não há que se falar em dedicação a atividades criminosas.

[...]

Portanto, em razão disso - de ser primário de bons antecedentes -, bem como não havendo nos autos prova de que eie integrava organização criminosa, não se tem dúvida de que o acusado faz jus à referida minorante.

O Supremo Tribunal Federal, nessa mesma direção, entendeu .que "a habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção. Não havendo prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução de pena. Em outras palavras, militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, nesse caso, é do Ministério Público." (...)

[...]

Demais disso, vale destacar que a quantidade de droga apreendida, por si só, não impede o reconhecimento da referida minorante quando preenchidos os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, cabendo, por óbvio, a dosagem das frações redutoras contidas no respectivo parágrafo, em atenção às circunstâncias legais do art. 42 da Lei de Drogas.

[...]

De todo modo, verifico que o benefício foi negado na sentença ao fundamento de que o 1º apelante possui outro processo em andamento (f. 463). No entanto, o STF, em outro precedente, decidiu que não se pode concluir pela dedicação a atividades criminosas com base em processos ainda em tramitação [...] Por essas razões, indubitável que a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 deve ser aplicada em favor do 1º apelante, cabendo, quando da reanálise da dosimetria da pena, a escolha quanto à fração redutora.

Verifico, inicialmente, que o benefício foi negado na sentença ante a existência de processos em andamento.

Todavia, ações penais em curso não são suficientes para afastar a aplicação ou mesmo modular a minorante de tráfico de drogas.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE E CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. EXPRESSIVA QUANTIDADE. IDENTIDADE DE FUNDAMENTOS NAS DUAS ETAPAS DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.

1. Constitui indevido bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos - "expressiva quantidade de drogas" - na primeira etapa da dosimetria da pena, para elevar a pena-base, e na terceira, para negar ou mesmo modular a fração da minorante do tráfico privilegiado.

2. O Supremo Tribunal Federal, em recentes precedentes, consignou que, na ausência das demais situações impeditivas da causa de diminuição da pena, a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, na esteira do entendimento firmado sob a sistemática da repercussão geral, de que "ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais" (RE 591.054, Tema 129, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PLENO, DJe 26/02/2015).

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (EDcl no HC 648.275/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO, SEXTA TURMA, julgado em 17/8/2021, DJe 20/8/2021.)

Outrossim, nesse contexto, para que fosse possível a análise da pretensão recursal de afastamento da benesse, seria, de fato, imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, o que é defeso em recurso especial, em virtude do que preceitua a Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. COTEJO ANALÍTICO. NECESSIDADE. PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. Os julgados prolatados em habeas corpus não se prestam à configuração do dissídio jurisprudencial, nos moldes do art. 266 do RISTJ; devem, obrigatoriamente, ser oriundos de recurso especial. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

2. O conhecimento de recurso fundado na alínea "c" do art. 105, III, da Constituição Federal exige, também, que o recorrente realize o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, a suposta incompatibilidade de entendimento e a similitude fática entre as demandas, o que não ocorreu no caso, em que o recorrente apenas transcreveu as ementas dos paradigmas.

3. O aumento de 1 ano efetivado na primeira fase do cômputo da pena em decorrência, tão somente, da quantidade de drogas apreendidas - 4,210 kg de cocaína - não viola os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, a ensejar a intervenção desta Corte Superior de Justiça na discricionariedade vinculada das instâncias ordinárias para proceder a eventual majoração da reprimenda.

4. As instâncias ordinárias entenderam devidamente preenchidos todos os requisitos autorizadores da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, havendo salientado que, além de tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, não há elementos concretos nos autos que permitam a conclusão de que o recorrido se dedicasse a atividades delituosas ou de que integrasse organização criminosa. Modificar tal entendimento ensejaria o reexame de fatos e de provas, procedimento vedado pelo enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (REsp 1.296.807/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016.)

Por fim, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Definiu-se, na ocasião, que "[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".

Além disso, faz-se necessário asseverar que, posteriormente, o referido colegiado aperfeiçoou o entendimento anteriormente exarado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria.

Portanto, não comprovado que o agente se dedica à atividade criminosa e que a quantidade de entorpecente apreendido foi utilizado na terceira fase da dosimetria para modular a minorante do tráfico privilegiado de drogas, o entendimento desta Corte Superior é o de que *"constitui indevido bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos - 'expressiva quantidade de drogas' - na primeira etapa da dosimetria da pena, para elevar a pena-base, e na terceira, para negar ou mesmo modular a fração da minorante do tráfico privilegiado"* (EDcl no HC n. 648.275/SC, relator o Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO, Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe 20/8/2021).

Assim, como visto, a decisão agravada não enseja retratação ou reforma.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no REsp 2.078.746 / MG
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0202936-1

Número de Origem:

09662083120208130024 10024200966208003 9662083120208130024

Sessão Virtual de 14/05/2024 a 20/05/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MATEUS QUEIROGA VIOTTI DE FREITAS

ADVOGADO : MURILLO EVANDRO DE ANDRADE - MG108337

CORRÉU : HUGO LEONARDO DA SILVA RAMOS

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO : MATEUS QUEIROGA VIOTTI DE FREITAS

ADVOGADO : MURILLO EVANDRO DE ANDRADE - MG108337

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 14/05/2024 a 20/05/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 20 de maio de 2024