



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2402664 - RS (2023/0229924-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : L A B
ADVOGADOS : ROSELAINÉ LEAL VILA NOVA - RS116387
GABRIELA BRILHANTE ROSADO - RS119729
LIDIANE BARBOSA RODRIGUES - SP428879

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE AFASTADA PELA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA APLICADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. DEBATE ACERCA DO CONTEXTO EM QUE PRATICADO O CRIME. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em relação à minorante do tráfico privilegiado de drogas, acerca do tema, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza não 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. Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento/modulação do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

2. Na espécie, o procedimento adotado pela instância ordinária atendeu à orientação referendada, pois entendeu que a quantidade de entorpecente (aproximadamente 2kg – dois quilogramas – de maconha), no caso, não poderia ser usada para retirar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, especialmente considerando a primariedade do réu e o fato de que tal circunstância já havia incidido na primeira fase da dosimetria.

3. Outrossim, acerca da argumentação ministerial de que outros elementos, além da quantidade de droga, evidenciariam a dedicação do réu às atividades criminosas, conforme se apura do confronto entre as razões recursais e os acórdãos recorridos, o Tribunal de origem não examinou

especificamente a questão trazida no apelo extremo, apesar de terem sido opostos embargos de declaração, inexistindo o requisito do prequestionamento, motivo pelo qual não pode ser analisada, ante o que preceitua a Súmula n. 211/STJ. Persistindo a omissão, caberia ao *Parquet* ter alegado, nas razões do apelo especial, a ocorrência de violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, ônus do qual não se desincumbiu.

4. Ademais, a reversão da referida conclusão adotada pela Corte origem, contexto circunstancial analisado pelo Tribunal de origem, de modo a demonstrar a dedicação do ora recorrido ao crime e impedir a concessão da causa redutora legal pleiteada, demandaria o inevitável revolvimento fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do apelo nobre, a incidir o óbice da Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2024.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2402664 - RS (2023/0229924-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : L A B
ADVOGADOS : ROSELAINÉ LEAL VILA NOVA - RS116387
GABRIELA BRILHANTE ROSADO - RS119729
LIDIANE BARBOSA RODRIGUES - SP428879

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE AFASTADA PELA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA APLICADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. DEBATE ACERCA DO CONTEXTO EM QUE PRATICADO O CRIME. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em relação à minorante do tráfico privilegiado de drogas, acerca do tema, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza não 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. Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento/modulação do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

2. Na espécie, o procedimento adotado pela instância ordinária atendeu à orientação referendada, pois entendeu que a quantidade de entorpecente (aproximadamente 2kg – dois quilogramas – de maconha), no caso, não poderia ser usada para retirar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, especialmente considerando a primariedade do réu e o fato de que tal circunstância já havia incidido na primeira fase da dosimetria.

3. Outrossim, acerca da argumentação ministerial de que outros elementos, além da quantidade de droga, evidenciariam a dedicação do réu às atividades criminosas, conforme se apura do confronto entre as razões recursais e os acórdãos recorridos, o Tribunal de origem não examinou

especificamente a questão trazida no apelo extremo, apesar de terem sido opostos embargos de declaração, inexistindo o requisito do prequestionamento, motivo pelo qual não pode ser analisada, ante o que preceitua a Súmula n. 211/STJ. Persistindo a omissão, caberia ao *Parquet* ter alegado, nas razões do apelo especial, a ocorrência de violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, ônus do qual não se desincumbiu.

4. Ademais, a reversão da referida conclusão adotada pela Corte origem, contexto circunstancial analisado pelo Tribunal de origem, de modo a demonstrar a dedicação do ora recorrido ao crime e impedir a concessão da causa redutora legal pleiteada, demandaria o inevitável revolvimento fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do apelo nobre, a incidir o óbice da Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra decisão que conheceu do agravo e não conheceu do recurso especial, em virtude da aplicação das Súmulas n. 211/STJ e 7/STJ quanto ao pleito de afastamento da minorante do tráfico privilegiado de drogas (e-STJ fls. 550/553).

As razões recursais foram resumidas na seguinte ementa (e-STJ fl. 560):

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL MINISTERIAL. MINORANTE DO TRÁFICO. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DENOTAM DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO UNIPESSOAL QUE MERECE REPAROS. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DAS SÚMULAS 07 E 211 DO STJ. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR.

Requer, assim, "*o acolhimento do presente agravo interno para que, afastados os entraves vislumbrados, seja provido o recurso especial interposto pelo Parquet nos termos da fundamentação*" (e-STJ fl. 564).

É o relatório.

VOTO

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

O recurso não trouxe argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos, *in verbis* (e-STJ fls. 551/553):

Em relação à minorante do tráfico privilegiado de drogas, acerca do tema, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça 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. Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento/modulação do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

Recebeu o julgado esta ementa:

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, intollerável 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 1887511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 9/6/2021, DJe 1º/7/2021.)

Na espécie, o procedimento adotado pela instância ordinária atendeu à previsão do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, de modo que corretamente afastada a circunstância relativa à quantidade de entorpecente para retirar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que, no caso, considerando a primariedade do réu, foi adequadamente aplicada na fração máxima de redução (e-STJ fls. 399/400).

Outrossim, acerca da argumentação de que outros elementos, além da quantidade de droga, evidenciariam a dedicação do réu às atividades criminosas, conforme se apura do confronto entre as razões recursais e os acórdãos recorridos, o Tribunal de origem não examinou especificamente a questão trazida no apelo extremo, apesar de terem sido opostos embargos de declaração, inexistindo o requisito do prequestionamento, motivo pelo qual não pode ser analisada, ante o que preceitua a Súmula n. 211/STJ. Persistindo a omissão, cabia à defesa ter alegado, nas razões do apelo especial, a ocorrência de violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, ônus do qual não se desincumbiu.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME TRIBUTÁRIO. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 10 DO CPC, ANTE A FALTA DE OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A RESPOSTA À ACUSAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP NÃO VERIFICADA.

1. Não é possível reconhecer prequestionamento se, a despeito da oposição de embargos declaratórios, a causa não foi decidida à luz da legislação federal indicada, de seu conteúdo ou interpretação ao caso concreto. Incide na hipótese a Súmula n. 211 do STJ.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1387706/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020)

Ademais, a reversão da referida conclusão adotada pela Corte origem, contexto circunstancial analisado pelo Tribunal de origem, de modo a demonstrar a dedicação do ora recorrido ao crime e impedir a concessão da causa redutora legal pleiteada, demandaria o inevitável revolvimento fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do apelo nobre, a incidir o óbice da Súmula n. 7/STJ.

Esse o quadro, **conheço** do agravo e **não conheço** do recurso especial.

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

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2023/0229924-0

AgRg no
AREsp 2.402.664 /
RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00045311420198210064 0004531142019821006402593003520198217000
02593003520198217000 06421900024268 2593003520198217000
45311420198210064 4531142019821006402593003520198217000
50019520820198210064 6421900024268

EM MESA

JULGADO: 06/02/2024
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : L A B
ADVOGADOS : ROSELAINE LEAL VILA NOVA - RS116387
GABRIELA BRILHANTE ROSADO - RS119729
LIDIANE BARBOSA RODRIGUES - SP428879

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : L A B
ADVOGADOS : ROSELAINE LEAL VILA NOVA - RS116387
GABRIELA BRILHANTE ROSADO - RS119729
LIDIANE BARBOSA RODRIGUES - SP428879

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.