



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2435456 - MG (2023/0296806-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
AGRAVADO : **ESTER GONCALVES CALDEIRA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE AFASTADA PELA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA APLICADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO 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 a 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 não atendeu à orientação referendada, pois considerou a quantidade de entorpecente para elevar a pena básica e também para retirar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

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

Brasília, 21 de maio de 2024.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2435456 - MG (2023/0296806-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
AGRAVADO : **ESTER GONCALVES CALDEIRA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE AFASTADA PELA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA APLICADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO 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 a 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 não atendeu à orientação referendada, pois considerou a quantidade de entorpecente para elevar a pena básica e também para retirar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. 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 em que conheci do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Nas razões recursais, o *Parquet* alegou, novamente, que "*é possível a utilização da quantidade/natureza de drogas APENAS na terceira fase da dosimetria,*

especificamente para modulação da fração de redução prevista no §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, justamente porque sua consideração na primeira fase, como no caso em tela, levaria à redução drástica das penas, tornando-as diminutas e gerando, por evidente consequência, resposta estatal manifestamente insuficiente e desproporcional para crimes graves e envolvendo grandes quantidades de entorpecentes. Observa-se, ainda, que a proibição de valoração dupla do fator restará obedecida, na medida em que a quantidade/natureza das drogas será usada apenas em uma fase da dosimetria da pena" (e-STJ fls. 355/356).

Requer, assim "que a decisão monocrática seja reformada, a fim de se conferir o prosseguimento regular e provimento do recurso especial ministerial com a consequente valoração da quantidade e natureza das drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, especificamente para modulação da fração de redução prevista no §4º, na fração mínima (1/6), para se evitar penas diminutas, em resposta estatal manifestamente insuficiente para crimes graves e envolvendo grandes quantidades de entorpecentes" (e-STJ fl. 357).

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, no que interessa, *in verbis* (e-STJ fls. 339/341):

[...]

Em relação à minorante do tráfico privilegiado de drogas, assentou a Corte de origem o seguinte (e-STJ fl. 237):

Lado outro, na hipótese vertente, foi apreendida assombrosa quantidade de droga, de natureza variada e relevante potencialidade lesiva (29kg de maconha e 2kg de cocaína), mas a quantidade de droga serviu tanto para majorar a pena-base, quanto para justificar a menor fração de redução em virtude da aplicação da minorante do art. 33, §4º da Lei 11.343/06.

Em que pese já ter manifestado posicionamento diverso, tal hipótese, efetivamente, constitui bis in idem. O entendimento restou consolidado em nossos Tribunais Superiores, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal manifestado sobre o tema em regime de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 06/05/2014).

Assim, de rigor a redução da pena, na terceira fase da dosimetria, em 2/3, patamar máximo previsto na legislação especial, e torno definitiva a reprimenda em 02 anos de reclusão e 200 dias-multa.

Da leitura dos trechos precedentes, constata-se que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, foi afastada em decorrência do bis in idem.

Em primeiro lugar, destaco que a Terceira Seção desta Corte, 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.

A decisão do Tribunal de origem está em consonância com o entendimento desta Corte Superior, já que, nos termos dos precedentes citados, a quantidade do entorpecente apreendido não poderia, ter sido utilizada para afastar a benesse, mormente no caso, em que também considerada na primeira fase para elevação da pena básica.

Outrossim, o Tribunal de origem, em seu poder discricionário, optou por utilizar, de início, a quantidade de drogas na primeira etapa da dosimetria. Tal opção, por aplicar a quantidade de droga primeiramente na etapa inicial, foi mantida nesta Corte em respeito à discricionariedade do julgador, de modo que a alteração somente seria possível na terceira etapa, procedimento largamente realizado neste Superior Tribunal.

Outrossim, acerca da argumentação ministerial de que, não havendo obrigatoriedade de utilização da quantidade de droga em determinada fase da dosimetria, seria o caso de deslocamento da quantidade de droga da primeira para a terceira etapa, de modo que fosse modulada a minorante no mínimo legal de 1/6, não prospera o recurso.

Com efeito, esclareço novamente, que o Tribunal de origem, em seu poder discricionário, optou por utilizar, de início, a quantidade de drogas na primeira etapa da dosimetria e repeti-la na terceira fase. Tal opção, por aplicar a quantidade de droga primeiramente na etapa inicial, foi mantida no Superior Tribunal de Justiça em respeito à discricionariedade do julgador, de modo que a alteração somente seria possível na terceira etapa, procedimento largamente realizado neste Superior Tribunal.

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

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2023/0296806-7

AgRg no
AREsp 2.435.456 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024201455078 10024201455078001 10024201455078002 10024201455078003
10024201455078004 10024201455078005 14550788420208130024
24201455078

EM MESA

JULGADO: 21/05/2024

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ELTON GHERSEL

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : ESTER GONCALVES CALDEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 : ESTER GONCALVES CALDEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.