



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2509020 - MG (2023/0411133-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : WELLINGTON BONACINI DE CARVALHO JUNIOR
ADVOGADO : BRUNO DIAS CÂNDIDO - MG116775
AGRAVADO : YHAGO DE PADUA PIRES OLIVEIRA
ADVOGADOS : FELIPE MACHADO PRATES - MG140190
DEBORA SANTOS TAVARES - MG206503
MARIA ANTONIA CHAVES REIS REZENDE DUTRA - MG223467

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. QUANTIDADE E DENÚNCIAS ANÔNIMAS. FUNDAMENTOS CONSIDERADOS INIDÔNEOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA O AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO MINISTERIAL DE DECOTE DESSA MINORANTE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Ainda, acerca do tema, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, 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.

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 tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Riberio Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de

1º/6/2022).

4. No caso, a Corte de origem consignou a inexistência nos autos de provas que demonstrassem que os agravados se dedicassem às atividades criminosas ou integrassem organização criminosa. Assim, para o decote da referida minorante, no caso, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte.

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

Brasília, 25 de março de 2025.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2509020 - MG (2023/0411133-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : WELLINGTON BONACINI DE CARVALHO JUNIOR
ADVOGADO : BRUNO DIAS CÂNDIDO - MG116775
AGRAVADO : YHAGO DE PADUA PIRES OLIVEIRA
ADVOGADOS : FELIPE MACHADO PRATES - MG140190
DEBORA SANTOS TAVARES - MG206503
MARIA ANTONIA CHAVES REIS REZENDE DUTRA - MG223467

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. QUANTIDADE E DENÚNCIAS ANÔNIMAS. FUNDAMENTOS CONSIDERADOS INIDÔNEOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA O AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO MINISTERIAL DE DECOTE DESSA MINORANTE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DESCABIMENTO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Ainda, acerca do tema, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, 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.

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 tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Riberio Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de

1º/6/2022).

4. No caso, a Corte de origem consignou a inexistência nos autos de provas que demonstrassem que os agravados se dedicassem às atividades criminosas ou integrassem organização criminosa. Assim, para o decote da referida minorante, no caso, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte.

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 a decisão monocrática de minha lavra, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial (e-STJ fls. 1.720/1.728).

Consta dos autos que os agravados foram condenados, em primeiro grau, às penas de 17 (dezesete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 2.400 (dois mil e quatrocentos) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incursos nos arts. 33 e 35, c/c o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem deu parcial provimento aos recursos das defesas, para absolver os agravados das imputações contidas no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, com fulcro no art. 386, II e VII, do Código de Processo Penal, assim como para reduzir as penas-base e as reprimendas intermediárias impostas aos sentenciados; afastar a majorante prevista no art. 40, V, da Lei de Drogas em relação ao agravado Yhago; aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em favor de ambos os agravados; afastar a hediondez do delito; e abrandar o regime inicial de cumprimento das penas dos réus, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 1.416/1.417):

APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM – PRELIMINARES – OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO – AFASTAMENTO – QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA – REJEIÇÃO – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06 – NECESSIDADE – VÍNCULO PERMANENTE E ESTÁVEL NÃO COMPROVADO – PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS INCONTROVERSA – REDUÇÃO DA PENA- BASE – NECESSIDADE – DECOTE DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, V, DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE EM RELAÇÃO AO 1º APELANTE – NECESSIDADE QUANTO AO 2º APELANTE – MINORANTE PREVISTA NO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS – INCIDÊNCIA – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA – ABRANDAMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPERATIVIDADE – RESTITUIÇÃO DE BENS – INADMISSIBILIDADE. A partir de uma leitura

constitucionalmente adequada do artigo 385 do Código de Processo Penal, conclui-se ser possível que, nos crimes de ação penal pública, o magistrado profira sentença condenatória, ainda que o parquet tenha opinado pela absolvição do agente, desde que se desincumba de elevado ônus argumentativo, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o pedido do titular da ação penal. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as supostas irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Para a prolação de juízo condenatório nas sanções do artigo 35 da Lei nº 11.343/06, exige-se a demonstração plena do vínculo estável e permanente especificamente orientado à comercialização de drogas. A existência de meros indícios acerca da *societas sceleris* não é suficiente para sustentar a condenação criminal pelo crime de associação para o tráfico de drogas, devendo se invocar a prevalência da dúvida se as provas são frágeis e indiretas. A circunstância judicial relativa à culpabilidade somente autoriza a exasperação da pena-base quando as peculiaridades do caso demonstrarem maior grau de reprovabilidade da ação delitiva. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao tráfico de drogas, não podendo ensejar a valoração negativa dos motivos do crime. Não havendo circunstâncias ou consequências do crime que ultrapassem a reprovabilidade inerente ao tráfico de drogas, esses vetores não devem ser negativados. O afastamento do desvalor conferido a circunstâncias judiciais equivocadamente negativadas implica na redução da pena-base estabelecida na sentença singular, proporcionalmente ao número de vetores efetivamente desfavoráveis. Havendo comprovação, acima de qualquer dúvida razoável, de que o 1º apelante negociou o envio de entorpecente a destinatário localizado em unidade federativa diversa, resta configurada a interestadualidade do tráfico de drogas, impondo-se a manutenção da majorante prevista no inciso V do artigo 40 da Lei de Drogas. Por outro lado, o fato de a encomenda do 2º apelante – na condição de adquirente/destinatário do pacote – ter que passar por mais de um Estado para chegar ao seu destino final, não é suficiente para caracterizar a interestadualidade do tráfico, impondo-se o afastamento da majorante (precedentes do STJ). Se os sentenciados são primários e sem antecedentes criminais, inexistindo fundamentação idônea sobre eventual dedicação a atividades criminosas, deve ser reconhecida a causa especial de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 por esta instância revisora. Tratando-se de réus primários, condenados a penas privativas de liberdade inferiores a quatro anos e sendo as circunstâncias judiciais favoráveis, o regime prisional deve ser abrandado para o aberto, nos termos do artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do mesmo diploma legal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritivas de direitos. V. V. Evidenciada a dedicação dos réus às atividades criminosas, diante da quantidade/variedade de drogas apreendidas, das investigações preliminares, da denúncia anônima e ainda da forma como tratavam os entorpecentes (maconha gourmet e estufa), incabível a concessão da minorante do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. De acordo com o artigo 243, parágrafo único, da Constituição da República, impõe-se o confisco dos bens de valor econômicos que forem apreendidos em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade ou a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga (tema nº 647 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal). Diante da comprovação de que os bens são de propriedade do agente condenado pelo crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, e da inexistência de comprovação da sua origem lícita, resta inviável a restituição.

Foram opostos embargos de declaração pelo ora agravante (e-STJ fls. 1.483/1.494), os quais foram rejeitados (e-STJ fls. 1.518/1.535).

Interposto recurso especial, com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal, o órgão ministerial alegou violação ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Afirmou que, *"quanto à dedicação dos réus às atividades criminosas, mormente ao tráfico ilícito de drogas, verifica-se que o conjunto probatório contido nos autos e devidamente reconhecido no acórdão, é apto a demonstrar tal circunstância"* (e-STJ fl. 1.551). Requereu, assim, o afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e o restabelecimento da sentença de primeiro grau.

Inadmitido o recurso especial, houve a interposição do respectivo agravo.

Nesta Corte Superior, o agravo foi conhecido para não conhecer do recurso especial, em decorrência da incidência da Súmula n. 7/STJ (e-STJ fls. 1.720/1.728).

Daí a interposição deste agravo regimental, no qual o recorrente sustenta a seguinte tese (e-STJ fl. 1.734):

O recurso especial que busca a correta valoração das provas previamente delineadas na sentença e no acórdão recorrido, e devidamente suscitadas nos embargos de declaração ministeriais (opostos com fundamento no art. 1.025 do CPC), visando afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não configura reexame de provas nem atrai a incidência da Súmula 07/STJ, pois trata-se de reavaliação jurídica de fatos incontroversos.

Ao final, requer o provimento do agravo regimental para que o recurso especial seja conhecido e provido.

É o relatório.

VOTO

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

A despeito dos argumentos apresentados pelo agravante, o recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida.

No caso dos autos, em relação à minorante do tráfico privilegiado, a Corte de origem assentou que (e-STJ fls. 1.447/1.452 e 1.459/1.461):

Como é cediço, o legislador, ao editar a Lei de Drogas, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, que é aquele que não faz do tráfico ilícito o seu meio de vida, merecendo, assim, menor reprovabilidade e,

consequentemente, tratamento mais benéfico do que o atribuído ao criminoso habitual.

Nos termos do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, só é possível a aplicação da respectiva causa especial de diminuição da pena quando cumulativamente presentes os seguintes requisitos: que o agente seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

In casu, a Juíza singular negou a concessão do benefício nos seguintes termos:

“[...] Com base nas provas dos autos, não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, considerando, sobretudo a expressiva quantidade de drogas apreendidas (ID 7830273058) e o relatório circunstanciado de investigação (ID 9457696259), demonstram que o acusado se dedica à atividade criminosa, tendo esta como seu principal meio de vida e, conforme analisado acima, recebendo valores elevados na prática do crime. [...]” (ordem nº 323).

De início, registro-me filiar ao entendimento adotado tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a apreensão de grande quantidade de drogas, isoladamente considerada, não é capaz de obstar o reconhecimento da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Ora, isso porque a causa especial de diminuição da pena ora em comento constitui direito subjetivo do acusado, não sendo possível o seu afastamento com base em considerações subjetivas do julgador, sob pena de ofensa ao princípio da estrita legalidade e à separação de poderes (STJ, REsp nº 1.977.027/PR, Relatora: Ministra Laurita Vaz, 3ª Seção, julgado em: 10/08/2022).

Por outro lado, sobre a correta aplicação do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, especialmente quanto à análise do requisito de “não dedicação a atividades criminosas”, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do tema repetitivo nº 1139, no dia 10/08/2022, assentou as seguintes conclusões a serem obrigatoriamente observadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais.

2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso.

3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os

caracteriza.

4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena.

5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles.

6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante.

7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis.

8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto.

9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos.

10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender

que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice.

11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos.

12. Para os fins do art. 927, inciso III, c. c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c. c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017).

13. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) – sem grifos no original.

No caso em apreço, Wellington é primário e não possui antecedentes criminais (ordem nº 320). Além disso, a meu ver, não há comprovação da dedicação a atividades criminosas que ultrapasse a mera permanência inerente ao crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Ora, não se pode perder de vista que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento noticiado no informativo de jurisprudência de nº 965, milita em favor do acusado a presunção de que ele não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, incumbindo ao parquet o ônus de provar o contrário para afastar a incidência da benesse prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas (STF, HC 154694 AgR, Relator: Ministro Edson Fachin, Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 04/02/2020).

Consigno, ademais, que o Tribunal não pode alterar ou inovar os fundamentos empregados na sentença para valorar negativamente qualquer critério dosimétrico quando se tratar de recurso exclusivo da defesa, em atenção ao art. 617, in fine, do CPP, e ao princípio da non reformatio in pejus:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ROUBO. ALTERAÇÃO OU INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS PARA VALORAÇÃO NEGATIVA NA DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. DESCABIMENTO. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. ART. 617 DO CPP. NOVO ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não se admite que o Tribunal, em julgamento de recurso exclusivo da defesa, altere ou inove os fundamentos utilizados para valorar negativamente qualquer elemento na dosimetria da pena, pela vedação à reformatio in pejus. Entendimento firmado pela Terceira Seção no julgamento dos EDv nos ERESP 1.826.799/RS, de minha relatoria, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, julgado em 8/9/2021, DJe

8/10/2021.

2. Não havendo fundamentação idônea na sentença para se considerar desfavorável qualquer dos fatores que tenha impactado a dosimetria (seja na primeira, segunda ou terceira fases), a pena deverá ser reduzida proporcionalmente, sem a possibilidade de complementação de fundamentos ou deslocamento de vetores pelo Tribunal.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.976.892/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 28/4/2022.)”

Logo, tendo em vista que o 1º apelante é primário e não possui antecedentes criminais, e não havendo fundamentação idônea a indicar a dedicação do apelante a atividades criminosas, impõe-se o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas.

(...)

Nos termos do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, só é possível a aplicação da respectiva causa especial de diminuição da pena quando cumulativamente presentes os seguintes requisitos: que o agente seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

In casu, a Juíza singular negou a concessão do benefício nos seguintes termos:

“[...] Quanto à aplicação do tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, com base nas provas dos autos não é possível a aplicação da causa de diminuição, considerando, sobretudo a expressiva quantidade de drogas apreendidas e a plantação de maconha (ID 7830273058) e o relatório circunstanciado de investigação (ID 9457696259), demonstram que o acusado se dedica à atividade criminosa e faz disso sua fonte de renda. Ademais, a grande quantidade de droga, inclusive plantação de maconha, atenta com maior gravidade e intensidade contra o bem jurídico tutelado, inegável é a relevância do seu potencial lesivo a sociedade, sendo o quanto basta para impedir a sua aplicação.. [...]” (ordem nº 323).

(...)

No caso em apreço, Yhago é primário e não possui antecedentes criminais (ordem nº 321). Além disso, a meu ver, não há comprovação da dedicação a atividades criminosas que ultrapasse a mera permanência inerente ao crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

(...)

Logo, tendo em vista que o 2º apelante é primário e não possui antecedentes criminais, e não havendo fundamentação idônea a indicar a dedicação do apelante a atividades criminosas, impõe-se o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Ressalto que, na esteira da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão nesta instância extraordinária apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de reexame do acervo fático-probatório dos autos.

Acerca do tema, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção desta Casa 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.)

A partir dos trechos acima transcritos, verifica-se que o Tribunal de origem, soberano na análise de questões fático-probatórias dos autos, reconheceu a inexistência de elementos de provas suficientes a indicar a dedicação dos agravados à atividades criminosas, razão pela qual aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Desse modo, tenho que a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal *a quo* é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ e Súmula 279/STF).

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. DÚVIDA SOBRE A AUTORIA. ALTERAÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. O Tribunal de origem, após minuciosa análise do acervo fático-probatório carreado aos autos, produzido sob o crivo do contraditório, pela inexistência de suficientes elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do ora agravado. Vale dizer, a Corte de origem teve dúvida - devidamente fundamentada pela desarmonia da palavra das vítimas com os depoimentos prestados pelas outras testemunhas - acerca da efetiva autoria do delito.

2. A desconstituição da conclusão alcançada pelo TJMG, afirmar que houve, sim, a prática dos atos libidinosos indicados entre as vítima e o recorrido, implicaria o reexame das provas acostadas aos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7 desta Corte.

3. Agravos regimentais não providos. (AgRg no AREsp 703.821/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 3/2/2017.)

Como se vê, o agravante limitou-se a repisar os termos de sua peça recursal, razão pela qual concluo que inexistem elementos suficientes para infirmar a decisão impugnada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, no ponto, nenhuma censura merece o decisório agravado, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante de todo o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2023/0411133-0

AgRg no
AREsp 2.509.020 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00247648020218130647 10000222229718004 247648020218130647

EM MESA

JULGADO: 20/03/2025

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO DE SOUZA QUEIROZ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : WELLINGTON BONACINI DE CARVALHO JUNIOR
ADVOGADO : BRUNO DIAS CÂNDIDO - MG116775
AGRAVADO : YHAGO DE PADUA PIRES OLIVEIRA
ADVOGADO : FELIPE MACHADO PRATES - MG140190
ADVOGADA : DEBORA SANTOS TAVARES - MG206503
ADVOGADA : MARIA ANTONIA CHAVES REIS REZENDE DUTRA - MG223467

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 : WELLINGTON BONACINI DE CARVALHO JUNIOR
ADVOGADO : BRUNO DIAS CÂNDIDO - MG116775
AGRAVADO : YHAGO DE PADUA PIRES OLIVEIRA
ADVOGADO : FELIPE MACHADO PRATES - MG140190
ADVOGADA : DEBORA SANTOS TAVARES - MG206503
ADVOGADA : MARIA ANTONIA CHAVES REIS REZENDE DUTRA - MG223467

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

C54221248594416119231@ 2023/0411133-0 - AREsp 2509020 Petição : 2025/0014775-2 (AgRg)