



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.455 - SC (2017/0093796-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : RODRIGO CARLOS CAPORAL (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM FUNDADA NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS, FORMA DE ACONDICIONAMENTO, ALÉM DE OUTRAS INFORMAÇÕES, EM CONJUNTO COM A EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO, IGUALMENTE PELA PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTO IDÔNEO. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É admissível conclusão no sentido de que o réu se dedica às atividades criminosas tendo por base inquéritos policiais e/ou ações penais em curso, de modo a afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.431.091/SP.

2. Na hipótese dos autos, o afastamento do benefício pelas instâncias ordinárias se deu não apenas em face de um processo em curso, mas também em virtude da quantidade de droga apreendida, forma de acondicionamento e de informações de agentes públicos, segundo as quais o paciente *era considerado distribuidor das drogas*, elementos indicativos de dedicação ao tráfico, sendo imprópria a via estreita do *writ* à revisão do entendimento.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2017 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.455 - SC (2017/0093796-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : RODRIGO CARLOS CAPORAL (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por RODRIGO CARLOS CAPORAL em face de decisão que denegou a ordem no presente *habeas corpus*.

Afirma o agravante que a *causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, exige que o réu seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa*, sendo certo que, presentes os requisitos, o magistrado deve *conceder o benefício e fundamentadamente aplicar o quantum de redução* (fl. 406).

Contudo, segundo o sustentado nas razões recursais, a decisão agravada *supõe que, pela quantidade da droga apreendida e pelo fato de o agravante possuir ação penal em curso, resta comprovada a sua habitualidade delitiva e, portanto, sua dedicação à atividade criminosa*.

Tal conclusão seria *desprovida de fundamentação razoável* (fl. 406), tendo em vista não haver *nos autos elementos idôneos que comprovem que o agravante faz do crime um meio de vida* (fl. 407).

Por fim, aduz que a quantidade do entorpecente apreendido, *por si só, não constitui elemento suficiente para se aferir que o agravante se dedique ao comércio de drogas ou se dedique à atividade criminosa*.

Requer, assim, seja reconsiderada a decisão agravada, ou submetido o recurso a julgamento pela Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.455 - SC (2017/0093796-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de RODRIGO CARLOS CAPOVAL, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a Corte de origem negou provimento.

No presente writ, busca-se, em síntese, o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, alegando-se que o paciente preenche todos os requisitos necessários à concessão da benesse.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

A causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi afastada pela Corte de origem com base nos seguintes fundamentos (fls. 271/273):

Na derradeira etapa, a defesa postulou o reconhecimento do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao argumento de que o réu é primário, além de não haver provas da dedicação a atividades criminosas, tese acatada pela douta Procuradoria de Justiça.

*Neste tema, ousa-se discordar do Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho. É que **além de ser vultosa a quantidade de droga apreendida (319 pedras de crack), o apelante responde à ação penal n. 0007104-47.2015.8.24.0075, pela prática, em tese, do crime de tráfico de entorpecentes, porquanto flagrado tendo consigo 197 pedras de crack** (informação extraída de consulta processual no SAJ – Sistema de Automação Judiciária).*

Esses elementos são idôneos e bastantes para corroborar que Rodrigo não se trata de traficante eventual, isto é, faz do crime um meio de vida.

Sobre o tema, cita-se precedente do STF:

"Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a conduta social do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas" (RHC n. 94.806, Min. Cármen Lúcia, j. 16.04.2010).

Ainda, da recente jurisprudência do STJ:

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito" (EREsp n. 1.431.091, Min. Felix Fischer, j. 14.12.2016).

Urge ressaltar, finalmente, que o impedimento para incidência do redutor foi a dedicação de Rodrigo ao tráfico de drogas, o que, no caso, decorre não apenas da quantidade da droga, como também das demais informações contidas nos autos. Ou seja, o referido vetor foi apenas parte do conjunto de elementos que indicaram a habitualidade delituosa do apelante, por isso não há bis in idem na sua consideração nesta e na derradeira etapas. Nesse sentido:

[...]

Por isso, inviável a incidência da causa especial de diminuição.

Consta dos autos que foram apreendidas na residência do ora paciente 319 porções de crack, totalizando 31 gramas da referida droga (fl.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

260).

De início, cumpre esclarecer que é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, quando, em conjunto com outros elementos dos autos, evidenciarem a dedicação à atividade criminosa. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de drogas, **a depender das peculiaridades do caso concreto**, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

2. Não obstante a acusada seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto - notadamente, a natureza, a diversidade e a elevada quantidade de drogas apreendidas (2.146,0 g de cocaína e de 1.590,0 g de crack) - levam a crer que a recorrida se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico, porquanto evidente que não se trata de traficante ocasional.

3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 18/08/2015), com destaques.

É o que ocorre na espécie, em que apreendida considerável quantidade de entorpecente, consubstanciada em 319 porções de crack, totalizando 31 gramas da droga, concluindo o Tribunal de origem, por essa razão – aliada às demais informações contidas nos autos, em especial o fato de ora paciente está respondendo a outra ação penal pela suposta prática também do crime de tráfico de drogas, uma vez teria sido flagrado na posse 197 pedras de crack –, restar evidenciado que o tráfico de drogas era praticado com habitualidade, razão pela qual vedada a aplicação da minorante, sendo imprópria a via do habeas corpus à revisão do entendimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha, cito, ainda, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE. MATÉRIA PACÍFICA.

1. É inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, pois é vedado à parte inovar quando da interposição de agravo regimental ou de embargos de declaração.

2. **Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a existência de processos em curso, conquanto não possa ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes (Súmula 444/STJ), permite a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas, constituindo fundamento idôneo para afastar a minorante do tráfico privilegiado.**

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1664259/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 386.940/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

Ante o exposto, denego a ordem.

O agravante não apresentou qualquer elemento capaz de alterar a conclusão do julgado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, devendo ser mantido por seus fundamentos.

A propósito, cumpre destacar a orientação firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.431.091/SP, segundo a qual é admissível conclusão no sentido de que o réu se dedica às atividades criminosas tendo por base inquéritos policiais e/ou ações penais em curso, de modo a afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O referido julgado recebeu a seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIAS. POSSIBILIDADE.

PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes;

iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

(EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

Ressalte-se, por fim, que o afastamento do benefício pelas instâncias ordinárias se deu não apenas em face de um processo em curso, mas também em virtude da quantidade de droga apreendida, forma de acondicionamento e de informações de agentes públicos, segundo as quais o paciente *era considerado distribuidor das drogas* (fl. 196), elementos indicativos de dedicação ao tráfico.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0093796-6

AgRg no
HC 397.455 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00047987120168240075 47987120168240075

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : RODRIGO CARLOS CAPORAL (PRESO)

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 : RODRIGO CARLOS CAPORAL (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.