



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.758.144 - RS (2018/0201322-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : ISMAEL PEREIRA FARIAS
ADVOGADO : MARINEUZA LAUTHART - RS096061
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR. CARACTERIZAÇÃO DO ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES ILÍCITAS. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA.

1. Por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.431.091/SP, a Terceira Seção concluiu que o magistrado sentenciante pode se valer de todos os dados existentes no momento da prolação do édito condenatório para avaliar a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Assim, a orientação desta Casa permite a consideração de condenações por fatos posteriores como elemento suficiente a obstar a aplicação do benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto demonstra a prática reiterada de condutas nocivas, bem como a incursão do acusado em atividades criminosas.

3. Agravo regimental desprovido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.758.144 - RS (2018/0201322-2)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : ISMAEL PEREIRA FARIAS
ADVOGADO : MARINEUZA LAUTHART - RS096061
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por ISMAEL PEREIRA FARIAS contra a decisão de e-STJ fls. 260/268, que negou provimento ao recurso especial.

Conforme o contido nos autos, o privilégio do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi negado ao ora recorrente pela existência de condenação criminal por fato posterior ao crime em comento.

O colegiado local, em revisão criminal, negou a incidência da causa especial de redução de pena diante destas justificativas (e-STJ fls. 135/138):

A questão trazida na revisional foi analisada com muita propriedade no parecer da douta Procuradora de Justiça Maria Ignez Franco Santos, o qual, por estar em perfeito alinhamento ao meu entendimento, estou abaixo transcrevendo e adotando como razões de decidir. Verbis:

No Processo n.º 035/2.10.0002885-2, ISMAEL PEREIRA FARIAS, condenado pelo crime de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada, teve negado o direito à minorante do tráfico privilegiado (§ 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06).

Na sentença, o benefício foi rejeitado com base na seguinte fundamentação (fl. 86): "(...) deixo de reconhecer a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, com relação ao acusado Ismael, tendo em vista que ostenta maus antecedentes (035/2.11.0001980-4), conforme certidão de fls. 326".

Na mesma linha, o acórdão proferido na Apelação Criminal n.º 70071763973: "o réu tem maus antecedentes (processo 2110001980-4), sentença transitada em julgado em data posterior, 21/05/2012, por fato anterior), o que impede o reconhecimento da minorante" (fl.111).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com razão o requerente ao argumentar que o crime versado no Processo n.º 035/2.11.0001980-4 foi praticado posteriormente ao crime de tráfico de drogas (15/06/2010), em 02/04/2011 (fl. 16-v.), informação confirmada no site do TJRS.

Assim, não é possível concluir que o réu registre maus antecedentes por fato posterior ao narrado na denúncia, ainda que, na ausência da integralidade dos autos, não há informações acerca de outros eventuais registros em desfavor do condenado.

Em que pese a petição da revisão criminal faça referência a outras cinco condenações (fl. 18), certamente se trata de erro material, pois as informações não conferem com o processo ora analisado, dizem com o réu Kelvin Cléber Soares Ribeiro, estranho ao caso concreto, conforme pesquisa no site do TJ/RS.

De qualquer maneira, certo é que, em se tratando de registro de condenação criminal, por fato posterior, transitada em julgado, resulta demonstrado no processo a dedicação do réu a atividades criminosas, conferindo óbice ao reconhecimento da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, diante da cumulação dos requisitos legais.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

3. No caso, preenchidos os pressupostos para aplicação da benesse, necessário o redimensionamento da pena nos termos do supracitado artigo. Contudo, em razão da quantidade, diversidade e natureza das drogas, não deve ser aplicada a redutora no patamar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máximo. Precedentes.

4. Ainda que a pena tenha sido arbitrada em patamar inferior a 4 anos, tendo em vista que causa especial de diminuição não foi aplicada na fração máxima (em razão da quantidade, diversidade e natureza das drogas), o regime semiaberto é o mais adequado ao caso, bem como não é recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para redimensionar a pena do paciente". (HC 413.558/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça admite a utilização de ações penais em andamento como fundamento idôneo ao afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Decorrencia lógica é a aptidão da condenação proferida no Processo n.º 035/2.11.0001980-4 (por fato criminoso posterior), com trânsito em julgado em 05/05/2015, para negar o reconhecimento da minorante.

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ANÁLISE NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, QUANTIDADE DROGA, CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE JURIDICAMENTE VINCULADA. CASO CONCRETO E MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 AFASTADA COM BASE EM AÇÕES PENAS EM CURSO. CABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO JULGADO POSTERIOR AO DELITO EM ANÁLISE. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Tendo a dosimetria operado-se dentro do critério da discricionabilidade juridicamente vinculada, considerando o caso concreto e a maior reprovabilidade da conduta praticada pelos pacientes, não se revela, de plano, flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício. A reavaliação das circunstâncias judiciais do caso por este Superior Tribunal redundaria em revolvimento do acervo fático-probatório, inviável nesta instância extraordinária e na via estreita do writ.

IV - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas, nos termos do v. acórdão assim ementado.

V - Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado. Habeas corpus não conhecido". (HC 409.218/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 10/04/2018).

Consequentemente, afastada a hipótese de redução da pena do crime de tráfico de drogas, permanece inalterado o regime de cumprimento de pena. Incabível, ademais, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devido ao somatório das penas ultrapassar 4 anos. (Grifei).

Renitente, a defesa interpôs recurso especial, apontando violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que "*os maus antecedentes só podem ser considerados como tais por condenação transitada em julgado por crime anterior; o que não é o que temos nos autos do processo original e aqui combatido*" (e-STJ fl. 166).

Requeru, assim, a aplicação do redutor com o consequente redimensionamento da pena e a fixação de regime mais brando.

Esta relatoria manteve a negativa do privilégio ao entendimento de que, diferente da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, a causa especial de redução de pena em desfile não impõe gravame à situação penal do sentenciado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo, por esse motivo, ser interpretada de modo restritivo e teleológico, observando-se, inclusive, os pilares apresentados na exposição de motivos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Por isso, parece-me inviável a incidência do benefício legal, porquanto a condenação criminal, ainda que por fato posterior, é suficiente para demonstrar a dedicação do agente a atividades criminosas.

Nas razões do agravo regimental, a defesa insiste na tese de impossibilidade de condenação penal por fato posterior servir de óbice ao reconhecimento da minorante.

Pleiteia, assim, o provimento do presente recurso para fazer incidir o privilégio do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.758.144 - RS (2018/0201322-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

O recurso não logra.

Como referido, diferente da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, a causa especial de redução de pena em desfile não impõe gravame à situação penal do sentenciado, devendo, por esse motivo, ser interpretada de modo restritivo e teleológico, observando-se, inclusive, os pilares apresentados na exposição de motivos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo assim, ainda que ausente o trânsito em julgado dos processos anteriores do recorrente, parece-me inviável a incidência do benefício legal, porquanto a condenação criminal, ainda que por fato delitivo posterior, constitui elemento concreto e, portanto, suficiente para o fim de demonstrar a dedicação do agente a atividades criminosas.

Tanto é assim, que, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.431.091/SP, a Terceira Seção concluiu que o magistrado sentenciante pode se valer de todos os dados existentes no momento da prolação do édito condenatório para avaliar a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Noutro falar, o órgão judicante formará sua convicção por meio da apreciação da forma de vida do acusado, examinando se o seu sustento é proveniente de atividade ilícita ou se o delito de tráfico de entorpecentes evidencia-se como evento isolado e único em sua vida.

Diante desse cenário, a orientação desta Casa **permite a consideração de condenações por fatos posteriores como elemento suficiente a obstar a aplicação do benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**, porquanto demonstra a prática reiterada de condutas nocivas, bem como a incursão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado em atividades criminosas. Em outras palavras, **se, entre o momento da prática do crime de tráfico de entorpecentes e o correspondente édito condenatório, o réu comete outro crime, indicando a dedicação a atividades criminosas, é possível ao sentenciante, com fundamento nesse fato posterior, afastar a causa especial de diminuição de pena em análise.**

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE NOVAS CONDENAÇÕES POR FATOS POSTERIORES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Se no interregno entre a prática de um delito de tráfico e a correspondente sentença condenatória o acusado vem a cometer outro delito da mesma ou de natureza diversa, indicando a "dedicação às atividades criminosas", poderá o julgador afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, instituto reservado para aqueles em que o tráfico se afigura como um evento isolado em suas vidas.

2. In casu, no momento da prolação da sentença condenatória, o magistrado a quo ressaltou que o réu já cumpria pena por tráfico e exploração de jogos de azar, delitos os quais, embora se refiram a fatos posteriores aos ora versados, servem para o fim de negar o reconhecimento do privilégio.

3. Para fixar o regime inicial fechado, amparou-se o juiz na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao entendimento dos Tribunais Superiores. Lado outro, o Sodalício estadual destacou a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, a qual, contudo, não se mostra de todo expressiva - 4,2g de cocaína - a ponto de justificar a imposição do regime inicial mais gravoso. 4.

Diante da fixação da pena-base no mínimo legal, do quantum de pena estipulado (5 anos de reclusão), e da ausência de elementos concretos a justificar o regime mais gravoso, é possível estabelecer o equipamento intermediário para início do desconto da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto para início do desconto da pena.

(HC 408.674/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2017, grifei.)

Em suma, se ações penais em curso ou inquéritos policiais em andamento são considerados, pela sedimentada jurisprudência desta Corte, óbices idôneos ao reconhecimento da minorante, por indicarem indícios concretos do envolvimento do agente com atividades criminosas, que dirá a condenação definitiva por roubo majorado pelo uso de arma de fogo com restrição de liberdade, ainda que ocorrido em momento posterior ao fato tratado nestes autos.

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

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0201322-2 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.758.144 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00288522120108210035 00883433520188217000 01472145820188217000
01866408220158217000 03521000028852 03785068220158217000
03865912320168217000 1472145820188217000 16593465 1866408220158217000
21000028852 288522120108210035 3521000028852 3785068220158217000
3865912320168217000 70065012627 70066931288 70071763973 70077231314
70077820025 883433520188217000

EM MESA

JULGADO: 23/10/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ISMAEL PEREIRA FARIAS
ADVOGADO : MARINEUZA LAUTHART - RS096061
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
CORRÉU : MARCELO SOARES DA SILVA

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 : ISMAEL PEREIRA FARIAS
ADVOGADO : MARINEUZA LAUTHART - RS096061
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.