



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2409420 - SP (2023/0248591-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : CAIO HENRIQUE CUNHA URSULINO
ADVOGADO : LUCAS VASCONCELOS DE LIMA - SP429928
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. PENA NÃO SUPERIOR A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do réu à atividade criminosa – tráfico de drogas –, evidenciado sobretudo pela própria confissão do recorrente, no sentido de que recebera autorização dentro da cadeia de hierarquia criminosa, para comercializar entorpecentes no local, em turnos de trabalho, como forma de pagamento de uma dívida com traficante. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da mencionada Súmula 7 do STJ.

3. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar o regime prisional.

4. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário o agravante e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

5. Agrado regimental não provido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os

Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, contudo conceder habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2409420 - SP (2023/0248591-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : CAIO HENRIQUE CUNHA URSULINO
ADVOGADO : LUCAS VASCONCELOS DE LIMA - SP429928
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. PENA NÃO SUPERIOR A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

2. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do réu à atividade criminosa – tráfico de drogas –, evidenciado sobretudo pela própria confissão do recorrente, no sentido de que recebera autorização dentro da cadeia de hierarquia criminosa, para comercializar entorpecentes no local, em turnos de trabalho, como forma de pagamento de uma dívida com traficante. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da mencionada Súmula 7 do STJ.

3. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício para readequar o regime prisional.

4. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário o agravante e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

5. Agrado regimental não provido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

RELATÓRIO

Trata-se de agrado regimental interposto por **CAIO HENRIQUE CUNHA**

URSULINO, contra a decisão de fls. 194-196 (e-STJ), que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

O agravante alega, em suma, "no que tange ao pedido de violação do art. 33, §4º e divergência jurisprudencial sob o argumento de que a matéria não foi analisada pelo tribunal a quo, o que faria incidir o óbice da Súmula 282 do STF. No entanto, compulsando os autos, é possível verificar que no acórdão recorrido o tribunal enfrentou sim a questão, aludindo, inclusive, por fundamentação per relationem à dosimetria da pena do agravante (...)."

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do presente recurso ao órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

Ante os argumentos trazidos pelo agravante, afasto a incidência da Súmula 282/STF e passo à análise de eventual violação do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006.

De início, ressalto que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, **o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria**.

Como é sabido, os requisitos legais para o deferimento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do réu à atividade criminosa – tráfico de drogas –, evidenciado sobretudo pela própria confissão do recorrente, no sentido de que recebera autorização dentro da cadeia de hierarquia criminosa, para comercializar entorpecentes no local, em turnos de trabalho, como forma de pagamento de uma dívida com traficante (e-STJ, fl. 101):

"Não reconheço tratar-se de crime privilegiado. Nesse aspecto, o réu admitiu ter contato a terceiros, por meio de ligações telefônicas, para o ajuste de valores que receberia por turnos de trabalho, descontando-se uma dívida da qual dispunha junto a um traficante. Admitiu que se fizesse necessária a admissão por quem ali exerça o domínio para que possa exercer a traficância, afirmando mudanças sobre a hierarquia criminosa local.

Portanto, não se está diante de um traficante casual, mas, sim, personalidade disposta e conhecedora dos meandros da traficância, para além da casualidade criminosa."

Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da mencionada Súmula 7 do STJ.

Sobre o tema:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APTAS A AMPARAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PRECEDENTES. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza das drogas são circunstâncias preponderantes na fixação

da pena-base no crime de tráfico de drogas, como prevê expressamente o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso concreto, a expressiva quantidade apreendida de maconha é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta, mesmo em regiões fronteiriças onde a apreensão de drogas é frequente, assim, não se verifica ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da pena-base.

2. O Tribunal de origem entendeu pela dedicação da Agravante às atividades criminosas, em razão da quantidade da droga apreendida e do modus operandi empregado. Para rever tal conclusão, com o intuito de reconhecer o tráfico privilegiado, seria necessário o reexame de fatos e provas, descabido em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1735161/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 03/05/2021).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA 231 DO STJ. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora o recorrente possuísse menos de 21 anos na data dos fatos e não obstante haja confessado a prática do delito, não há como a sua reprimenda ser reduzida na segunda fase da dosimetria, em razão de a sua pena-base já haver sido estabelecida no mínimo legal. Inteligência da Súmula n. 231 do STJ.

2. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

3. No caso, as instâncias ordinárias, dentro do seu livre convencimento motivado, consideraram, com base nos elementos concretos constantes dos autos, que as circunstâncias em que perpetrado o delito de tráfico interestadual de drogas não se compatibilizariam com a posição de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, no seio dos objetivos de uma organização criminosa, o que afasta a apontada violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o recorrente não se dedicaria a atividades delituosas ou de que não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada em recurso especial, a teor do que estabelecido na Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1895013/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 21/10/2020).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. COCAÍNA E MACONHA. DEZENAS DE PORÇÕES. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO.

DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Se o Tribunal a quo, com base na análise dos elementos fático-probatórios dos autos, entendeu configurada a autoria e a materialidade delitivas, afastar tal entendimento implicaria o reexame de provas, a incidir o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

2. Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante. Ademais, entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. Mantida a pena definitiva em 5 anos de reclusão, 'o regime fechado (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante' (HC 361.407/SP, desta relatoria, QUINTA TURMA, DJe de 2/9/2016).

4. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1666943/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 29/06/2020).

Por outro lado, verifico flagrante ilegalidade no regime inicial de cumprimento de pena, a autorizar a concessão de *habeas corpus* de ofício.

In casu, estabelecida a pena em 5 anos de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais e primário o recorrente, o regime semiaberto é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N.º 11.343/06. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. COMPROVAÇÃO DE MERCANCIA NO REFERIDO LOCAL. DESNECESSIDADE. PROXIMIDADE. SUFICIÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...] 4. A Corte de origem não logrou motivar de maneira idônea a imposição do regime inicial fechado, porquanto não declinou motivação suficiente para o regime inicial mais gravoso. Ora, fixada a pena-base no mínimo legal, sendo a reprimenda final 5 anos e 10 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

5. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente."

(HC 401.235/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 13/10/2017).

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

Todavia, concedo *habeas corpus*, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade para o ora agravante.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0248591-4 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 2.409.420 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00098728420178260635 0009872842017826063521662017 20230000054706
21662017 22263634020228260000 98728420178260635
9872842017826063521662017

EM MESA

JULGADO: 06/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CAIO HENRIQUE CUNHA URSULINO
ADVOGADO : LUCAS VASCONCELOS DE LIMA - SP429928
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : CAIO HENRIQUE CUNHA URSULINO
ADVOGADO : LUCAS VASCONCELOS DE LIMA - SP429928
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, contudo concedeu habeas corpus, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.