



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 850646 - SP (2023/0311739-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **CARLOS URBANO VIEIRA DO CARMO (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - DEFENSOR PÚBLICO**
CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO - RJ162569
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º DA LEI 11.34/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES SEM TRÂNSITO EM JULGADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. TEMAS REPETITIVOS 1.139 E 1.154. RECURSO NÃO PROVIDO.

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. *In casu*, observa-se que o Tribunal de origem considerou a quantidade, a variedade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, bem como condenações ainda não transitadas em julgado para afastar o redutor do tráfico privilegiado.

3. O elemento concreto trazido para sustentar o afastamento do tráfico privilegiado, condenações anteriores não transitadas em julgado, fere a jurisprudência já consolidada deste Egrégio Tribunal e do Supremo Tribunal Federal de que inquéritos e processos em curso não podem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Inclusive, apoiado nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no Tema Repetitivo 1.139, que é inadmissível a utilização de ação penal em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

4. A Terceira Seção do STJ firmou, no Tema Repetitivo 1.154, a tese de que, isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de

21/11/2023 a 27/11/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Não participou do julgamento o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 27 de novembro de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 850646 - SP (2023/0311739-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **CARLOS URBANO VIEIRA DO CARMO (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - DEFENSOR PÚBLICO**
CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO - RJ162569
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º DA LEI 11.34/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES SEM TRÂNSITO EM JULGADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. TEMAS REPETITIVOS 1.139 E 1.154. RECURSO NÃO PROVIDO.

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. *In casu*, observa-se que o Tribunal de origem considerou a quantidade, a variedade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, bem como condenações ainda não transitadas em julgado para afastar o redutor do tráfico privilegiado.

3. O elemento concreto trazido para sustentar o afastamento do tráfico privilegiado, condenações anteriores não transitadas em julgado, fere a jurisprudência já consolidada deste Egrégio Tribunal e do Supremo Tribunal Federal de que inquéritos e processos em curso não podem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Inclusive, apoiado nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no Tema Repetitivo 1.139, que é inadmissível a utilização de ação penal em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

4. A Terceira Seção do STJ firmou, no Tema Repetitivo 1.154, a tese de que, isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

5. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, contra a decisão de fls. 148-158 (e-STJ), que concedeu *habeas corpus* de ofício, a

fim de estabelecer a minorante do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006 em 1/2 (metade).

O agravante alega, em suma, que a causa redutora da pena não pode ser aplicada no caso em exame, em razão da considerável quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes apreendidos, especialmente pela natureza nociva do *crack*.

Além disso, sustenta ser necessário o afastamento do redutor pelo fato de o paciente estar cumprindo pena em regime aberto por delito idêntico à época do cometimento do crime em análise.

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

É o relatório.

VOTO

Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, estes não possuem o condão de infirmar os fundamentos da decisão agravada.

Consoante anteriormente explicitado, o Tribunal *a quo*, em sede recursal, afastou o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com base nos seguintes fundamentos:

"Por fim, o magistrado sentenciante deixou de aplicar o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, referindo sobre os maus antecedentes do acusado. Importante deixar claro que, mesmo aqui se afastando a referida circunstância desfavorável, pelos elementos concretos analisados nos autos, **CARLOS não surgiu como traficante ocasional, na medida em que a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas (473 porções de maconha, pesando 254,23g, 1.966 *epperdorfs* de cocaína, com peso de 1,672Kg, 439 porções de crack, com peso de 182,25g e 12 comprimidos de *ecstasy*), são incompatíveis para aquele traficante iniciante. Ademais, o acusado, quando dos fatos, já possuía duas condenações em primeiro grau por crime de tráfico de drogas, inclusive estava cumprindo pena em regime aberto.** Portanto, ficou demonstrado, de forma evidente, que o réu se dedicava à atividade criminoso, circunstância que não admite o benefício. Desse modo, diante dos elementos concretos, não haveria razão alguma para se aplicar, neste ponto, a causa de diminuição. Ressalta-se que tais considerações são encontradas na sentença (inclusive, surgiu para exasperar a basilar), sendo que apenas se minimizou a específica fundamentação no aspecto dos maus antecedentes, que se entendia existente, não afastando, contudo, as circunstâncias desfavoráveis, onde clara ficava a situação de inviabilidade da benesse, daí que não se poderia falar em motivação "única", mas apenas a expressamente indicada. A sentença, cumpre destacar, no referido aspecto, deve ser avaliada de forma ampla.

Portanto, inviabilizada a redução prevista no §4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, a reprimenda torna-se definitiva, nesta Instância, em 05 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo." (e-STJ, fls. 140-141, grifou-se.)

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.

In casu, observa-se que o Tribunal de origem considerou a quantidade, a variedade e a natureza dos entorpecentes apreendidos - 473 porções de maconha, pesando 254,23g, 1.966 *epperdorfs* de cocaína, com peso de 1,672kg, 439 porções de crack, com peso de 182,25g e 12 comprimidos de *ecstasy* -, bem como condenações ainda não transitadas em julgado para afastar o redutor do tráfico privilegiado.

A jurisprudência desta Corte de Justiça é no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apenas podem ser utilizadas para o afastamento da minorante em comento, quando esses vetores forem conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas,

caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

Não é o que ocorre, todavia, no caso em análise, já que o elemento concreto trazido para sustentar o afastamento do tráfico privilegiado são condenações anteriores não transitadas em julgado, ferindo a jurisprudência já consolidada deste Egrégio Tribunal e do Supremo Tribunal Federal de que inquéritos e processos em curso não podem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Inclusive, apoiado nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no Tema Repetitivo 1.139, que é inadmissível a utilização de ação penal em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Ademais, a Terceira Seção do STJ firmou, no Tema Repetitivo 1154, a tese de que, isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

Portanto, à míngua de elementos probatórios concretos que indiquem a dedicação do acusado em atividade criminosa, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Confira-se o seguinte precedente que respalda esse entendimento:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADOS ISOLADAMENTE PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ILEGALIDADE. APLICADO PATAMAR DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). PROPORCIONALIDADE DA FRAÇÃO ELEITA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FIXADO REGIME INTERMEDIÁRIO. MANTIDA A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento desta Superior Corte de Justiça é no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legalmente previsto, inviável a aplicação da atenuante pela confissão espontânea, prevista no art. 65, inc. I, do Código Penal - CP, por força da Súmula n. 231 do STJ.

2. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas, por si sós, não são suficientes para embasar a conclusão de que o réu se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, devendo estar associada a outras circunstâncias do caso concreto para obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Na hipótese, tendo preenchido os requisitos legais, de forma cumulativa, a agravante faz jus à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar de 1/2, tendo em vista a quantidade de droga apreendida - 2,808kg de skank. Conforme o acórdão impugnado, considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são favoráveis, mantém-se a pena-base no mesmo patamar de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da confissão, todavia a pena mantém-se no mínimo legal em atenção ao enunciado n. 231 da Súmula do STJ. Na terceira fase a pena foi majorada em 1/6, pois incidiu a causa de aumento de pena previstas no art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/06, em virtude da interestadualidade do tráfico, totalizando 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa. Por derradeiro, reconhecida a incidência do § 4º do art. 33, na fração de 1/2, a pena definitiva resta fixada no patamar de 2 anos e 11 meses de reclusão, e 291 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

3. Diante do *quantum* de pena fixado, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado, pois, apesar da natureza e da quantidade dos entorpecentes apreendidos ser fundamentação idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, devido a pena aplicada ser inferior a 4 anos e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o regime mais gravoso a ser fixado é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal - CP e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como como em consonância com esta Quinta Turma.

4. Impende destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

5 . Agravo Regimental desprovido" (AgRg no HC 794315 / SP, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2023, DJe 18/05/2023.)

Dessa forma, verifica-se que o recorrente não trouxe elementos aptos a infirmar a decisão agravada, razão pela qual merece subsistir por seus próprios fundamentos.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 850.646 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0311739-5

Número de Origem:

15009233020228260535 20978032022

Sessão Virtual de 21/11/2023 a 27/11/2023

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO - DEFENSOR PÚBLICO - RJ162569
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS URBANO VIEIRA DO CARMO (PRESO)
INTERES. : 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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CARLOS URBANO VIEIRA DO CARMO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - DEFENSOR PÚBLICO
CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO - RJ162569
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 21/11/2023 a 27/11/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Não participou do julgamento o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 28 de novembro de 2023