



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 867824 - SP (2023/0406163-3)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GABRIEL LUIZ SANTOS DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - DEFENSORA
PÚBLICA - SP249568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO QUE DEVE SER MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "[...] a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial" (AgRg no AREsp n. 1.813.520/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 11/7/2023).

2. De igual modo, consta no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, da relatoria da Ministra Laurita Vaz (DJe de 18/8/2022), submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema n. 1.139), que "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".

3. A minorante foi reconhecida porque a quantidade/variedade de drogas – 37,03 g de cocaína, 24,06 g de maconha e 3,07 g de *crack* – e a mera referência de que o paciente se dedicava à prática do crime são insuficientes para demonstrar a dedicação a atividades criminosas.

4. O exame do *writ* deve ocorrer com base nos elementos constates dos pronunciamentos da origem, sendo descabido agregar outros elementos para

incrementar a argumentação.
5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 13/02/2025 a 19/02/2025, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 20 de fevereiro de 2025.

MINISTRO OG FERNANDES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 867824 - SP (2023/0406163-3)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GABRIEL LUIZ SANTOS DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - DEFENSORA
PÚBLICA - SP249568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO QUE DEVE SER MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "[...] a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial" (AgRg no AREsp n. 1.813.520/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 11/7/2023).

2. De igual modo, consta no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, da relatoria da Ministra Laurita Vaz (DJe de 18/8/2022), submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema n. 1.139), que "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".

3. A minorante foi reconhecida porque a quantidade/variedade de drogas – 37,03 g de cocaína, 24,06 g de maconha e 3,07 g de *crack* – e a mera referência de que o paciente se dedicava à prática do crime são insuficientes para demonstrar a dedicação a atividades criminosas.

4. O exame do *writ* deve ocorrer com base nos elementos constates dos pronunciamentos da origem, sendo descabido agregar outros elementos para

incrementar a argumentação.
5. Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a decisão de fls. 351-354, que concedeu o *habeas corpus* para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e redimensionar a pena, revogando a prisão preventiva.

Nas razões deste recurso, ressalta o órgão ministerial que há evidências de que o paciente se dedica de forma estável à prática de crimes, tendo em vista os seus registros de antecedentes e de atos infracionais.

Requer o acolhimento do agravo para que seja restabelecida a pena fixada pelo Tribunal de origem que afastou a minorante do tráfico privilegiado.

Impugnação apresentada com o pedido de improvimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Consoante relatado, busca o Ministério Público Federal a reconsideração da decisão agravada, que aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mantendo a pena fixada pelo Tribunal de origem.

A decisão que concedeu o *habeas corpus* foi assim fundamentada (fls. 351-354, grifo no original):

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, mais ao pagamento de 250 dias-multa.

Interpostas apelações pela acusação e defesa, apenas a primeira foi provida, de maneira a reformar a sentença e elevar a pena do réu para 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais 500 dias-multa.

Interpostos embargos de declaração pela defesa, o Tribunal de origem os rejeitou por acórdão assim ementado (fl. 268):

Embargos de Declaração Inocorrência de ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão. PREQUESTIONAMENTO - Inadmissibilidade do uso dos embargos declaratórios para forçar o ingresso na instância extraordinária, se não houve omissão do acórdão que deva ser suprida. Embargos rejeitados.

Dai o presente *writ*, no qual a defesa sustenta, em síntese, que o paciente preenche os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado, destacando a pequena quantidade de drogas apreendidas (75 porções de cocaína, pesando 37,03g; 25 porções de maconha, pesando 24,6g; e 35 porções de crack, pesando 3,7g).

Requer a concessão da ordem para a aplicação da minorante exposta, com as devidas alterações na dosimetria da pena.

As informações foram prestadas e o Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela denegação da ordem.

O Tribunal local afastou a pretendida minorante a partir da seguinte fundamentação (fls. 244-245):

As penas comportam pequeno reparo.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

No entanto, conforme a regra prevista no art. 42, da Lei nº 11.343/2006, na fixação das penas, não são só as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, que devem ser consideradas, mas também a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, *in casu*, 75 porções de cocaína, pesando 37,03g; 25 porções de maconha, pesando 24,6g; e 35 porções de crack, pesando 3,7g.

Desta feita, merecida maior reprovabilidade diante da considerável quantidade de entorpecentes apreendidos, suficiente para atingir dezenas de pessoas, além da natureza de parte deles, qual seja, cocaína e crack, de alto poder lesivo e viciante, evidenciando maior ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Assim, exaspero a pena-base em 1/6, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante da confissão, a pena deve retornar ao patamar mínimo legal de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Foi concedido ao réu o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, reduzindo a pena em metade.

Contudo, entendo que assiste razão ao Ministério Público, devendo ser afastada a concessão do redutor, na medida em que, embora primário, constou dos autos que o réu vinha se dedicando a atividades criminosas de modo permanente, há mais de um ano. Destarte, as circunstâncias em que praticado o delito, evidenciam que o acusado não se trata de traficante eventual, o que impede a concessão do benefício.

Desta feita, afasto a aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, resultando a pena definitiva de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Foi fixado o regime inicial aberto e, mais uma vez, assiste razão ao Ministério Público ao pleitear seja estabelecido o regime inicial fechado.

O art. 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal dispõe que o

condenado poderá, cumprir a pena em regime inicial semiaberto, quando a pena for superior a 4 anos e não exceda a 8 anos.

Porém, tal dispositivo deve contar também com a observância do seu § 3º, que dispõe: "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código", o que justifica a fixação do regime inicial fechado no presente caso, mormente diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis consideradas na primeira fase da dosimetria penal.

Na sentença, o benefício do art. 33, §4º, da Lei de drogas foi reconhecido nos seguintes termos (fls. 166-167):

Aplico a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena de 1/2, resultando em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa. Anoto que a diminuição não se deu em patamar superior em função da grande quantidade e variedade de entorpecentes encontrada.

Conforme se observa, o Colegiado local afastou a redutora do tráfico privilegiado ao fundamento de que "embora primário, constou dos autos que o réu vinha se dedicando a atividades criminosas de modo permanente, há mais de um ano. Destarte, as circunstâncias em que praticado o delito, evidenciam que o acusado não se trata de traficante eventual, o que impede a concessão do benefício".

No entanto, reconheceu-se o mencionado benefício na primeira instância, apenas anotando-se que "a diminuição não se deu em patamar superior em função da grande quantidade e variedade de entorpecentes encontrada".

Quanto ao tema, a Terceira Seção do STJ "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 tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022)" (AgRg no HC n. 847.814/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/12/2023, DJe de 7/12/2023.).

No entanto, diante de quantidade de drogas não relevante no caso concreto (75 porções de cocaína, pesando 37,03g; 25 porções de maconha, pesando 24,6g; e 35 porções de crack, pesando 3,7g), não seria possível considerar somente a natureza dos entorpecentes para realizar modulação da minorante do tráfico de drogas. Conforme a jurisprudência do STJ, a quantidade e a natureza da droga são fatores que não podem ser cindidos para consideração separada na pena. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. ANÁLISE CONJUNTA. CIRCUNSTÂNCIAS NORMAIS AO TIPO PENAL. FRAÇÃO

MÁXIMA DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO.

1. "[A] natureza e a quantidade da droga são elementos que integram um vetor judicial único, não sendo possível cindir a sua análise. Somente quando examinadas em conjunto (tipo de droga e quantidade) será possível ao julgador compreender adequadamente a gravidade concreta do fato e proceder à devida individualização da pena, que é o objetivo almejado pelo legislador com as disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/06" (AgRg no HC n. 734.699/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/12/2022, DJe 22/12/2022).

2. Hipótese em que, a despeito da natureza mais deletéria de uma das substâncias (cocaína) e da diversidade das drogas, a quantidade dos entorpecentes apreendidos em poder do Acusado não justifica qualquer modulação do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico.

3. Não tendo sido devidamente justificada a modulação da minorante do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias, a referida benesse deve incidir na dosimetria da pena do Agravado, **na fração máxima de 2/3 (dois terços), dada a pequena quantidade de drogas apreendidas e a inexistência de indicação de outras circunstâncias aptas a justificar a fixação de fração diversa.**

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 819.367/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023.)

Portanto, deve ser reconhecida a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima.

Passa-se ao redimensionamento da pena.

Fixada a pena provisória em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, incide a minorante do tráfico em 2/3, reduzindo a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa. Impõe-se o regime aberto e a substituição por pena restritiva de direitos.

A partir dessas considerações, revogada fica a prisão preventiva.

Conforme constou da decisão monocrática, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi alcançada, tendo em vista as considerações presentes na sentença do Juízo de primeiro grau e no acórdão do Tribunal de origem, concluindo que a fundamentação do Tribunal foi insuficiente para afastar o benefício.

A minorante foi reconhecida na sentença e no acórdão foi afastada, registrando-se que:

Embora primário, constou dos autos que o réu vinha se dedicando a atividades criminosas de modo permanente, há mais de um ano. Destarte, as circunstâncias em que praticado o delito, evidenciam que o acusado não se trata de traficante

eventual, o que impede a concessão do benefício.

Destaca-se que a quantidade de substância entorpecente não é relevante: 37,03 g de cocaína, 24,06 g de maconha e 3,07 g de *crack*.

O Ministério Público Federal apresentou no agravo detalhes do histórico criminal do paciente, que não foram revelados nem na sentença nem no acórdão. Descabe agregar elementos para incrementar a argumentação já que a análise do *writ* deve observar os elementos constantes dos pronunciamentos que acolhem ou rejeitam as questões suscitadas na origem.

Ademais, como indicado na decisão agravada, a Terceira Seção do STJ:

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 tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).

(AgRg no HC n. 847.814/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/12/2023, DJe de 7/12/2023.)

Ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso, a Corte estadual, soberana na análise da matéria fática, ao apreciar as circunstâncias do caso concreto, entendeu haver razão para aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, ao repelir a tese ministerial de afastamento do benefício com base na quantidade de cocaína. Logo, não teria sido demonstrada a dedicação do Recorrido às atividades criminosas ou que integrasse organização dessa natureza.

2. Com efeito, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial.

3. Nesse contexto, para rever a conclusão, no sentido de que haveria dedicação às atividades criminosas, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que não é possível em recurso

especial, nos termos da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.813.520/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 11/7/2023.)

De igual modo, consta no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz (DJe de 18/8/2022), submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema n. 1.139), que "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".

Dessa forma, o agravante não trouxe fundamentos aptos a reformar a decisão agravada, que se mantém por seus próprios fundamentos.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no HC 867.824 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0406163-3

Número de Origem:

15014266520238260228 20032431520238260000 20230000663089 425912023

Sessão Virtual de 13/02/2025 a 19/02/2025

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA -
SP249568

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GABRIEL LUIZ SANTOS DA SILVA

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO
EXTRAORDINÁRIA - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE
DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : GABRIEL LUIZ SANTOS DA SILVA

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

LUCIANA ANGELO ALMEIDA SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA -
SP249568

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 13/02/2025 a 19/02/2025, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 19 de fevereiro de 2025