



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2123684 - MG (2024/0044128-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : SIDNEY SOARES AMARAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : JOSE HENRIQUE GOMES ROCHA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO INDEVIDO DA MINORANTE COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTO PARA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/5. PENA REDIMENSIONADA. REGIME SEMIABERTO. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão que afastou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com base na existência de ações penais em curso contra o recorrente e na quantidade e diversidade das drogas apreendidas (19,70g de maconha; 60,10g de cocaína; e 50,50g de crack).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões centrais em discussão:

(i) verificar se a existência de ações penais em curso pode fundamentar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado; e

(ii) determinar a fração de redução a ser aplicada, considerando a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal veda o uso de investigações ou ações penais em curso para afastar a aplicação do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência (STF, RE 1.283.996 AgR; STJ, HC 664.284/ES).

4. A quantidade e a diversidade de drogas apreendidas podem ser utilizadas como critério para modular a fração redutora do §

4º do art. 33 da Lei de Drogas, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase da dosimetria, o que não configura *bis in idem* (STJ, AgRg no HC 842.630/SC).

5. No caso concreto, a quantidade de drogas apreendidas, embora relevante (19,70g de maconha; 60,10g de cocaína; e 50,50g de *crack*), não é expressiva a ponto de justificar o afastamento completo da minorante. Contudo, também não é ínfima, o que impede a aplicação da fração máxima de redução.

6. Mostra-se proporcional e adequada a aplicação da fração de 1/5 para a redução da pena, conforme estabelecido pelo Juízo de primeiro grau.

7. Com a aplicação da fração de 1/5, a pena do recorrente é redimensionada para 4 anos e 8 meses de reclusão, além de 466 dias-multa. O regime inicial semiaberto é mantido, em conformidade com os critérios do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA RESTABELECEER A PENA FIXADA NA SENTENÇA EM 4 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO E 466 DIAS-MULTA, COM FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2123684 - MG (2024/0044128-1)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : SIDNEY SOARES AMARAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : JOSE HENRIQUE GOMES ROCHA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO INDEVIDO DA MINORANTE COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTO PARA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/5. PENA REDIMENSIONADA. REGIME SEMIABERTO. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto contra acórdão que afastou a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com base na existência de ações penais em curso contra o recorrente e na quantidade e diversidade das drogas apreendidas (19,70g de maconha; 60,10g de cocaína; e 50,50g de crack).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões centrais em discussão:

- (i) verificar se a existência de ações penais em curso pode fundamentar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado; e
- (ii) determinar a fração de redução a ser aplicada, considerando a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal veda o uso de investigações ou ações penais em curso para afastar a aplicação do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência (STF, RE 1.283.996 AgR; STJ, HC 664.284/ES).

4. A quantidade e a diversidade de drogas apreendidas podem ser utilizadas como critério para modular a fração redutora do §

4º do art. 33 da Lei de Drogas, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase da dosimetria, o que não configura *bis in idem* (STJ, AgRg no HC 842.630/SC).

5. No caso concreto, a quantidade de drogas apreendidas, embora relevante (19,70g de maconha; 60,10g de cocaína; e 50,50g de *crack*), não é expressiva a ponto de justificar o afastamento completo da minorante. Contudo, também não é ínfima, o que impede a aplicação da fração máxima de redução.

6. Mostra-se proporcional e adequada a aplicação da fração de 1/5 para a redução da pena, conforme estabelecido pelo Juízo de primeiro grau.

7. Com a aplicação da fração de 1/5, a pena do recorrente é redimensionada para 4 anos e 8 meses de reclusão, além de 466 dias-multa. O regime inicial semiaberto é mantido, em conformidade com os critérios do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA RESTABELECE A PENA FIXADA NA SENTENÇA EM 4 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO E 466 DIAS-MULTA, COM FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 626):

APELAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – COMPROVADAS MATERIALIDADE E AUTORIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – INCABÍVEL DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS (ART.28 DA LEI 11.343/06) – DOSIMETRIA – 3ª FASE – DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI DA LEI 11.343/03 (ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE) – NÃO CABIMENTO – TRÁFICO PRIVILEGIADO – COMPROVADA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – AFASTADO O BENEFÍCIO – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - Confirmada autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas, independente do núcleo do tipo praticado, a condenação é medida que se impõe, não sendo cabível a desclassificação para o delito do art.28 da Lei 11.343/06. - Confirmado que o tráfico de drogas envolve ou visar a atingir criança ou adolescente, não há que se falar em condenação autônoma pelo crime de corrupção de menores (art. 244-B da Lei 8.069/90 - ECA), sob pena de caracterizar bis in idem, tratando-se da causa de aumento do art. 40, VI da Lei 11.343/06. - Aplica-se o benefício do art.33, §4º da Lei 11.343/06 se o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedicar à atividade criminosa e nem integrar organização criminosa. Inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizadas para fins de reincidência e para exasperar a pena base (maus antecedentes), mas podem servir para comprovar dedicação à atividades criminosas. Diversidade das drogas apreendidas e sua quantidade podem servir para caracterizar dedicação a atividades criminosas, desde que não tenham sido

consideradas para exasperar a pena base, sob pena de caracterizar “bis in idem”. (precedentes do STJ).

O recorrente foi condenado nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o §4º, e art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, às penas de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 466 dias-multa.

A defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial e negou provimento ao recurso defensivo.

Neste recurso especial, a defesa aponta violação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

Requer o conhecimento e o provimento de seu recurso, para que seja reformado o acórdão recorrido, a fim de conceder a redução da pena diante do reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, mitigar o regime prisional e substituir a pena corporal pela restritiva de direitos.

A insurgência foi admitida na origem e encaminhada a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do recurso especial.

Quanto ao mérito, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fls. 635-636):

No caso dos autos, Sidney é tecnicamente primário, não possui maus antecedentes e não há provas de que integrasse alguma organização criminosa.

No entanto, não há dúvidas de que se dedica a atividades criminosas.

Em que pese não ser possível considerar inquéritos policiais e ações penais em curso para fins de reincidência e exasperação da pena base (maus antecedentes), por inteligência da súmula 444 do STJ, é possível utilizá-los para comprovar que o réu se dedica a atividades criminosas.

Neste sentido:

[...]

Segundo o STJ, a diversidade e quantidade de drogas apreendida

também podem servir para demonstrar que o agente se dedica a atividades criminosas. Neste sentido:

[...]

No caso em análise, o réu não preenche todos os requisitos para aplicação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois há provas que se dedica a atividades criminosas, tendo em vista haver em face dele ações penais por tráfico de drogas (CAC) e diante da diversidade e natureza das drogas apreendidas (19,70g de maconha em 6 buchas, 60,10g de cocaína em 56 pinos e 50,50g de crack em 202 pedras).

Ressalto que há nos autos prova de que foram apreendidas drogas com ambos os réus, não apenas com José Henrique, e que a quantidade e natureza das drogas não foi utilizado como parâmetro para fixação da pena base, não havendo "bis in idem".

Portanto, acolho o pedido ministerial para decotar o tráfico privilegiado das penas de Sidney, restando a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no valor mínimo legal.

Como se vê, o Tribunal de origem afastou a minorante do tráfico privilegiado com base na existência de ação penal em curso em desfavor do recorrente, bem como em razão da quantidade e diversidade de droga apreendida (19,70g de maconha, em 6 buchas; 60,10g de cocaína, em 56 pinos; e 50,50g de crack, em 202 pedras).

A respeito, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que "O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020)." (HC 664284 / ES, RELATOR Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 21/9/2021, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 27/9/2021)

Outrossim, nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade de entorpecente apreendida, por si só, não serve de fundamento para afastar a minorante do tráfico privilegiado, conforme se extrai dos seguintes precedentes da Quinta e Sexta Turmas:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO D E ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE DE DROGA E PELA CONDIÇÃO DE MULA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. FRAÇÃO DE 1/6. ADEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Posteriormente, o referido colegiado aperfeiçoou o entendimento anteriormente exarado por ocasião do julgamento do 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 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria.

3. Na espécie, o fundamento de que o agente transportava grande quantidade de droga a serviço de terceiros não se presta a sustentar o afastamento da benesse, uma vez que evidencia, de plano, apenas a condição de mula e não de dedicação a atividades criminosas. E, nos termos da jurisprudência desta Corte, a condição de mula, per se, não tem o condão de impedir o reconhecimento do privilégio em comento, de modo que faz jus o agravado à incidência da minorante na fração de 1/6.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 842630 / SC, RELATOR Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 18/12/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 21/12/2023. Grifo Acrescido)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA REALIZAÇÃO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado ao ora agravado, na fração de 1/6.

2. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.

3. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que o "mero transporte eventual ou esporádico de droga - ainda que em grandes quantidades -, sem outros elementos que evidenciem o envolvimento

do agente com organização criminosa, não é suficiente para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no AREsp n. 2.321.950/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023.) 4. No caso dos autos, o Tribunal local utilizou-se do fato de o paciente ter realizado transporte interestadual de elevada quantidade de entorpecente - 6,25 kg (seis quilos e vinte e cinco gramas) de cocaína - para negar a aplicação do benefício ao réu. Entretanto, da leitura dos autos, não se verifica a presença de outros elementos que permitam concluir com clareza a dedicação ao tráfico de forma habitual, revelando-se inidônea, em consequência, a motivação utilizada para a negativa do privilégio. 5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 849305 / MS, RELATOR Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 19/09/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 26/09/2023)

De fato, a quantidade expressiva de drogas, desacompanhada de outros elementos, baliza a fração redutora a ser aplicada, mas não afasta, por si, a aplicação do privilégio.

No caso dos autos, embora a quantidade apreendida não seja expressiva, não se mostra ínfima a ponto de permitir a aplicação da fração máxima da minorante, pois tratou-se da apreensão de 19,70g de maconha, em 6 buchas; 60,10g de cocaína, em 56 pinos; e 50,50g de crack, em 202 pedras, de modo que se mostra proporcional a fração de 1/5 aplicada pelo Juízo sentenciante (e-STJ fl. 513).

Assim, restabeleço a pena fixada na sentença em 4 anos e 8 meses de reclusão e 466 dias-multa, bem como o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial para redimensionar a pena do recorrente para 4 anos e 8 meses de reclusão e 466 dias-multa e fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0044128-1

REsp 2.123.684 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00388264920228130079 10000231233669002

PAUTA: 17/12/2024

JULGADO: 17/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. PAULA BAJER FERNANDES

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SIDNEY SOARES AMARAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : JOSE HENRIQUE GOMES ROCHA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

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, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.