



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2153095 - MG (2024/0230685-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : FELIPE HENRIQUE CARVALHO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INQUÉRITOS E BOLETINS DE OCORRÊNCIA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto pelo réu contra acórdão que negou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob fundamento de que boletins de ocorrência indicariam sua dedicação à atividade criminosa. O Tribunal de origem manteve a pena em 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 666 dias-multa.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se boletins de ocorrência e inquéritos policiais podem ser utilizados para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado; e (ii) determinar o regime inicial de cumprimento da pena, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não admite o uso de inquéritos policiais ou boletins de ocorrência como fundamento para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado. Precedentes: AgRg no HC n. 912.484/MG e REsp n. 1977.027/PR (Tema n. 1.139).

4. No caso concreto, o recorrente é tecnicamente primário e não há elementos probatórios idôneos que demonstrem sua dedicação a atividades criminosas ou sua integração em organização criminosa. Assim, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, considerando a pequena

quantidade de drogas apreendidas (9,82g de maconha e 2,60g de crack).

5. Quanto ao regime inicial, a existência de circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria, devidamente fundamentada, justifica a imposição de regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, ainda que a pena seja inferior a 4 anos de reclusão. Precedentes: AgRg no HC n. 945.104/SP e AgRg no HC n. 533.870/SP.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos também é inviável em razão da circunstância judicial desfavorável, conforme dispõe o art. 44, III, do Código Penal.

IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA APLICAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, REDIMENSIONAR A PENA PARA 2 ANOS, 2 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO E 222 DIAS-MULTA, E FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, 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 2153095 - MG (2024/0230685-8)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : FELIPE HENRIQUE CARVALHO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INQUÉRITOS E BOLETINS DE OCORRÊNCIA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto pelo réu contra acórdão que negou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob fundamento de que boletins de ocorrência indicariam sua dedicação à atividade criminosa. O Tribunal de origem manteve a pena em 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 666 dias-multa.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se boletins de ocorrência e inquéritos policiais podem ser utilizados para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado; e (ii) determinar o regime inicial de cumprimento da pena, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não admite o uso de inquéritos policiais ou boletins de ocorrência como fundamento para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado. Precedentes: AgRg no HC n. 912.484/MG e REsp n. 1977.027/PR (Tema n. 1.139).

4. No caso concreto, o recorrente é tecnicamente primário e não há elementos probatórios idôneos que demonstrem sua dedicação a atividades criminosas ou sua integração em organização criminosa. Assim, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, considerando a pequena

quantidade de drogas apreendidas (9,82g de maconha e 2,60g de crack).

5. Quanto ao regime inicial, a existência de circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria, devidamente fundamentada, justifica a imposição de regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, ainda que a pena seja inferior a 4 anos de reclusão. Precedentes: AgRg no HC n. 945.104/SP e AgRg no HC n. 533.870/SP.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos também é inviável em razão da circunstância judicial desfavorável, conforme dispõe o art. 44, III, do Código Penal.

IV. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA APLICAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, REDIMENSIONAR A PENA PARA 2 ANOS, 2 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO E 222 DIAS-MULTA, E FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 622):

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DAS PENAS-BASE – NÃO CABIMENTO – REPRIMENDAS ESTABELECIDAS CONFORME OS CRITÉRIOS LEGAIS – INCIDÊNCIA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO CABIMENTO – ACUSADO QUE SE DEDICA À PRÁTICA DELITIVA. - Havendo nos autos elementos suficientes para se imputar ao apelante a autoria e a materialidade do delito de tráfico ilícito de drogas a manutenção da condenação é medida que se impõe. – Faz parte do juízo de discricionariedade do magistrado sentenciante, após a esmerada análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e do referencial do art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar o quantum das penas-base, observando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. - A causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 ("tráfico privilegiado") apenas deve ser aplicada em benefício do agente que preenche, cumulativamente, os requisitos da primariedade, bons antecedentes e da ausência de dedicação a atividades criminosas, o que não ocorre nos autos. V. V. - Havendo equívoco na análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, deve o Tribunal "ad quem" reexaminá-las, fixando as penas-base em "quantum" justo e razoável. - Conforme dispõe o art. 33, §2º, "b", do Código Penal, é cabível o regime semiaberto ao condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado ao cumprimento da pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 666 dias-multa pela prática do crime descrito no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

A Defensoria Pública interpôs recurso de apelação, que foi desprovido por maioria de votos.

A DPMG opôs embargos de declaração, que restaram infrutíferos.

O recorrente se insurge neste apelo raro diante da não incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Requer o conhecimento e o provimento de seu recurso, para reconhecer e aplicar a minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, no patamar de 2/3, com o consequente abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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

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

É o relatório.

VOTO

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

Acerca da minorante do tráfico privilegiado, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fl. 630):

E, na derradeira etapa, verifico inviável a concessão do tráfico privilegiado, porquanto para a concessão da benesse em questão necessária a presença de quatro requisitos cumulativos, quais sejam: a) acusado primário; b) bons antecedentes; c) não dedicação à atividade criminosa; e d) não integração de organização criminosa.

E no presente caso, embora o réu seja primário, verifico que há provas nos autos que demonstram que o apelante se dedicava a atividades criminosas, sobretudo considerando o relato firme e coerente do policial militar Luiz Felipe Alves Ferreira que destacou que o apelante está envolvido com a mercancia ilícita de drogas desde sua menoridade (fls. 06/07 e 149 – doc. único).

Ressalta-se que tal relato encontra-se corroborado pelos boletins de ocorrência acostados aos autos (fls. 36/39, 40/44, 45/52, 53/56 e 57/59 – doc. único).

Assim, existindo provas suficientes de que o increpado se dedica a prática de atividades criminosas, inviável a concessão da benesse prevista no §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Sendo assim, não havendo outras causas moduladoras das penas, resta concretizada a reprimenda do acusado em 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias- multa.

A jurisprudência do STJ e do STF entende que inquéritos e ações penais em andamento não constituem fundamento idôneo para afastar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

A Corte de origem utilizou como justificativa a existência de boletins de ocorrência em desfavor do recorrente para negar a minorante do tráfico privilegiado, o que é incompatível com o entendimento jurisprudencial desta Corte. A propósito:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO, IMPOSSIBILIDADE. DESLOCAMENTO DA QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA PARA A TERCEIRA FASE. DISCRICIONARIEDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No que tange à não incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. As instâncias ordinárias utilizaram fundamentos não mais acolhidos pela jurisprudência desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, haja vista não ser mais possível considerar inquéritos policiais e ações penais em andamento para apontar a dedicação à atividade criminosa, nos termos do julgamento pela Terceira Seção do REsp n. 1977.027/PR (Tema n. 1.139).

3. A escolha pela aplicação dos vetores da quantidade e da qualidade das drogas na primeira ou na terceira etapas está inserida no juízo de discricionariedade do julgador, não cabendo a este Tribunal alterar a conclusão exarada pelas instâncias ordinárias. Precedentes .

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 912.484/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 6/9/2024.)

No caso concreto, apreendidos 9,82g de maconha e 2,60g de crack (e-STJ fl. 623), o réu é tecnicamente primário e não há elementos que demonstrem sua dedicação a atividades criminosas ou sua participação em organização criminosa. Incide, portanto, a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 2/3, reduzindo a pena fixada na instância anterior.

Assim, passo ao redimensionamento da pena.

Partindo-se da pena intermediária, que foi fixada em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa (e-STJ fl. 530), aplico, na terceira fase da dosimetria da pena, a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, resultando em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 222 dias-multa.

Em relação ao regime prisional, ainda que a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão e seja o recorrente primário, foi reconhecida circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria da pena, o que justifica a fixação do regime imediatamente mais gravoso, qual seja, o semiaberto. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 DE OFÍCIO. SUPOSTA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PACIENTE QUE OSTENTA AÇÕES PENAIS EM CURSO. APLICAÇÃO DO ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECEDENTES. NOVA DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

7. Quanto ao regime prisional, verifico que se trata de pessoa tecnicamente primária, com uma nova pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão; todavia houve exasperação da pena-base na fração de 1/5, em razão da diversidade e montante das drogas apreendidas, devendo ser-lhe conferido o regime inicial semiaberto nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No mesmo sentido, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos nos termos do art. 44, III, do CP.

8. Nova dosimetria da pena mantida.

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 945.104/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 30/10/2024, DJe de 5/11/2024.)

Do mesmo modo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos também é inviável em razão da circunstância judicial desfavorável, conforme dispõe o art. 44, III, do Código Penal.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial para redimensionar a pena do recorrente para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 222 dias-multa, com a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0230685-8

REsp 2.153.095 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022042220168130324 10000231453416005

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 : FELIPE HENRIQUE CARVALHO DOS SANTOS

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

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, deu parcial provimento ao recurso especial, 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.