



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2722058 - DF (2024/0307039-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUCIANO RENANH ASSIS SALES
ADVOGADO : WELLINGTON FREITAS BARROS COSTA - DF042038
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FATO POSTERIOR NÃO CONFIGURA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR PARA AFASTAR A MINORANTE. READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME SEMIABERTO E NÃO SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS JUSTIFICADOS PELA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que afastou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006) sob o fundamento de dedicação a atividades criminosas, baseada em condenação por fato posterior ao objeto destes autos. O recorrente pleiteia a aplicação da minorante, sustentando que a condenação por fato posterior não configura dedicação criminosa à época dos fatos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se a condenação por fato posterior pode afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado com base em dedicação a atividades criminosas; e (ii) se a quantidade de droga apreendida justifica a fixação de regime inicial mais gravoso e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no âmbito de recurso repetitivo (Tema 1.139), firmou o entendimento de que condenações ou investigações por fatos posteriores ao crime de tráfico em análise não configuram dedicação a atividades criminosas, pois violam o princípio da presunção de inocência e não representam antecedentes no momento da prática do delito.

4. No caso, o recorrente é tecnicamente primário e possui bons antecedentes à época dos fatos. A condenação posterior, por si só, não é fundamento idôneo para afastar a minorante do tráfico privilegiado, devendo ser aplicada a redução máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

5. Fixada a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, em virtude da aplicação da minorante no patamar máximo (2/3), o regime semiaberto é adequado, considerando a quantidade e natureza da droga, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas. Igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é inaplicável, conforme jurisprudência desta Corte.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE REDIMENSIONAR A PENA PARA 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, MAIS 166 DIAS-MULTA, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO.

ACÓRDÃO

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 05 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2722058 - DF (2024/0307039-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUCIANO RENANH ASSIS SALES
ADVOGADO : WELLINGTON FREITAS BARROS COSTA - DF042038
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FATO POSTERIOR NÃO CONFIGURA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR PARA AFASTAR A MINORANTE. READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME SEMIABERTO E NÃO SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS JUSTIFICADOS PELA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto contra acórdão que afastou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006) sob o fundamento de dedicação a atividades criminosas, baseada em condenação por fato posterior ao objeto destes autos. O recorrente pleiteia a aplicação da minorante, sustentando que a condenação por fato posterior não configura dedicação criminosa à época dos fatos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se a condenação por fato posterior pode afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado com base em dedicação a atividades criminosas; e (ii) se a quantidade de droga apreendida justifica a fixação de regime inicial mais gravoso e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no âmbito de recurso repetitivo (Tema 1.139), firmou o entendimento de que condenações ou investigações por fatos posteriores ao crime de tráfico em análise não configuram dedicação a atividades criminosas, pois violam o princípio da presunção de inocência e não representam antecedentes no momento da prática do delito.

4. No caso, o recorrente é tecnicamente primário e possui bons antecedentes à época dos fatos. A condenação posterior, por si só, não é fundamento idôneo para afastar a minorante do tráfico privilegiado, devendo ser aplicada a redução máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

5. Fixada a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, em virtude da aplicação da minorante no patamar máximo (2/3), o regime semiaberto é adequado, considerando a quantidade e natureza da droga, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas. Igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é inaplicável, conforme jurisprudência desta Corte.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE REDIMENSIONAR A PENA PARA 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, MAIS 166 DIAS-MULTA, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, em que a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da Súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da Súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da Súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas

razões recursais (não incidência da Súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violado o art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

A análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta Corte, conforme se verifica da fundamentação adotada: (e-STJ fls. 338-341):

Acerca da questão, o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 prevê que: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, 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”.

*Na hipótese, consoante as provas colacionadas aos autos, **verifica-se que o acusado foi colocado em liberdade na audiência de custódia de ID 55321520, não obstante, continuou reiterando na prática delitiva de tráfico de drogas, sendo condenado nos autos número 0701708-06.2022.8.07.0001 (ID 55321619).***

Deste modo, em que pese tratar-se de fato posterior e não caracterizar maus antecedentes, diante a nova condenação, fica patente que o apelante continuava comercializando drogas, o que demonstra a habitualidade de sua conduta.

Embora o réu seja primário e de bons antecedentes, restou comprovado nos autos que ele se dedicava ao tráfico de drogas (atividade criminosa), não preenchendo os requisitos para a concessão da redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Merece destaque as razões de decidir da sentença:

“Por fim, embora o réu LUCIANO seja tecnicamente primário e apresente bons antecedentes, entendo que a causa de diminuição inculpada no artigo 33, § 4º, da LAD não deve ser aplicada.

Isso porque, consoante demonstrado nos autos, apurou-se que LUCIANO se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes, praticando uma traficância de modo não eventual.

Destaca-se que, após a sua prisão e soltura no presente feito, LUCIANO continuou com a prática ilícita, ostentando condenação definitiva por tráfico de drogas posterior nos autos n. 0701708-06.2022.8.07.0001, conforme ID n. 183806197.

Diante desse contexto, a indicar a existência de habitualidade criminosa, resta afastada a possibilidade de aplicação da redutora, destinada aos réus primários que praticaram a conduta ilícita de forma isolada.

Nesse sentido é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Nesse contexto, evidenciado que o apelante reitera na prática se dedicando à atividade criminosa com habitualidade, inaplicável a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006), sendo imperiosa a manutenção da sentença.

Portanto, nenhum reparo a ser feito no tocante à não aplicação da causa de diminuição de pena requerida pelo apelante.

Como se vê, o Tribunal de origem entendeu pela dedicação do recorrente a atividades criminosas, negando a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, apontando a existência de condenação definitiva por fato posterior ao objeto destes autos, consignando que, "após a sua prisão e soltura no presente feito, LUCIANO continuou com a prática ilícita, ostentando condenação definitiva por tráfico de drogas posterior nos autos n. 0701708-06.2022.8.07.0001, conforme ID n. 183806197".

No tocante ao reconhecimento do tráfico privilegiado, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10/8/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), firmou entendimento segundo o qual "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" 4. "Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). **O mesmo entendimento se aplica às condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores**" (AgRg no REsp 1.891.998/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022). Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, §4º DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o 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 integrarem organizações criminosas.

2. Na hipótese, a confissão no sentido de que o réu trabalhava para o tráfico não foi ratificada em Juízo. Ademais, consta da sentença de primeiro grau que o ora agravado "meramente admitiu que transportava substâncias, sem maiores detalhes, e o celular e outros elementos não revelaram a contento sua inserção mais profunda, profissionalizada e importante na cadeia de tráfico".

3. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA

TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 3/11/2021).

4. A condenação transitada em julgado, mas por fato posterior àquele que está em apuração na ação penal, não indica dedicação à atividade criminosa impeditiva da incidência da minorante, porque no momento da sua prática essa dedicação não existia, surgindo apenas posteriormente.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.424.111/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024.) (grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONCLUSÃO DE QUE A ACUSADA SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NO FATO DELA RESPONDER A OUTRA AÇÃO PENAL. 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 à ora agravada.

2. A condenação por fato posterior, por não constituir maus antecedentes, nos termos da Súmula n. 444/STJ, não conduz à conclusão de que o paciente dedica-se às atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, sem o cotejo com as circunstâncias em que ocorreu o delito, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. No caso, não obstante a primariedade e os bons antecedentes, a aplicação da minorante foi negada, exclusivamente, por responder a acusada outra ação penal, por fato praticado em momento posterior. 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.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 805.800/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 2/6/2023.)

Dessa forma, considerando a primariedade e os bons antecedentes do agente, os argumentos apresentados são insuficientes para demonstrar que o recorrente se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

Portanto, à míngua de elementos concretos que comprovem a habitualidade delitiva do agente, somadas a sua primariedade e seus bons antecedentes, ainda, considerando que o vetor do art. 42 da Lei 11.343/2006 já foi valorado na primeira fase de dosimetria, a minorante deve incidir em seu patamar máximo, sob pena de *bis in idem*.

Portanto, passo à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 6 anos de reclusão mais 600 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante do art. 65, I, do CP, a pena volta ao mínimo de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira fase, reconheço a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em 2/3, estabelecendo a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa.

Não obstante o *quantum* de pena ser inferior a 4 anos de reclusão, a natureza e a quantidade de droga apreendida é circunstância apta a justificar o estabelecimento de regime inicialmente mais gravoso, qual seja, o semiaberto, e negar a substituição por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei de Drogas. Nesse sentido:

[...]

4. Diante do quantum de pena fixado (2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 222 dias-multa), inferior a 4 anos, cotejado com a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de droga apreendida e seu consequente potencial lesivo à saúde pública, o regime a ser imposto é o semiaberto, nos termos dos art. 33, § 3º e 59, ambos do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e em consonância com esta Quinta Turma.

5. Mantida a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, embora a reprimenda final seja inferior a 4 anos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis e em razão da quantidade de drogas apreendidas, o que justifica o agravamento do regime prisional e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 885148 / SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 01/07/2024, DJe 03/07/2024.)

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **dar parcial provimento** ao recurso especial a fim de redimensionar a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, em regime inicial semiaberto.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0307039-9

**AREsp 2.722.058 /
DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 07343081720218070001

PAUTA: 03/12/2024

JULGADO: 03/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUCIANO RENANH ASSIS SALES
ADVOGADO : WELLINGTON FREITAS BARROS COSTA - DF042038
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas 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 agravo e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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