



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 946442 - PE (2024/0353425-6)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ROBERTO ANTONIO DOS REIS JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA VIA ELEITA. EXISTÊNCIA, ENTRETANTO, DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO JUSTIFICA O AGRAVAMENTO DA PENA-BASE. INERENTE AO PRÓPRIO TIPO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 OBSTADO COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS (12,335 G DE CRACK), ANOTAÇÃO DE ATO INFRACIONAL E AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES DESTA CORTE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.
Agravamento 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 07/11/2024 a 13/11/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, 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, 26 de novembro de 2024.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 946442 - PE (2024/0353425-6)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ROBERTO ANTONIO DOS REIS JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA VIA ELEITA. EXISTÊNCIA, ENTRETANTO, DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO JUSTIFICA O AGRAVAMENTO DA PENA-BASE. INERENTE AO PRÓPRIO TIPO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 OBSTADO COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS (12,335 G DE CRACK), ANOTAÇÃO DE ATO INFRACIONAL E AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES DESTA CORTE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.
Agravamento regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão monocrática, da minha lavra, nos termos da seguinte ementa (fl. 365):

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA VIA ELEITA. EXISTÊNCIA, ENTRETANTO, DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO JUSTIFICA O AGRAVAMENTO DA PENA-BASE. INERENTE AO PRÓPRIO TIPO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 OBSTADO COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS (12,335 G DE CRACK), ANOTAÇÃO DE ATO INFRACIONAL E AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES DESTA CORTE.
Ordem liminarmente concedida.

Nas razões do recurso, o *Parquet* defende que *além do maior potencial lesivo do crack e da razoável quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, deve-se considerar também a discricionariedade motivada do julgador, os quais, na espécie, justificam o incremento da basilar* (fl. 381).

Menciona que *o fato do agravado possuir dois registros por atos infracionais análogos ao delito de roubo, crime praticado com violência contra a pessoa, além de responder a outra ação penal pela prática do mesmo delito (tráfico ilícito de drogas), são suficientes, com a devida vênia, para comprovar sua dedicação à atividade criminosa* (fl. 383).

Aduz que *o agravado sequer deveria ter sido beneficiado com a causa de diminuição de pena, quiza em sua fração mais favorável (2/3), a teor dos seguintes julgados desse Tribunal da Cidadania [...] - fl. 386.*

Por fim, afirma que *o Tribunal de origem motivou concretamente o incremento da basilar e afastou com valoração idônea o afastamento do tráfico privilegiado, merecendo reforma a decisão agravada* (fl. 390).

Requer a reconsideração da decisão impugnada ou a submissão do presente agravo regimental ao órgão colegiado, a fim de que seja cassada a decisão agravada.

Não abri prazo para contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

As razões trazidas no regimental não são suficientes para infirmar a decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais ora transcrevo (fls. 365/370 - grifo no original):

De início, ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, o presente *writ* é sucedâneo de revisão criminal.

Inexistindo, neste Tribunal, julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelo paciente, forçoso reconhecer a incompetência desta Corte Superior para o processamento do presente pedido.

Nesse sentido, confirmam-se: AgRg no HC n. 494.794/MA, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 11/4/2019; e HC n. 288.978/SP, da minha relatoria, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 21/5/2018.

Além disso, a alegação de insuficiência probatória a ensejar a absolvição, como é de conhecimento, não pode ser analisada pela via mandamental, pois depende de amplo exame do conjunto probatório, providência incompatível com os estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*, cujo escopo se restringe à apreciação de elementos pré-constituídos (cognição sumária).

Nesse sentido: AgRg no HC n. 802.688/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 6/3/2023; AgRg no HC n. 772.855/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 10/3/2023; AgRg no HC n. 742. 011/MT, Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe 15/8/2022; e AgRg no HC n. 750.743/RS, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 4/8/2022.

Quanto ao mais, vislumbro ilegalidade flagrante apta a justificar a concessão da ordem de ofício.

No tocante à dosimetria, o Tribunal de origem assim se manifestou (fl. 24/26 - grifo nosso):

[...]

Na primeira fase da dosimetria, verifico que a magistrada exasperou a pena-base em 01 (um) ano acima do mínimo legal considerando a natureza e quantidade da droga apreendida, a qual, na hipótese, restou configurada como sendo “crack”, na quantidade total de 43 (quarenta e três) invólucros, equivalente a 12,335g (doze gramas, trezentos e trinta e cinco miligramas).

Nesse íterim, devida a desclassificação da circunstância judicial e razoável a exasperação da pena-base, considerando se tratar a droga de “crack”, cuja natureza é altamente perniciosa e nociva e representa elevado potencial de dependência aos usuários, pelo que deve ser mantida a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão.

No tocante à segunda fase do processo de dosimetria da pena, observo que a Magistrada aplicou a agravante de crime cometido em período de calamidade pública (artigo 61, inciso II, alínea “j”, do CP), à consideração tão somente da ocorrência do período epidêmico da COVID-19. Confira-se:

[...]

Na segunda fase, verifico presente a agravante prevista no artigo 61, II, 5, do Código Penal, pelo que aumento reprimenda em 1/6 (um sexto), fixando-a em 07 (sete) anos de reclusão, por não haver outras agravantes ou atenuantes sopesar.”

Não há como negar a situação excepcional na qual o país se encontra em razão da pandemia da COVID-19, motivo pelo qual, em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional decretou, por meio do Decreto Legislativo nº 06/2020, estado de calamidade pública em todo o território nacional, com efeito até 31 de dezembro de 2020.

Especificamente no Estado de Pernambuco, a situação de calamidade pública foi decretada pelo Decreto nº 48.833, de 20 de março de 2020.

Contudo, analisando os autos, não há qualquer demonstração probatória de que o réu se aproveitou, de modo consciente e voluntário, da situação de pandemia para praticar o delito em questão, notadamente porque a referida conjuntura em nada o favorece.

Neste caso específico, em que pese a fundamentação utilizada pelo Juízo sentenciante e, embora o fato tenha ocorrido durante a vigência de calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19, os elementos de prova jungidos aos autos não são capazes de demonstrar que, para o cometimento do delito, o agente se beneficiou de qualquer condição decorrente do estado excepcional vivido.

É dizer, não se demonstrou que, em razão do estado de calamidade pública, a conduta delitiva gerou maior incapacidade ou dificuldade de defesa da vítima, apenas consta da prova pré-constituída que o réu executou o delito no período da pandemia.

Inclusive foi declarado de forma uníssona pelos policiais que o local

do delito já era conhecido há muito tempo como de constante tráfico de drogas.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da Procuradoria de Justiça, in verbis:

“[...] Todavia, a insurgência da defesa técnica em relação à aplicação da agravante referente à calamidade pública, estatuída no inc.II, alínea "J" do Código Penal é pertinente. Para agravar-se a pena usando mencionada agravante, mister seria que a pandemia da Covid-19 fosse determinante para a realização do delito em questão, o que não é o caso. [...]”

O reconhecimento da agravante do artigo 61, inciso II, alínea “j”, do CP, não pode ocorrer de maneira indiscriminada, isso porque para a aplicação dessa agravante, não basta apenas a ocorrência de calamidade pública, sendo necessário que o agente se valha da situação para cometer o crime, o que não restou evidenciado nestes autos.

[...]

Assim, ausente a demonstração de que o réu se aproveitou do estado de calamidade pública para praticar o crime em exame, revela-se inidônea a respectiva incidência, razão pela qual afasto a respectiva agravante.

Assim, deve a pena intermediária ser redimensionada daquela fixada em primeiro grau, permanecendo em 06 (seis) anos de reclusão, já que inexistentes outras agravantes ou atenuantes.

Já na terceira fase, pleiteia o réu o reconhecimento em seu favor do tráfico privilegiado. No entanto, não obstante à época da publicação da sentença ser o acusado tecnicamente primário, verifico que ele ostenta dois registros de ato infracional equiparado a roubo (nº 0023333-42.2014.8.17.0001 e nº 0086020-55.2014.8.17.0001), bem como responde a outro processo também por tráfico de drogas (NPU nº 0008829-55.2019.8.17.0001).

Mesmo não sendo possível lançar mão unicamente de inquérito ou ação penal relativa à fato posterior para afastar o privilégio constante do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, entendo que o comportamento do acusado se mostra voltado à prática reiterada de atividade criminosa, mormente ao tráfico de drogas, o que é capaz de afastar o benefício do tráfico privilegiado.

Outrossim, sabe-se que a referida minorante deve ser analisada com reserva, porquanto a respectiva diminuição de pena tem como destinatário aquele que de forma isolada praticou ato contrário a legislação penal, o que não é o caso do réu.

A mens legis do dispositivo do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, contempla com a previsão do trecho "dedicação a atividades criminosas", exatamente uma apuração através de elementos menos objetivos do que as hipóteses de "primariedade" e "bons antecedentes", para as quais o Legislador pensou nas condenações transitadas em julgado.

Assim, entendo por manter afastado o benefício do tráfico privilegiado em benefício do recorrente, devendo ser reduzida a pena em definitivo do apelante para 06 (seis) anos de reclusão e, proporcionalmente, redimensionada a pena de multa para 600 (seiscentos) dias-multa, mantido o regime semiaberto ora fixado.

[...]

Na espécie, foi apreendida a quantidade de 12.335 g de crack (fl. 24). Considero que a referida quantidade de substância ilícita não se mostra exorbitante a ponto de justificar o recrudesimento da pena-base em 1 ano.

Com efeito, *a apreensão de certa quantidade de drogas, em contexto como o dos autos, é inerente ao próprio crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, até porque o delito em questão exige, para fins de comprovação da sua materialidade, a apreensão de droga e a realização de laudo toxicológico definitivo* (AgRg no AREsp n. 984.996/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta

Turma, DJe 29/5/2018).

No que tange ao redutor, observa-se que a fundamentação utilizada no acórdão impugnado para afastá-lo, destoa da orientação jurisprudencial consolidada nesta Corte.

Nos termos da jurisprudência, ações penais em curso e o histórico de atos infracionais do apenado dissociado de outros elementos que demonstrem sua dedicação a atividades criminosas não é óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Nesse sentido: AgRg no HC 813.637/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/5/2023.

Confira-se, ainda, precedente de minha relatoria:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).

2. "O fato de o agente possuir ação penal em andamento e histórico de atos infracionais, consoante recorrido pelas instâncias de origem, dissociado de outros elementos que demonstrem, de forma cabal, sua dedicação à atividade criminosa não é óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado" (AgRg no HC 813.637/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 799.456/SC, Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, DJe 5/12/2023 – grifo nosso).

Do mesmo modo, é vedada a valoração isolada da quantidade e natureza das drogas para se estabelecer conclusão no sentido de que o réu se dedica ao crime:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO . RECURSO DESPROVIDO.

1. A Suprema Corte firmou o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso não constituem fundamentos idôneos para afastar a minorante do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse sentido: RE 1283996 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020.

2. Conforme entendimento ressonante nesta Corte, a quantidade de drogas, isoladamente, não impede a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

3. Na hipótese , apesar da nocividade dos entorpecentes apreendidos, a quantidade não se revela expressiva a ponto de justificar o afastamento do redutor. Dessa forma, mostra-se adequada a aplicação da fração de 1/2, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.124.395/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe 22/2/2023 - grifo nosso).

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar a pena do paciente.

Na primeira fase, afastada a exasperação, fixo a basilar em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa; na segunda etapa, ausente agravante e atenuante, mantenho a pena intermediária em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa; na

terceira fase, entendo que o paciente faz jus à incidência do redutor, na fração de 2/3, considerando a quantidade da droga apreendida (12,335 g *crack* - fl. 24), o que implica a redução da pena privativa de liberdade a 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 167 dias-multa.

Fixada a pena-base no mínimo legal e considerando-se a primariedade do réu, é possibilitada a imposição do regime aberto.

Igualmente, considerando a natureza do crime (perpetrado sem violência ou grave ameaça) e o patamar da pena (inferior a 4 anos), substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo competente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no HC 946.442 / PE
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0353425-6

Número de Origem:

00070988720208170001 0100400130178202013 100400130178202013 70988720208170001

Sessão Virtual de 07/11/2024 a 13/11/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : ROBERTO ANTONIO DOS REIS JUNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

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 : ROBERTO ANTONIO DOS REIS JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/11/2024 a 13/11/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, 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, 13 de novembro de 2024