

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.923.803 - AC (2021/0051426-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : CARTIELE SOARES DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. CULPABILIDADE. NEGATIVAÇÃO. *BIS IN IDEM* COM A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TENTATIVA DE INGRESSO DE ENTORPECENTES EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. OCULTAÇÃO NA REGIÃO PÉLVICA. *MODUS OPERANDI* COMUM À PRÁTICA DELITIVA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. MERA SUPOSIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE OUTROS PESSOAS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGAS. HABITUALIDADE. CONCLUSÃO APENAS A PARTIR DE DECLARAÇÕES DA PRÓPRIA RÉ. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 197 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PENA. REDIMENSIONAMENTO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O fato de que as drogas estavam escondidas na região pélvica da Recorrente não se confunde com o ingresso das drogas no estabelecimento prisional, que é elementar da causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, inexistindo o alegado *bis in idem*. Contudo, o aludido *modus operandi* é uma das formas mais comuns utilizadas para o ingresso de entorpecentes em estabelecimentos prisionais, não demonstrando um maior grau de reprovabilidade da conduta. Tanto que, como é de conhecimento notório, é realizada a revista íntima nos visitantes, antes do seu ingresso nas instalações em que se encontram os detentos.

2. Inidoneidade dos fundamentos utilizados para negatar a culpabilidade evidenciada, devendo ser excluída a negatificação do referido vetor.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, alinhada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, nem mesmo ações penais em curso ou condenações não definitivas autorizam, por si sós, a conclusão pela dedicação das atividades criminosas, para fins de afastamento do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo assim, muito menos a mera notícia da prática de outras infrações criminais, em relações às quais sequer se trouxe informação de ter havido a instauração da persecução penal, autoriza o afastamento da referida minorante.

4. 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. Entretanto, foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a

Superior Tribunal de Justiça

modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

5. No caso em análise, a quantidade de entorpecentes apreendidos em poder da Recorrente não justifica qualquer modulação da minorante, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico.

6. Recurso especial provido, a fim de excluir a negatização da culpabilidade, aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), ficando as penas redimensionadas nos termos do voto, bem assim fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Penais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2022(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.923.803 - AC (2021/0051426-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : CARTIELE SOARES DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso especial interposto por CARTIELE SOARES DA SILVA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre na Apelação Criminal n. 0010143-80.2019.8.01.0001.

Em primeiro grau, a Recorrente foi condenada às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 600 (seiscentos) dias-multa, por infração ao art. 33, caput, c.c o art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006 (45g de maconha e 44g de cocaína). Houve apelação somente defensiva, que o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim ementado (fl. 128):

"PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DECOTE DO VETOR CULPABILIDADE SOB O ARGUMENTO DE BIS IN IDEM COM A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. INOCORRÊNCIA. PRIMEIRA FASE JUSTIFICADA PELA EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE ULTRAPASSARAM AS EXIGIDAS AO TIPO PENAL. TERCEIRA FASE FUNDAMENTADA EM RAZÃO DO CRIME TER SIDO COMETIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL.

1. A existência de circunstâncias desfavoráveis ao agente autoriza a manutenção da pena-base acima do mínimo legal.

2. Não incide bis in idem quando a circunstância atinente à culpabilidade estiver fundamentada pela censurabilidade da conduta e aplicada a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, para majorar a pena.

3. Para concessão da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, todas as exigências devem ser atendidas.

4. Apelo conhecido e desprovido."

Alega a Recorrente a violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal, sustentando haver *bis in idem* na fundamentação utilizada para negatar a culpabilidade e aplicar a causa de aumento. Sustenta o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, argumentando ser cabível a causa de diminuição do tráfico privilegiado, na sua fração máxima.

Pede o provimento do recurso especial, com o redimensionamento das penas e a

Superior Tribunal de Justiça

fixação de regime mais benéfico.

Oferecidas contrarrazões (fls. 169-181), admitiu-se o recurso na origem (fl. 182).

O Ministério Público Federal opina não conhecimento do recurso especial, em parecer com a seguinte ementa (fl. 191):

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE E DA REPRIMENDA ESTABELECIDA NA TERCEIRA ETAPA DO MÉTODO TRIFÁSICO, COM A APLICAÇÃO DA MINORANTE RELATIVA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ÓBICE DA SÚM. 7/STJ. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

– A pretensão aviada no Especial, pela qual se busca a revisão dos critérios adotados na primeira fase da dosimetria, para fixação da pena-base, bem como nas outras etapas da dosagem da reprimenda, com vistas à redução da pena, remete à reapreciação dos fatos e do poder de convicção das provas do caso em apreço, atraindo o óbice estampado na Súmula nº 7 do STJ.

– Parecer pelo não conhecimento do recurso especial."

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.923.803 - AC (2021/0051426-6)
EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. CULPABILIDADE. NEGATIVAÇÃO. *BIS IN IDEM* COM A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TENTATIVA DE INGRESSO DE ENTORPECENTES EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. OCULTAÇÃO NA REGIÃO PÉLVICA. *MODUS OPERANDI* COMUM À PRÁTICA DELITIVA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. MERA SUPOSIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE OUTROS PESSOAS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGAS. HABITUALIDADE. CONCLUSÃO APENAS A PARTIR DE DECLARAÇÕES DA PRÓPRIA RÉ. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 197 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PENA. REDIMENSIONAMENTO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O fato de que as drogas estavam escondidas na região pélvica da Recorrente não se confunde com o ingresso das drogas no estabelecimento prisional, que é elementar da causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, inexistindo o alegado *bis in idem*. Contudo, o aludido *modus operandi* é uma das formas mais comuns utilizadas para o ingresso de entorpecentes em estabelecimentos prisionais, não demonstrando um maior grau de reprovabilidade da conduta. Tanto que, como é de conhecimento notório, é realizada a revista íntima nos visitantes, antes do seu ingresso nas instalações em que se encontram os detentos.

2. Inidoneidade dos fundamentos utilizados para negatar a culpabilidade evidenciada, devendo ser excluída a negatização do referido vetor.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, alinhada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, nem mesmo ações penais em curso ou condenações não definitivas autorizam, por si sós, a conclusão pela dedicação das atividades criminosas, para fins de afastamento do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo assim, muito menos a mera notícia da prática de outras infrações criminais, em relações às quais sequer se trouxe informação de ter havido a instauração da persecução penal, autoriza o afastamento da referida minorante.

4. 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. Entretanto, foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

5. No caso em análise, a quantidade de entorpecentes apreendidos em poder da Recorrente não justifica qualquer modulação da minorante, pois não

extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico.

6. Recurso especial provido, a fim de excluir a negatificação da culpabilidade, aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), ficando as penas redimensionadas nos termos do voto, bem assim fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Penais.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Disse o Julgador singular, ao negativar o vetor referente à culpabilidade (fl. 79):

"[...] vê-se que culpabilidade é altamente reprovável, tendo a acusada tentado burlar o sistema de ingresso no presídio, levando drogas escondida em sua região pélvica, com suposto envolvimento de mais três pessoas, conforme destacado durante o seu interrogatório."

Por sua vez, extrai-se do acórdão recorrido (fls. 137-138):

"No caso em análise, a conduta da Recorrente, ultrapassou àquelas inerentes ao tipo penal.

Como se observa, a fundamentação feita pelo juízo sentenciante para negativar a culpabilidade não se prendeu ao fato de a Apelante ter adentrado no presídio levando a droga em suas partes íntimas. A vetorial foi julgada desfavorável à acusada porque esta, antes de tentar burlar o sistema de ingresso no presídio, não se contentando em repassar a droga ao seu companheiro, também envolveu outras pessoas, conforme a própria confissão quando foi interrogada em Juízo.

Dessa forma, ante a existência de elementos concretos a demonstrarem reprovação anormal da conduta da Apelante, há de ser mantida a negatificação da vetorial culpabilidade. In casu, o aumento usado pelo Juízo de não merece reparos, eis que agiu de acordo com discricionariedade, com observância aos princípios razoabilidade e proporcionalidade.

[...]

Nesse cenário de informações, observa-se que na primeira fase o Juízo Sentenciante considerou altamente reprovável a conduta da acusada porque esta, na tentativa de burlar o sistema de ingresso no presídio, envolveu outras pessoas além do seu companheiro, conforme confessado em Juízo.

De outra banda, a pena foi majorada na terceira fase em razão de ter a infração sido cometida nas dependências de estabelecimento prisional, cujo acréscimo importou em 1/6 (um sexto), isto é, o mínimo recomendado

Superior Tribunal de Justiça

pelo caput do citado art. 40 da Lei nº 11.343/06."

O fato de que as drogas estavam escondidas da região pélvica da Recorrente não se confunde com o ingresso das drogas no estabelecimento prisional, que é elementar da causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, inexistindo o alegado *bis in idem*. Contudo, o aludido *modus operandi* é uma das formas mais comuns utilizadas para o ingresso de entorpecentes em estabelecimentos prisionais, não demonstrando um maior grau de reprovabilidade da conduta. Tanto que, como é de conhecimento notório, é realizada a revista íntima nos visitantes, antes do seu ingresso nas instalações em que se encontram os detentos.

Nesse sentido, *mutatus mutandis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE AUTORIZOU A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DECISÃO AGRAVADA QUE ALTEROU A FRAÇÃO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PARA 2/3 E A DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006 PARA 1/6. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA UTILIZAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA PARA A CAUSA DE AUMENTO. INEXISTÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DE MEIO ATÍPICO PARA DRIBLAR A FISCALIZAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS QUE NÃO SE MOSTRA EXORBITANTE PARA JUSTIFICAR A MODULAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. No caso em tela, a existência de constrangimento ilegal evidente autorizou a concessão de habeas corpus de ofício, para adotar a fração máxima de redução pelo tráfico privilegiado e a mínima pela causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

3. Já definiu esta Corte que a adoção de fração de causa de aumento superior a 1/6, bem como a de causa de diminuição inferior a 2/3, requer fundamentação concreta.

4. Na hipótese dos autos, as instâncias locais utilizaram a forma de ocultação da droga (interior da vagina da paciente) para justificar o aumento em maior extensão. No entanto, a ocultação, no caso de ingresso em estabelecimento prisional, é inerente à própria causa de aumento. Assim,

Superior Tribunal de Justiça

somente restaria justificada a adoção de fração mais gravosa se tivesse sido utilizado meio atípico para driblar a fiscalização, o que não ocorreu, já que a ocultação na cavidade vaginal é o meio comumente utilizado por mulheres para entrar com entorpecentes em presídios.

5. Embora a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos possam embasar a adoção do percentual mínimo da redutora previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, no caso dos autos, a quantidade de droga apreendida - 136,2g de maconha, não se mostra expressiva a ponto de autorizar a modulação da fração da causa de diminuição da reprimenda do tráfico privilegiado.

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC n. 691.318/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 3/11/2021.)

Ademais, a colaboração de 3 (três) pessoas na prática delitiva, segundo afirmado na própria sentença, seria apenas uma suposição tirada a partir do interrogatório da Recorrente. Contudo, a pena-base não pode ser exasperada em suposições, mas exige dados concretos.

Sendo assim, está evidenciada a inidoneidade dos fundamentos utilizados para negativar a culpabilidade, motivo pelo qual se impõe a exclusão do desvalor atribuído a esse vetor.

Outrossim, o Juízo de primeiro grau, ao não aplicar a causa de diminuição do tráfico privilegiado, assim fundamentou (fl. 78):

"Vê se que o Ministério Público e a defesa requereram ainda a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da lei 11343/2006. Denoto que tal tese não merece ser acolhida, tendo em vista que ao ingressar no estabelecimento prisional com drogas durante a visita, revela maior ousadia e desrespeito da acusada em descumprir os ditames da lei, devendo tal conduta sofrer maior repressão da justiça com o fim frear os instintos dos transgressores mais ousados que maculem o ingresso no presídio local com objetos ilícitos ou em desacordo com os regramentos ali impostos. Assim, hei por bem inadmitir o requerimento das partes, por entender que no caso concreto não cabe qualquer benesse."

O Tribunal estadual, no julgamento da apelação defensiva, manteve a negativa da minorante (fls. 141-143):

"[...] a Recorrente não preenche todas as exigências do citado dispositivo legal (primariedade, bons antecedentes, e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa), pois ao que se extrai de suas declarações em Juízo e das demais provas coletadas dedica-se à atividades criminosas, contribuindo para tal constatação o fato de ter sido flagranteada portando variada e considerável quantidade de

Superior Tribunal de Justiça

entorpecente, tendo sido apreendido em seu poder 01 (uma) barra de maconha, pesando 45 (quarenta e cinco) gramas e 01 (uma) trouxinha de cocaína, pesando aproximadamente 44 (quarenta e quatro) gramas, conforme registra o Termo de Apreensão (fl. 35) e o Auto de Constatação Preliminar (fl. 36).

Com isso, resta caracterizado que a Apelante se dedica à atividade criminosa - porte e distribuição de entorpecentes, razão pela qual não pode ser beneficiada com a causa especial de diminuição requerida.

[...]

No mesmo sentido, ponderou o douto Procurador de Justiça Álvaro Luiz de Araújo Pereira em seu parecer — fl. 122:

'(...) Ora, não há dúvidas, pelas declarações da própria Apelante, de eis que ela se dedicava às práticas ilícitas, que outras vezes drogas, já ingressara na unidade prisional com o fito de quitar débitos contraídos por seu cônjuge no presídio onde cumpre pena, circunstância a obstaculizar o reconhecimento da figura o Juízo do tráfico privilegiado, como bem decidiu piso.

Aliás, o entendimento a quantidade jurisprudencial é no droga sentido de que e nocividade da apreendida (in casu, tratou-se de 45g de maconha e 44g de cocaína), somadas outras circunstâncias colhidas nos autos, constituem-se em elementos idôneos à negativa de aplicação do redutor do §4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, eis que evidenciam a ou dedicação do agente às com atividades criminosas o seu envolvimento organização criminosa(...)''

Não foi produzida nenhuma prova concreta de que houvesse prévia incursão da Recorrente na seara criminosa.

Por uma interpretação extensiva do art. 197 do Código de Processo Penal, as afirmações da Ré, em seu interrogatório, no sentido de que já ingressara com drogas na unidade prisional outras vezes, para quitar débitos contraídos por seu cônjuge na prisão, não são suficientes, por si sós, para caracterizar a habitualidade criminosa.

Além disso, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, alinhada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, nem mesmo ações penais em curso ou condenações não definitivas autorizam, por si sós, a conclusão pela dedicação das atividades criminosas, para fins de afastamento do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo assim, muito menos a mera notícia da prática de outras infrações criminais, em relações às quais sequer se trouxe informação de ter havido a instauração da persecução penal, autoriza o afastamento da referida minorante.

A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Para fazer jus à incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. **A Terceira Seção deste Superior Tribunal, na apreciação do AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 27/10/2021, DJe 3/11/2021, revisitando entendimento anteriormente firmado, se alinhou ao posicionamento do STF, fixando a tese de que 'a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06'.**

4. Na espécie, a Corte local utilizou ação penal em curso como fundamento para evidenciar a dedicação do réu a atividades criminosas (e-STJ fl. 221). Nesse contexto, não se admitindo a utilização de tais anotações para obstar a incidência da privilegiadora, o decisum agravado reconheceu a incidência da causa especial de diminuição de pena em relação ao agravado, aplicando-a na fração de 2/3, o que não merece reparos.

5. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp n. 2.056.896/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO EM CURSO E CONDENAÇÃO SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. O Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, possui o entendimento de que inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de

Superior Tribunal de Justiça

Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Ressalva deste relator.

[...]

4. *No caso, fora afastado o fundamento relativo aos processos em andamento, restando somente a quantidade de drogas apreendidas para levar à conclusão de que o réu seria dedicado a atividades delituosas, portanto, deve ser aplicado, em seu favor, o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*

5. *Agravo regimental não provido." (AgRg no HC n. 706.914/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022.)*

Outrossim, 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. Entretanto, foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

Confira-se a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.

1. *Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

2. *A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da*

Superior Tribunal de Justiça

Lei n. 11.343/2006.

1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa.

3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).

3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.

5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que 'as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'. O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese - As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os

Superior Tribunal de Justiça

únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.

7. *Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).*

8. *Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que 'A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006' (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).*

9. *Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha).*

10. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Terceira Seção, DJe de 1/6/2022, sem grifos no original.)*

No entanto, no caso em análise, a quantidade de entorpecentes apreendidos em poder da Recorrente (**45g de maconha e 44g de cocaína**) não justifica qualquer modulação da minorante, pois não extrapola aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico. Desse modo, entendo cabível a aplicação do redutor no patamar máximo, pois não foram indicadas outras circunstâncias aptas a justificar a fixação de outra fração.

Com igual conclusão:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO LIMINAR DA ORDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUI FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. *A mais recente orientação da Terceira Seção desta Casa é de 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. Com efeito, a quantidade e a natureza do material tóxico*

Superior Tribunal de Justiça

somente poderão justificar o afastamento do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

3. Na presente hipótese, verifico que a dedicação à atividade criminosa foi assentada tão somente na quantidade de material tóxico encontrado, circunstância que não pode ser considerada apta a afastar a aplicação da referida minorante, pois não evidencia situação além daquela inerente à configuração do próprio tipo penal pelo qual o agente foi condenado. Desse modo, entendo que o agravado faz jus ao benefício em análise, na fração máxima de 2/3 (dois terços).

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 739.364/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022.)

"[...]

2. Alguns julgados, posteriores ao REsp 1.887.511/SP, têm admitido que o redutor máximo de 2/3 não se aplique aos casos nos quais seja expressiva a quantidade da droga apreendida, hipótese que aqui não se apresenta, por tratar-se de 540g de maconha e 33g de crack.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.959.836/SC, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 15/02/2022.)

Passo ao redimensionamento das penas.

Na primeira fase, afastada a negativação da culpabilidade e, não remanescendo outro vetor negativo, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, apesar da atenuante da confissão, permanece no mesmo patamar (Súmula n. 231 do STJ). Na terceira etapa, aplico a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3 (dois terços), tornando a pena definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.**

Diante do *quantum* da pena final, da primariedade, da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da não expressiva quantidade de drogas apreendidas, fixo o regime inicial aberto, e substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e do art. 44, ambos do Código Penal, a serem especificadas pelo Juízo da Execução.

A esse respeito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA

Superior Tribunal de Justiça

AFASTAR O BENEFÍCIO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A mais recente orientação de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal é a de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de pena relativo ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. Além disso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente pronunciamento, apresentou entendimento alinhado à Suprema Corte.*

2. *Nessa esteira de entendimento, constata-se que a Corte de origem não apresentou fundamentação válida para afastar a causa especial de redução de pena, razão pela qual se conclui pela incidência da referida minorante em seu grau máximo, notadamente em virtude da reduzida quantidade de entorpecentes apreendida.*

3. ***Reduzida a reprimenda, e tendo em vista a fixação da pena-base no mínimo legal em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, é cabível na espécie a fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.***

4. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.973.370/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022, sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO INFORMAL NÃO UTILIZADA PARA SUBSIDIAR A CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO.

[...]

2. ***Fixada a pena-base no mínimo legal, ao apenado com pena definitiva de 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, a quantidade de drogas (571,3g de maconha, e 199,6g de cocaína), embora não possa ser considerada irrelevante, autoriza a fixação do regime prisional previsto à pena aplicada e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.***

3. *Agravo regimental parcialmente provido. Estabelecimento, em relação ao agravante Marcos Vinicius da Silva Alves Bittencourt, ao qual imposta a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, o regime aberto e substituição por penas restritivas de direitos, a cargo do Juízo da Execução.*" (AgRg no HC n. 677.073/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO do TRF 1ª REGIÃO), Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021; sem grifos no original.)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de excluir a negatificação da culpabilidade, aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), ficando as penas redimensionadas nos termos do

Superior Tribunal de Justiça

voto, bem assim fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Penais.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2021/0051426-6 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.923.803 / AC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00101438020198010001 082019000348627 101438020198010001

PAUTA: 13/09/2022

JULGADO: 13/09/2022

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CARTIELE SOARES DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.