



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.361.718 - SP (2018/0237739-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : ANTONIEL MENDES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JACQUELINE DO PRADO VALLES E OUTRO(S) - SP138663
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO. FUNDAMENTOS. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS VÁLIDOS A DEMONSTRAR QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Não havendo impugnação específica acerca de todos os fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial, deve ser aplicada, por analogia, a Súmula n. 182 deste Tribunal Superior.

2. No caso, há flagrante ilegalidade na dosimetria, uma vez que a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi afastada em razão de o agravante se dedicar às atividades criminosas, sem a indicação, contudo, de elementos suficientes para indicar tal situação. Além disso, as instâncias ordinárias reconheceram a primariedade e os bons antecedentes, além de não se revelar significativa a quantidade de droga apreendida, qual seja, 23,42g (vinte e três gramas e quarenta e dois centigramas) de cocaína e 4,73g (quatro gramas e setenta e três centigramas) de *crack*.

3. Agravo regimental desprovido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para redimensionar a reprimenda e, por consequência, fixar o regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e conceder a ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 04 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.361.718 - SP (2018/0237739-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : ANTONIEL MENDES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JACQUELINE DO PRADO VALLES E OUTRO(S) - SP138663
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ANTONIEL MENDES DE OLIVEIRA contra decisão da lavra da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial por incidência do óbice prescrito na Súmula n. 182/STJ.

Consta dos autos que o agravante foi condenado às penas de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista a apreensão de **20 invólucros plásticos, tipo *eppendorf*, contendo cocaína, com peso líquido de 23,42g (vinte e três gramas e quarenta e dois centigramas) e 12 invólucros plásticos contendo cocaína na forma de *crack* com peso líquido de 4,73g (quatro gramas e setenta e três centigramas)** – e-STJ fl. 2.

A apelação criminal da defesa foi desprovida.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

Irresignada, interpôs a defesa recurso especial, alegando contrariedade aos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei n. 11.343/2006 e aos arts. 33, § 2º, e 44, ambos do Código Penal, além de dissídio pretoriano. Argumentou que deve incidir a minorante referente ao tráfico privilegiado, tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do acusado, além de estar comprovado nos autos que ele não se dedicava às atividades criminosas nem integrava organização criminosa. Aduziu que foi ínfima a quantidade de entorpecentes apreendidos.

Sustentou a ilegalidade no regime fechado, uma vez que foi cominado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com base na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas. Destacou que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi estipulada no mínimo legal. Da mesma forma, arguiu que não há motivação idônea para negar a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas.

Inadmitido o apelo extremo, os autos subiram a esta Corte em virtude de agravo, que, entretanto, não foi conhecido.

No presente regimental, a defesa sustenta que impugnou especificamente a decisão denegatória de admissibilidade e reitera as razões do apelo nobre.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão da matéria ao colegiado.

O Ministério Público Federal apresentou contraminuta, pugnando pelo não conhecimento do agravo regimental (e-STJ fls. 491/494).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.361.718 - SP (2018/0237739-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A irresignação não merece prosperar.

O Tribunal de origem não admitiu o recurso especial, tendo em vista a deficiência quanto à fundamentação (art. 1.029 do Código de Processo Civil e Súmula n. 182/STJ) e a aplicação da Súmula n. 7/STJ, além da falta de comprovação do dissídio jurisprudencial.

De fato, o agravante deixou de infirmar a decisão negativa de admissibilidade de maneira fundamentada, limitando-se a reiterar as razões do apelo nobre e a aduzir que suas pretensões não demandam simples reexame de provas.

Desse modo, não havendo **impugnação específica** acerca dos fundamentos da decisão questionada, deve ser aplicado, por analogia, o teor da Súmula n. 182 deste Tribunal Superior.

Nesse sentido, confirmam-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVA. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA CONFIRMADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Embargos de declaração opostos com caráter infringente, que devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

2. Nos termos da Súmula 182 do STJ, é manifestamente inadmissível o agravo em recurso especial que não impugna, especificamente, todos os fundamentos da decisão confrontada.

3. Não tendo decorrido lapso temporal superior a 4 anos, entre os marcos temporais interruptivos, não há falar-se em prescrição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretensão punitiva.

4. *Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no AREsp 614.968/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, DJe 29/02/2016.)*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. ÓBICES INTRANSPONÍVEIS DAS SÚMULAS 182 DESTA CORTE E 283 DO SUPREMO TRIBUNAL. TESE DOS ACLARATÓRIOS DE CONTRADIÇÃO, UMA VEZ QUE HOUVE SIM IMPUGNAÇÃO IDÔNEA. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. *Da leitura atenta das razões constantes da petição dos embargos de declaração, verifica-se que o verdadeiro intento do embargante é rever o mérito da decisão objeto deles, intenção que refoge das hipóteses legais justificadoras da oposição dos aclaratórios.*

2. *Não obstante essa realidade, a impugnação a que se refere o enunciado da Súmula 182 é a que enfrenta, especificamente, o conteúdo do fundamento, e não a que o faz de maneira genérica.*

3. *Assim, a impugnação feita por meio do argumento de que "[...] o juízo de admissibilidade do recurso especial, no Tribunal de origem, deve limitar-se à análise dos pressupostos recursais genéricos e específicos, não cabendo a ele emitir juízo de valor sobre a conformidade ou não do julgado à jurisprudência do STJ, pois isso diz respeito ao mérito recursal" não logra infirmar a razão de decidir de que se valeu o Tribunal estadual para impedir a subida do recurso especial, mostrando-se, mesmo, inarredável o óbice da Súmula 182.*

4. *À falta de quaisquer das hipóteses elencadas no art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos devem ser rejeitados.*

5. *Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 778.294/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016.)*

No entanto, verifico flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

Compulsando os autos, verifico que a pena-base, quanto ao crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, foi cominada no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, sendo reconhecida, ainda, a primariedade do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na terceira fase da dosimetria, as instâncias ordinárias indeferiram a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. No ponto, assim decidiu a Corte estadual (e-STJ fls. 245/249):

Agiu com acerto o MM. Juiz ao afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06.

A incidência de tal minorante está condicionada ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais, quais sejam, primariedade, bons antecedentes e que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

E o apelante esbarra nestes últimos itens, por conta da prova circunstancial entranhada no processo, a evidenciar que sua conduta ultrapassa a do mero traficante eventual, ocasional, este sim destinatário do benefício legal.

Ora, desde a fase investigativa o apelante admitiu desemprego ao tempo da ocorrência e, ainda, afirmou se dedicar ao comércio proscrito há cerca de três meses antes do flagrante. Daí que o fato de ter obtido registro empregatício após ter sido beneficiado com a liberdade provisória não altera a situação na qual se encontrava na época do episódio fático descrito na exordial.

Ou seja, naquela ocasião, dedicava-se, sim, à atividade proscriita, o que, repito, ele reconheceu na presença do MM. Juiz.

Por tudo isso, ainda que ausentes condenações criminais precedentes, as circunstâncias concretas da prática do crime e demais elementos probatórios revelam a dedicação a atividades criminosas (STF - HC 109.172/MS - rel. Min. Rosa Weber-j. 11.9.2012).

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, o que não é o caso. Oportuno remeter ao escólio do E. Des. Geraldo Wohlers, da 3ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apel. n. 0001734-82.2010.8.26.0568, em 19.7.2011: "(...) A diminuição hoje admitida pelo artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não está inquinada de inconstitucionalidade. Trata-se de mecanismo que fornece ao Magistrado maior amplitude e liberdade de atuação para aferir no caso concreto a retribuição penal a ser suportada pelo transgressor, prestigiando o princípio constitucional da individualização da pena, direito fundamental insculpido no artigo 5º, XLIV, da CF.

Todavia, referida redução não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A mens legis da Lei n. 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A inteligência útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita à luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais" (verbis).

Igualmente adequado transcrever outro precedente, este relatado pelo Des. Luiz Antonio Cardoso, da 3ª Câm. Direito Criminal, no julgamento da Apel. Criminal n. 990.09.111160-0 - comarca de Lucélia - em 25.5.2010: "(...) essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder" (verbis).

Vê-se que as lições retro mencionadas, adequadas ao caso em tela, não admitem o benefício. (Grifei.)

Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Evidente, portanto, que o benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como destinatário o pequeno traficante, ou seja, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, e não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

Sobre o tema, ensina Guilherme de Souza Nucci:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda (In Leis penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ªed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359).

De acordo com os exertos acima transcritos, a Corte de origem deixou de aplicar a causa especial de diminuição de pena em razão de o agravante se dedicar às atividades criminosas, elucidando, para tanto, o fato de estar desempregado e ter admitido se dedicar ao comércio proscrito há cerca de três meses antes do flagrante.

Contudo, na espécie, entendo que esses apontamentos não se mostram suficientes para se concluir pela dedicação do agravante à atividade criminosa, à míngua de outros elementos válidos para indicar tal situação, razão pela qual entendo que ele faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, notadamente em se considerando a primariedade e os bons antecedentes do agente. Ademais, a quantidade de entorpecente apreendida também não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do agravante à atividade criminosa.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, possa denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade de substâncias apreendidas em poder do acusado - 51 gramas de maconha - não é excessivamente elevada a ponto de se concluir que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e que, no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância habitual.

2. O simples fato de o acusado não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão contrária, qual seja, a de que se dedica a atividades criminosas, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população, e não algo desejado.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 317.681/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018.)

Ademais, a Corte de origem entendeu que o ora agravante não fazia jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena, tendo em vista o fato de estar desempregado. Entretanto, a fundamentação declinada não apresenta elementos concretos a autorizar a conclusão inequívoca de que, de fato, se dedicava à atividade criminosa como meio de vida.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADO SEM OCUPAÇÃO LÍCITA E QUANTIDADE NÃO MUITO ELEVADA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RESTABELECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FRAÇÃO MÁXIMA APLICADA, PARA EVITAR O VEDADO BIS IN IDEM. PENA REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que afastou a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que o paciente dedica-se às atividades criminosas pelo fato de não exercer atividade lícita, pois estava desempregado à época dos fatos. Ademais, a quantidade das drogas apreendidas (17,46 gramas de maconha e 13,94 gramas de crack) não foi tão elevada a ponto de indicar, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do acusado às atividades ilícitas.

- Restabelecido o reconhecimento do tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração máxima de 2/3, pois configura indevido bis in idem a utilização da quantidade/nocividade da droga para fundamentar aumento da pena-base e, também, para definir o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 2 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 483 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 359.875/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. FRAÇÃO DO REDUTOR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RELEVÂNCIA DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA PARA A ESCOLHA DO REDUTOR. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O fato de o paciente ter praticado o crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, a afirmar que ele se dedique a atividades delituosas, tampouco o justifica a situação de estar desempregado e não ter comprovado o exercício de qualquer atividade lícita, sobretudo em se considerando que, diante da realidade social brasileira, não ter trabalho é infortúnio da maior parte da população, e não algo tencionado.

2. Constatado o preenchimento de todas as condições necessárias ao reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa, de rigor a aplicação da benesse.

3. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

4. Juízo de proporcionalidade que autoriza a mitigação máxima em 2/3 (dois terços), haja vista a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais e a reduzida quantidade de droga apreendida em poder do paciente - 14 (catorze) papelotes de cocaína, perfazendo o total de 8,4 g (oito gramas e quatro decigramas).

5. Ordem concedida para reconhecer, em favor do paciente, a aplicação em 2/3 (dois terços) da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, tornando-se a sua pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado. (HC 144.827/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 18/10/2010, grifei.)

Passo ao redimensionamento da reprimenda.

A pena-base foi fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase de dosimetria, deve-se aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar de 1/3, com base na diversidade dos entorpecentes apreendidos (cocaína e crack), de forma que a pena definitiva é fixada em **3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa**.

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006).

Na espécie, as instâncias de origem estabeleceram o regime fechado para o início do cumprimento da sanção privativa de liberdade, considerando a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos (e-STJ fl. 250).

Porém, considerado o *quantum* de pena aplicada e estabelecida a pena-base no mínimo legal, em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais, parece-me suficiente, diante da quantidade de entorpecente apreendido, a submissão do agravante ao regime inicial semiaberto.

É importante enfatizar, diante do contexto em análise, que a fixação de regime prisional mais gravoso exige motivação idônea, não podendo estar alicerçada apenas na gravidade em abstrato do delito, sem a indicação de elementos concretos que demonstrem a sua real necessidade.

A propósito, o teor dos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, bem como do enunciado n. 440 da Súmula do STJ:

Enunciado 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Enunciado 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Enunciado 440/STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental. **De ofício, concedo a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, e, assim, reduzir a reprimenda para 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa, bem como para fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0237739-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 1.361.718 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00147287320158260405 004550000 147287320158260405 1537/2015 15372015 4550000
RI0045V5Q0000

EM MESA

JULGADO: 04/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ANTONIEL MENDES DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : JACQUELINE DO PRADO VALLES E OUTRO(S) - SP138663
MARIA SILVIA DO PRADO VALLES DE MATTOS - SP330806
RENALDO VALLES - SP034215
RAFAEL TIAGO DA SILVA - SP344841
ALMIR RIBEIRO - SP314254
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : ANTONIEL MENDES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JACQUELINE DO PRADO VALLES E OUTRO(S) - SP138663
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental e concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.