



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 537.980 - SP (2019/0300649-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **WILLIAN RIBEIRO DA SILVA CANDIDO**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTADA A MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. NÃO RELEVANTE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ADICIONAIS. ACÓRDÃO REFORMADO PARA RECONHECER A APLICAÇÃO DA PRIVILEGIADORA. RESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, o que não se verifica no caso, tendo em vista a apreensão de 50g de cocaína, ausentes circunstâncias adicionais.
2. A quantidade da droga, por si só, não permite a inferência de que o agente participe de organização criminosa, para fins de afastamento da privilegiadora, sobretudo quando considerado não relevante o montante.
3. A falta de ocupação lícita, por si só, não constitui fundamento idôneo para a negativa da minorante do tráfico.
4. Agravo regimental improvido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2019 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Presidente

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 537.980 - SP (2019/0300649-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **WILLIAN RIBEIRO DA SILVA CANDIDO**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de fls. 121-125, em que o *habeas corpus* foi concedido para restabelecer a sentença, fixando a pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos da decisão de piso.

Alega o *Parquet*, em síntese, que, *no caso em tela, o Tribunal de Origem fundamentou a cassação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na grande quantidade de entorpecentes apreendida e em razão da dedicação do Agravado a atividades criminosas, pois o réu fora encontrado na posse de significativa quantidade de drogas (23 porções de cocaína - 50,50 g), aliado ao fato de que não comprovou exercer qualquer atividade lícita, o que denota a gravidade concreta do delito, e a maior reprovabilidade da conduta a ele imputada (fl.135).*

Requer o provimento do recurso para fins de reforma da decisão atacada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 537.980 - SP (2019/0300649-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Alega o Parquet, em síntese, que, no caso em tela, o Tribunal de Origem fundamentou a cassação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na grande quantidade de entorpecentes apreendida e em razão da dedicação do Agravado a atividades criminosas, pois o réu fora encontrado na posse de significativa quantidade de drogas (23 porções de cocaína - 50,50 g), aliado ao fato de que não comprovou exercer qualquer atividade lícita, o que denota a gravidade concreta do delito, e a maior reprovabilidade da conduta a ele imputada (fl.135).

A decisão agravada foi assim fundamentada (fls. 122-125):

Sobre a dosimetria da pena, extrai-se do acórdão (fls. 59-63):

Passo, então, à análise da dosimetria das penas.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, bem como ao descrito no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, o Magistrado *a quo* fixou a pena base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, diária mínima, porquanto, reputaram-se ausentes circunstâncias desfavoráveis.

E, ainda que considerável a quantidade de estupefaciente apreendido pelo qual foi condenado o apelante (**23 porções de cocaína - 50,50g**), como apontado pelo Ministério Público, cabe considerar que referida circunstância será analisada na terceira fase da dosimetria.

Assim, para se evitar a alegação de bis in idem, nada se altera no particular.

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, as reprimendas não sofreram alterações, não havendo que se falar na atenuante da confissão espontânea, uma vez que não confessada a traficância, aplicável, aqui a recentíssima Súmula 630 do STJ, a prever: [...].

Na terceira fase, o Magistrado *a quo* aplicou o benefício do redutor (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), em seu grau máximo, ou seja, 2/3, beneficiando demasiadamente o acusado.

Isto porque, demonstrou-se incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que não estão preenchidos os requisitos legais, levando em conta a quantidade de entorpecente apreendido (23 porções de cocaína - 50,50g), de alta nocividade, além das condições do flagrante, cabendo acrescentar que restou configurado que não se trata de traficante eventual, mas sim, que se dedica a atividade criminosa, diante das circunstâncias do crime descrito na denúncia.

Esses elementos acima expostos mostram-se como circunstâncias idôneas para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez que denotadora de que, para ter acesso a tamanha quantidade de entorpecentes, claramente se incorporou à organização criminosa, ou, no mínimo, tem se dedicado frequentemente à traficância, [...].

[...]

Aliás, não comprovou satisfatoriamente o exercício de atividade laboral lícita, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que também reforça que vinham se dedicando às atividades criminosas, a denotar que não teriam condições financeiras para adquirir os entorpecentes que possuía. Nesse ponto, veja-se que a Lei de Drogas faculta (grifo nosso) ao magistrado - sem obrigar - a concessão do redutor, estando ele livre ainda para estabelecê-lo no patamar que entender adequado, diante da análise do caso concreto, respeitando-se o princípio da individualização da pena. E, no caso não caberia a aplicação da benesse em razão das características do crime apurado, que se revelou típico de quem se dedica às atividades criminosas, deixando, assim, de preencher um dos requisitos do citado dispositivo, além da quantidade de droga apreendida, fatores já mencionados.

Ora, ainda que não se tenham provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa à qual pertenciam, evidente que para vender e negociar drogas em qualquer lugar, os acusados deveriam necessariamente estar inseridos na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, "livre concorrência" na venda de drogas. E não se trata aqui de suposição ou mera conjectura, pois é de conhecimento público a disputa de pontos de venda de drogas entre organizações criminosas rivais. Notório que a atividade da traficância assumiu características de negócio, sendo hoje fonte de renda do crime organizado, até porque os responsáveis pela estruturação da venda de drogas - controlando as etapas de produção, transporte e acondicionamento não confiariam a entrega a consumidor final a uma pessoa que não gozasse da confiança deles, ou que não tivesse com eles algum vínculo (grifo nosso). Enfim, havendo indícios do envolvimento do acusado com a criminalidade, descabido o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. [...]

[...]. E indiscutível que, para o crime de tráfico de drogas, o regime adequado é o fechado, como quer o Ministério Público, único cabível na hipótese ainda que não fosse pelo *quantum* das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta e a hediondez do crime (Lei nº 11.464/2007). Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.

Ademais, embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos (HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que tal declaração deu-se incidentalmente, sem efeito *erga omnes*. E em verdade, o que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no art. 33, §§ 2º, b e 3º, do Código Penal.

Com o devido respeito à conclusão do Tribunal de origem, as condições do flagrante, comuns ao tipo penal, e a quantidade e natureza da droga apreendida - **50,5g de cocaína**, tendo em vista ser inexpressivo o montante, não permitem concluir a dedicação do paciente à atividade criminosa.

Além disso, a quantidade da droga, por si só, não permite a inferência de que o paciente participa de organização criminosa, para fins de afastamento da privilegiadora, ainda mais observado que a própria Corte local que reconhece que não se tem *provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa* que o réu integraria, presumindo que a participação decorre da quantidade do entorpecente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendido em poder do agente.

Nesse sentido, esta Corte Superior entende que, para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, o que não se verifica no caso dos autos. A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

5. **Não configura bis in idem caso, além da quantidade de drogas, haja outros elementos concretos nos autos, suficientes o bastante - tais como apetrechos destinados à traficância, anotações sobre contabilidade do tráfico, munições, armas de fogo, processos em andamento etc. -, que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa.** Também não há falar em bis in idem quando a natureza da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua quantidade, por exemplo, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma não cumulativa.

[...]

7. Ordem parcialmente concedida para, reconhecida a ocorrência de bis in idem, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena dos pacientes, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

(HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018)

Diante desse cenário fático, impõe-se a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar máximo de 2/3, encontrando-se a irresignação defensiva em sintonia com jurisprudência deste STJ.

Portanto, a ordem deve ser concedida para restabelecer a dosimetria realizada na sentença.

No que concerne à fixação do regime prisional, considerada a primariedade do réu, o *quantum* de pena aplicado, bem como a inexistência de circunstâncias a ensejarem o recrudescimento do regime, cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos estritos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

Dessa forma, tem-se fixada a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos da decisão de piso.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para restabelecer a sentença, fixando a pena do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas restritivas de direitos, nos termos da decisão de piso.

Com efeito, a decisão impugnada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, no sentido de que, para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa.

No caso, com o devido respeito à conclusão do Tribunal de origem, as condições do flagrante, comuns ao tipo penal, e a quantidade e natureza da droga apreendida - **50,5g de cocaína**, tendo em vista ser inexpressivo o montante, não permitem concluir a dedicação do paciente à atividade criminosa.

Além disso, a quantidade da droga, por si só, não permite a inferência de que o paciente participa de organização criminosa, para fins de afastamento da privilegiadora, ainda mais observado que a própria Corte local que reconhece que não se tem *provas exatas, inconcussas, sobre a organização criminosa* que o réu integraria, presumindo que a participação decorre da quantidade do entorpecente apreendido em poder do agente, que, aliás, não se mostra relevante.

Aduz ainda o *Parquet* que a ausência de ocupação lícita, apontada pela Corte local, pode ensejar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Contudo, é firme jurisprudência deste STJ segundo a qual a ausência de ocupação lícita, por si só, não permite a conclusão de dedicação do agente à atividade criminosa, para fins de afastamento da privilegiadora prevista na Lei de Drogas. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO, NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA E FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE NÃO RELEVANTE QUANTIDADE DE DROGA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFASTAMENTO POR SER PARCIAL. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PELO JULGADOR PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. SÚMULA 545/STJ. MINORANTE DO TRÁFICO. FALTA DE OCUPAÇÃO ILÍCITA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, apreensões de não relevante quantidade de drogas não podem justificar tratamento gravoso anormal na exasperação da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, no indeferimento da substituição das penas ou na fixação do regime prisional, mormente quando fixada a pena-base no mínimo legal.

2. A orientação desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada - em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade -, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena.

3. **A falta de ocupação lícita, por si só, não constitui fundamento idôneo para**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a negativa da minorante do tráfico.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1726100/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/6/2019, DJe 21/6/2019).

Dessarte, nada a ser alterado na decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0300649-3

AgRg no
HC 537.980 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00294103120168260071 294103120168260071

EM MESA

JULGADO: 17/12/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALEXANDRE CAMANHO DE ASSIS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WILLIAN RIBEIRO DA SILVA CANDIDO (PRESO)
CORRÉU	:	WESLEI RIBEIRO GARCIA
CORRÉU	:	ISTHARLY COLODIANO PINTO
CORRÉU	:	WELLINGTON RIBEIRO CARDOSO DA SILVA
INTERES.	:	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	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	WILLIAN RIBEIRO DA SILVA CANDIDO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES.	:	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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.