



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 406.671 - SP (2017/0161429-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : YURI DE SA CARMO
ADVOGADO : VALDEMIR BATISTA SANTANA - SP187436

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. 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, impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o montante de substâncias apreendidas em poder do acusado – 51 pinos de cocaína – não é excessivamente elevado 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 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 ele 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. O *quantum* da reprimenda estabelecida (inferior a 4 anos) e a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais (tanto que a pena-base foi definida no mínimo legal) justificam a fixação do regime inicial aberto.

4. Diante da primariedade do paciente ao tempo do delito, do *quantum* estipulado para a da reprimenda, da incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e da quantidade de drogas apreendidas, constato que a substituição da pena se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

5. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2018

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 406.671 - SP (2017/0161429-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : YURI DE SA CARMO
ADVOGADO : VALDEMIR BATISTA SANTANA - SP187436

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que concedi a ordem, a fim de aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa, fixar o regime aberto de cumprimento de pena e determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos.

O agravante pretende seja aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixado regime mais gravoso e vedada a substituição da pena.

Pleiteia a reconsideração da decisão anteriormente proferida. Subsidiariamente, pugna pelo encaminhamento deste recurso para julgamento pelo órgão colegiado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 406.671 - SP (2017/0161429-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. 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, impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o montante de substâncias apreendidas em poder do acusado – 51 pinos de cocaína – não é excessivamente elevado 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 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 ele 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. O *quantum* da reprimenda estabelecida (inferior a 4 anos) e a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais (tanto que a pena-base foi definida no mínimo legal) justificam a fixação do regime inicial aberto.
4. Diante da primariedade do paciente ao tempo do delito, do *quantum* estipulado para a da reprimenda, da incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e da quantidade de drogas apreendidas, constato que a substituição da pena se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.
5. Agravo regimental não provido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Não obstante os esforços perpetrados pelo ora agravante, não constato fundamentos suficientes a infirmar a decisão agravada, cuja conclusão mantenho.

Na hipótese, observo que o *decisum* agravado foi claro ao afirmar a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Confirma-se (fls. 107-111, grifos do original):

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal de origem entendeu pela não incidência da minorante, pelos seguintes fundamentos (fls. 59-60, grifei):

O redutor não pode incidir como regra, mas sim excepcionalmente ao traficante eventual, como por exemplo: Viciado que fornece parte da sua droga para outro usuário, porque em falta o entorpecente nos pontos de venda ilícita.

E essa não é a situação dos autos, porquanto **o réu foi surpreendido em local conhecido como ponto de tráfico com razoável quantidade de drogas e não comprovou ocupação lícita, tudo a demonstrar que ele fazia do tráfico seu meio de vida**, de modo que a redução da pena representa um prêmio para quem efetivamente não o merece.

Importante registrar, ainda, que o Juiz não pode ficar adstrito ou vinculado apenas à primariedade do acusado, pois, o art. 59 do Código Penal também determina o sopesamento dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, os quais, no caso *sub examine*, dispensam maiores digressões em face da quantidade de droga apreendida com o acusado e sua destinação.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Vale dizer, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e nem se dedique a atividades delituosas. Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "*A mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T, DJe 14/4/2014).

No caso, conforme visto, o Tribunal de origem entendeu indevida a aplicação do redutor em questão, com fundamento, basicamente, nos seguintes argumentos: a) quantidade de droga apreendida; b) fato de o paciente não ter comprovado ocupação lícita.

Em relação ao primeiro argumento – quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas –, não desconheço o entendimento da jurisprudência segundo o qual a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, **é hábil a 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, pois indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. Exemplificativamente: STJ, **AgRg no AREsp n. 359.220/MG**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 17/9/2013; STF, **HC n. 111.666/MG**, Rel. Ministro **Luiz Fux**, DJe 23/5/2012.

Contudo, ao contrário do que afirmou a Corte de origem, considero que a quantidade de droga apreendida em poder do paciente – **51 pinos de cocaína** – 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 e que, **no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância**.

No que tange ao segundo argumento, saliento que o simples fato de ele não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 tencionado.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça: **AgRg no HC n. 382.724/SP**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 27/9/2017.

Por essas razões, uma vez que não foi apontado nenhum **fundamento concreto e idôneo** que, de fato, permitisse a conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades delituosas e que o próprio Juiz sentenciante, que teve contato com as provas dos autos de maneira mais direta, chegou, inclusive, a reconhecer a incidência da minorante em questão, aplicando-a no patamar máximo, deve ser concedido o habeas corpus nesse ponto, a fim de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu favor, inclusive **no patamar máximo de 2/3**.

A propósito, faço lembrar que, segundo entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a **certa discricionariedade judicial**. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, **em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias**" (HC n. 122.184/PE, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 5/3/2015, destaquei), **situação que entendo devidamente caracterizada nos autos**.

Por fim, apenas *ad cautelam*, friso que, **especificamente no caso dos autos**, a conclusão pela possibilidade de aplicação do referido redutor não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado na via estreita do habeas corpus. O caso em análise, diversamente, requer apenas a **revaloração de fatos incontroversos** que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelo Tribunal de origem para negar ao paciente a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Por conseguinte, **restabeleço a sentença condenatória** no ponto em que aplicou em 2/3 a minorante e fixou a reprimenda em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa**.

Como consectário da redução efetivada na reprimenda do acusado, deve ser procedido ao ajuste no regime inicial de cumprimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, devendo ser estabelecido o **regime aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, haja vista o *quantum* da reprimenda estabelecida (inferior a 4 anos) e a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais (tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal – fl. 45).

Considero, ainda, que deve ser determinada a **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.

Isso porque, em razão da primariedade do paciente ao tempo do delito, do *quantum* definitivo da reprimenda, da incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e da quantidade de drogas apreendidas, entendo que a substituição da pena se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Portanto, **ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas** que permitam a análise do caso sob outro enfoque, **deve ser mantida a decisão agravada**.

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0161429-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 406.671 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00109517820148260223 109517820148260223 20170000040562

EM MESA JULGADO: 21/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VALDEMIR BATISTA SANTANA
ADVOGADO : VALDEMIR BATISTA SANTANA - SP187436
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YURI DE SA CARMO

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 : YURI DE SA CARMO
ADVOGADO : VALDEMIR BATISTA SANTANA - SP187436

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.