



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 394.290 - SP (2017/0071808-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CRISTIANO DOS SANTOS GOMES JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILÉGIO. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. CONCLUSÃO PELA NÃO DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SODALÍCIO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão recorrida, ao reconhecer o *bis in idem* no acórdão impugnado e proceder à nova dosimetria da pena, considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida apenas na terceira fase, assim como a primariedade do agente e as circunstâncias do flagrante, para aplicar o redutor em 1/4.

2. Tais particularidades levaram à conclusão no sentido de que o paciente não se dedica a atividades criminosas e que preenche os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com a aplicação da fração correspondente ao caso.

3. Estando a decisão de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 394.290 - SP (2017/0071808-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **CRISTIANO DOS SANTOS GOMES JUNIOR**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cuida-se de agravo regimental (fls. 64/68), interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra decisão singular desta relatoria (fls. 47-54), que não conheceu do *writ* impetrado, mas concedeu *habeas corpus* de ofício a fim de redimensionar a reprimenda do agravado para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto e pagamento de 375 dias-multa.

Alega o agravante que *"reconhecido o bis in idem na dosimetria da pena e considerando que as instâncias antecedentes, na interpretação dos fatos, concluíram que o paciente se dedicava a atividades criminosas rever o julgado, nesse ponto, implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizado na estreita via do habeas corpus"*, assim, defende que *"a melhor solução seria anulação do acórdão guerreado no tocante à dosimetria da pena, para que a Corte local procedesse à nova dosimetria do paciente"* (e-STJ fl. 67).

Requeru, ao final, *"a reconsideração da decisão combatida, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade e a variedade das drogas somente em uma das etapas do cálculo da pena, e, após, realize à nova análise sobre o regime inicial de cumprimento da reprimenda"* ou, caso assim não se entenda, *"solicita que se submeta o presente agravo regimental à deliberação da Quinta Turma"* (e-STJ fl. 68).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 394.290 - SP (2017/0071808-2)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, tendo em vista que o Ministério Público Federal tomou ciência da decisão agravada no dia 14-8-2017 (e-STJ fl. 62), cumpre atestar a tempestividade da insurgência, pois interposta aos 16.8.2017 (e-STJ fl. 64), ou seja, dentro do prazo previsto no artigo 258, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Na sequência, mister consignar que, segundo consta dos autos, o ora agravado foi denunciado pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, pois foi flagrado trazendo consigo e guardando, com a finalidade de revenda a terceiros, o total de 34,2 gramas de *crack* e 16,4 gramas de cocaína (e-STJ fl. 7).

Em primeira instância, o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Inconformada, a acusação interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, mantendo integralmente o édito condenatório.

Em face do referido acórdão, a defesa impetrou *habeas corpus*, com pedido de liminar, perante este Superior Tribunal de Justiça, alegando constrangimento ilegal, "*pois, pelas condições pessoais do paciente e pelas peculiaridades do caso, seria possível o reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como a fixação de regime menos gravoso e da substituição da reprimenda por restritivas de direitos, não se podendo afastar eventuais benesses pela gravidade abstrata do delito assestado*" (e-STJ fl. 47).

Liminar indeferida à e-STJ fl. 37.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 42-45, opinou pela denegação da ordem.

Em decisão monocrática, esta relatoria não conheceu do *writ* impetrado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas concedeu *habeas corpus* de ofício, reconhecendo a existência de *bis in idem*, por ter o Tribunal de origem considerado a quantidade e a natureza da droga na primeira e terceira fases da dosimetria da pena, redimensionando a reprimenda do agravado para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto e pagamento de 375 dias-multa.

Diante da decisão proferida, foi interposto o presente agravo regimental pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

O ponto central de discussão neste regimental diz respeito ao reconhecimento de dedicação a atividades criminosas por parte do agravado.

Como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

Na hipótese, a decisão recorrida, ao reconhecer o *bis in idem* no acórdão impugnado e proceder à nova dosimetria da pena, considerou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 34,2 gramas de *crack* e 16,4 gramas de cocaína - apenas na terceira fase, assim como a primariedade e as circunstâncias do flagrante, o que levou a concluir que o paciente não se dedicava a atividades criminosas e que, portanto, preenche os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com a aplicação da fração de 1/4 para a diminuição da pena na hipótese.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO APLICAÇÃO DA REDUÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POUCA DROGA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO NOVO QUANTUM DA PENA. REGIME ABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas 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 atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, não houve fundamentação idônea a lastrear o afastamento do tráfico privilegiado, de modo que, a pequena quantidade de drogas apreendidas, bem como a primariedade do paciente, autorizam a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Precedentes.

IV - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. V - Considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para aplicar a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no seu patamar máximo, reduzindo a pena imposta, somente em relação ao crime de tráfico de drogas, para 1 (um) ano e 8 (oito) meses, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como fixar o regime aberto, para o início do cumprimento da pena.

(HC 454.139/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DA AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES SOPESADAS NAS DUAS ETAPAS. SANÇÃO BÁSICA REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL E MINORANTE APLICADA EM MENOR EXTENSÃO. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISIONAL. QUANTIA, ESPÉCIE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

4. **Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem que a paciente se dedique ao tráfico ou que integre organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade das drogas apreendidas, in casu, não é suficiente para, por si só, impedir a concessão de benefício, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/6, de acordo com o art. 42 da referida lei.**

5. No caso, o Tribunal de origem, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, sopesou a quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos (314,4g de cocaína, 144,1g maconha e 10 frascos de lança-perfume) para elevar a pena-base em 10 meses acima do mínimo legal, o que não se mostra desproporcional. No entanto, a fim de se evitar a dupla valoração dos mesmos fatos no agravamento da pena da paciente, como decidido, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), a sanção básica deve ser fixada no mínimo legal (5 anos de reclusão), aferindo-se a quantidade e a variedade dos entorpecentes apenas na terceira fase do cálculo penal.

6. Embora a paciente seja primária e pena tenha sido estabelecida em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 33 do Código Penal.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6, redimensionando a sanção final para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 485 dias-multa, mantido o regime fechado.

(HC 454.252/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PARA DEMONSTRAR QUE O PACIENTE SE DEDIQUE A ATIVIDADE CRIMINOSA OU INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 1. O art. 33, §4º, da Lei de Drogas, dispõe que 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 a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. No caso, o Tribunal de origem, não obstante a primariedade do paciente, entendeu pela não aplicação da causa especial de diminuição de pena. Todavia, os fundamentos declinados não são suficientes para se chegar à conclusão inequívoca de que o paciente integrava organização criminosa ou se dedicava a atividades criminosas.

3. Em que pese haverem sido encontradas balança de precisão e embalagens vazias, não foram indicados outros elementos concretos para confirmar que o recorrido estaria inserido em organização criminosa, não ultrapassando tal tese o plano da suposição.

4. Esta Corte tem reiterada jurisprudência de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa.

Contudo, na espécie, a inexpressiva quantidade de entorpecente apreendida - 5,414g (cinco gramas e quatrocentos e quatorze miligramas) de cocaína - não se mostra suficiente para se concluir pela dedicação do paciente à atividade criminosa.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 406.162/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 14/12/2017)

Desse modo, considerando que a conclusão adotada na decisão ora agravada reflete o atual posicionamento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, deve ser mantido o referido *decisum* pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0071808-2

AgRg no
HC 394.290 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00196433220168260050 14062016 1782016 196433220168260050 20160000868095
4742016

EM MESA

JULGADO: 27/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANO DOS SANTOS GOMES JUNIOR

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 : CRISTIANO DOS SANTOS GOMES JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.