



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 530.724 - SP (2019/0260275-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **VINICIUS LÚCIO DA CONCEIÇÃO DE FREITAS**
ADVOGADOS : **GUSTAVO AUGUSTO SOARES DOS REIS - SP251590**
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA APENAS NA QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE LÍCITA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS NA PRIMEIRA FASE. IMPOSSIBILIDADE DE NOVA PONDERAÇÃO NA TERCEIRA FASE. APLICAÇÃO DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÁXIMA LEGAL. INALTERADO O REGIME PRISIONAL E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

– Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 organização criminosa*.

– A quantidade de entorpecentes apreendidos, de forma isolada, não é critério idôneo e suficiente para concluir que o agente se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

– A ausência de comprovação de atividade lícita não autoriza pressupor que o agente se dedique a atividade criminosa como meio de vida. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Desse modo, tendo-se em conta a primariedade do paciente, seus bons antecedentes, e a ausência de demonstração de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, reconheço o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, que deve ser aplicada na fração máxima, sob pena de *bis in idem*, tendo em vista que a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas foram negativas na primeira fase.
- Apesar de redimensionada a sanção para patamar inferior a 4 anos anos de reclusão, permanecem inalterados o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por medidas restritivas de direitos, em virtude da existência de circunstância judicial desfavorável, na esteira do disposto nos arts. 33, § 2º, "b", c/c o § 3º e 44, III, ambos do Código Penal.
- Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 530.724 - SP (2019/0260275-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **VINICIUS LÚCIO DA CONCEIÇÃO DE FREITAS**
ADVOGADOS : **GUSTAVO AUGUSTO SOARES DOS REIS - SP251590**
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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 REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL agrava regimentalmente contra decisão de minha relatoria, na qual não conheci do *writ* porque substitutivo de recurso especial. Não obstante isso, ao analisar os autos, **concedi a ordem ex officio**, para aplicar ao paciente a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, além de 166 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Afirma o agravante, contudo, que a decisão agravada merece reforma porque *ao deixar de aplicar a minorante, o Tribunal de origem observou exatamente o comando normativo inserto no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006, pois a natureza e diversidade de substâncias entorpecentes apreendidas denotam que o agravado dedica-se às atividades criminosas, não atendendo, dessarte, todos os requisitos cumulativos previstos naquele preceito legal* (e-STJ fl. 96).

Ademais, assevera que *o afastamento do tráfico privilegiado não baseou-se apenas no fato de o agravado não ter demonstrado o exercício de atividade lícita para a aquisição das substâncias entorpecentes [mas] considerou também a natureza, quantidade e diversidade de drogas apreendidas [o que] não configura bis in idem, haja vista que na primeira fase foram usados para aumentar a pena-base e na terceira a fim de afastar o benefício do tráfico privilegiado* (e-STJ, fl. 97).

Pugna, por isso, pela reconsideração do *decisum* ou pela submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja reformada a decisão agravada e afastada a incidência do §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º do art. 33 da Lei de Drogas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 530.724 - SP (2019/0260275-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, não obstante os esforços da agravante, **não constato elementos suficientes para reconsiderar minha decisão**, cuja conclusão mantenho por seus próprios fundamentos.

Conforme relatado, buscava a impetrante, em síntese, o reconhecimento do tráfico privilegiado, o abrandamento do regime prisional e a substituição da reprimenda do paciente.

I. Da não incidência da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Preliminarmente, observei que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas teriam a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando fossem reconhecidamente **primários, possuísem bons antecedentes e não se dedicassem a atividades criminosas ou integrassem organização criminosa**.

Sob essas balizas, ao sentenciar o paciente e negar a aplicação da referida minorante, o Magistrado consignou que (e-STJ fls. 20/23, destaquei):

[...]

VINÍCIUS LÚCIO DA CONCEIÇÃO DE FREITAS, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, porque no dia 26 de fevereiro de 2018, por volta das 15h15, na Rua Amábil Masini Ortega, nº 525, Batistini, nesta cidade e comarca de São Bernardo do Campo/SP, vendia e guardava, para fins de comercialização: 12g de cocaína, acondicionada em 42 frascos plásticos do tipo eppendorf, 55g de Cannabis Sativa L., vulgarmente conhecida como maconha, acondicionada em 15 invólucros plásticos; e 02g de cocaína na forma de pedras de crack, dividida em 12 embalagens plásticas, sem autorização legal ou regulamentar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Diante disso, passo a dosar as penas a serem aplicadas ao crime de tráfico de drogas em estrita observância ao disposto pelos artigos 5º, XLVI, da CR/88 e 68, caput, do Código Penal.

Analisando o disposto no artigo 42 da Lei no 11.343/06 e no artigo 59 do Código Penal, verifico que, diante da natureza e diversidade das drogas apreendidas, a pena base deve ser fixada acima do mínimo, pelo que obtenho 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa.

Além de maconha, o delito envolve crack e cocaína, drogas de alto poder vulnerante, sendo certo que a natureza do entorpecente autoriza a majoração da pena base.

Considerando as atenuantes e agravantes previstas nos artigos 61 a 66 do Código Penal, reconheço a incidência das atenuantes da menoridade relativa (p. 29) e da confissão espontânea em benefício do réu, pelo que, atento ao disposto na Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, reduzo a pena para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Não incidem causas de aumento.

Deixo de aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que a variedade e natureza dos entorpecentes, no caso, maconha, cocaína e crack, impedem sua incidência. A aplicação do dispositivo legal é facultativa, não constituindo direito subjetivo do réu, notadamente quando a situação fática revela que a mercancia praticada não permite o enquadramento do responsável como pequeno traficante eventual. Tal entendimento resta reforçado pela natureza das substâncias apreendidas, fator desfavorável ao réu.

Torno definitivas as penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Ao rechaçar a aplicação da redutora pelo tráfico privilegiado, o Relator do voto condutor do acórdão, por sua vez, asseverou que (e-STJ fls. 35/39, grifei):

[...]

Num outro vértice, destaca-se a inadmissibilidade da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06.

Aqui, imperioso ponderar que o denunciado, num primeiro enfoque, não demonstrou exercer função lícita de forma satisfatória, detalhe apto a indicar a mercancia espúria como a "profissão" ou meio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vida dele, daí a dedicação a atividade criminosa incondizente com a benesse em discussão.

"Como não tem outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que se dedica costumeiramente à atividade criminosa de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir pertencer a organização criminosa que a abastece com a droga a ser comercializada" (TJESP, Apelação Criminal nº. 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador SOUZA NERY).

Sob outro ângulo, consoante realçou o Superior Tribunal de Justiça em várias oportunidades, a quantidade e a nocividade de parte das drogas apreendidas, bem como as circunstâncias da abordagem do agente, por si sós, indicam a maior periculosidade social da ação, outro obstáculo à incidência da causa de redução de pena (STJ, HC 182.359/RJ).

[...]

O fato de se considerar a quantidade, variedade e a proeminente lesividade de parte das substâncias entorpecentes na primeira fase da dosimetria não traduz bis in idem, porquanto sopesadas as circunstâncias em momentos e para fins diversos, lembrando que a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06 se afigura descabida também pela habitualidade ou dedicação à traficância a obstaculizar o privilégio.

[...]

O quadro negativo, registre-se, delineia intensa periculosidade do agente (servindo a situação até mesmo para apontá-lo como "traficante profissional"), mormente porque "o acesso" à variedade de drogas e ao volume de cocaína somente se mostra possível a marginal com larga experiência ou já galgado a degrau de destaque na estrutura do tráfico.

[...]

Irracional seria negar a dedicação do agente a atividade criminosa ou a habitualidade do tráfico diante da posse de considerável quantidade de tóxicos, importando lembrar que, em face do artigo 59 do Código Penal, conjugado com o artigo 42 da Lei de Tóxico, deve-se forçosamente considerar, na dosimetria, a existência daquelas circunstâncias negativas para se chegar à pena-base, enquanto, no artigo 33, § 4º, da mesma Lei Extravagante, não se depara com limitação a elemento passível de ser levado em conta na análise sobre o cabimento do privilégio.

Pela leitura dos recortes acima, verifiquei que a pena-base do paciente do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperada em 1/8, em virtude da quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos – 12 gramas de cocaína, 55 gramas de maconha e 2 gramas de crack (e-STJ fl. 20) –, sendo que o fato de ele não haver demonstrado o exercício de atividade lícita para a aquisição desses entorpecentes levou à conclusão de que ele exercia *a mercancia espúria como "profissão" ou meio de vida [...], daí a dedicação à atividade criminosa* (e-STJ fl. 38). Todavia, asseverei que o fato de o paciente não comprovar o exercício de atividade lícita não autorizava pressupor que ele fosse um "traficante profissional" e que se dedicava à atividade criminosa como meio de vida, nos termos da jurisprudência pacificada desta Corte Superior, vejam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÁXIMA E FIXOU O REGIME INICIAL ABERTO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONCLUSÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO E NA AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. REGIME PRISIONAL. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA PARA O RECRUDESCIMENTO. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E CONDENADO A PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS DE RECLUSÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3 e alterar o regime prisional para inicial aberto.

2. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não requer o reexame probatórios. Note-se que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, mas valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias.

3. Esta Corte vem se manifestando no sentido de que isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. De igual modo, a ausência de comprovação de exercício de trabalho ou emprego lícito não gera presunção de dedicação do paciente ao tráfico de drogas. Precedentes.

[...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 494.508/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe 10/5/2019)

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 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 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 n. 507.057/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe 10/6/2019)

Dessa forma, tendo-se em conta a primariedade do paciente, seus bons antecedentes, e a ausência de demonstração de que ele se dedicava a atividades criminosas ou integrasse organização criminosa, reconheci o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, que deveria ser aplicada na fração máxima, sob pena de *bis in idem*, tendo em vista que a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas já foram negativas na primeira fase do cálculo dosimétrico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em consequência, passei ao redimensionamento da pena do paciente.

Na primeira fase, mantive a pena-base em 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, além de 562 dias-multa. Na segunda etapa, reconhecidas a incidência das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, mantive a sanção em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na terceira fase, apliquei o redutor pelo tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3, razão pela qual a reprimenda do paciente ficou definitivamente estabilizada em 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa.

II. Regime de cumprimento de pena e substituição

Na espécie, apesar de redimensionada a sanção para patamar inferior a 4 anos anos de reclusão, ressaltei que permaneciam inalterados o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição das penas privativas de liberdade por medidas restritivas de direitos, em virtude da existência de circunstância judicial desfavorável, na esteira do disposto nos arts. 33, § 2º, "b", c/c o § 3º e 44, III, ambos do Código Penal.

Assim, **não conheci** do *habeas corpus*. Contudo, **concedi a ordem ex officio** para fixar as penas do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, além de 166 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0260275-9

AgRg no
HC 530.724 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0003968820188260537 20190000579725 3968820188260537

EM MESA

JULGADO: 21/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : GUSTAVO AUGUSTO SOARES DOS REIS - SP251590
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS LÚCIO DA CONCEIÇÃO DE FREITAS (PRESO)
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 : VINICIUS LÚCIO DA CONCEIÇÃO DE FREITAS
ADVOGADOS : GUSTAVO AUGUSTO SOARES DOS REIS - SP251590
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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 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 Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.