



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 491.365 - SP (2019/0029112-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RAFAELA DA FONSECA REIS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - SP420671

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DROGAS. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA. NULIDADE. PRÉVIA OITIVA DO *PARQUET* FEDERAL. PRESCINDIBILIDADE.

1. Não há nulidade na prolação do *decisum* sem a prévia oitiva do Ministério Público Federal, tratando-se de matéria consolidada na jurisprudência, o que é o caso dos autos, no tocante à impossibilidade de se afastar a aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado com base em elementos genéricos.
2. O agravante não apontou nenhum fundamento que justifique a reforma da decisão ora agravada, limitando-se a invocar a nulidade relativa à ausência de prévia oitiva do Ministério Público.
3. A aplicação do redutor pelo reconhecimento do tráfico privilegiado foi afastada, tanto na sentença quanto no acórdão da apelação, com base em fundamentação inidônea, em elementos genéricos e na quantidade de droga apreendida (56,4 g de cocaína), que não se revela tão expressiva.
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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 30 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 491.365 - SP (2019/0029112-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: O **Ministério Público Federal** ingressa com agravo regimental inconformado com a decisão de fls. 54/58, assim fundamentada:

[...]

Primeiramente, o pedido de absolvição envolve ampla análise fatos e provas, o que não é admissível nos autos de *habeas corpus*, de cognição sumária.

Já a aplicação do redutor pelo reconhecimento do tráfico privilegiado foi afastada, tanto na sentença (fls. 26/27) quanto no acórdão da apelação (fls. 47/48), com base em elementos genéricos e na quantidade de drogas apreendida (56,4 g de cocaína), que não se revela tão expressiva.

Na minha compreensão, a fundamentação utilizada está baseada em mera presunção, não constituindo elemento concreto para comprovar a habitualidade ou a dedicação à atividade criminosa. Por outro lado, a jurisprudência desta Corte está consolidada na linha de que a quantidade e diversidade de drogas, por si sós, não constituem fundamentação suficiente para afastar a incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06. Confira-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIOLAÇÃO AO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA FUNDADA SOMENTE NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTA RELATORA. MALFERIMENTO AOS ARTS. 33, § 2º, "B" E 42 DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

2. **"A quantidade e a qualidade de drogas, por si sós, não podem impedir a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas"** (HC 343.290/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/05/2016) . Ressalva do entendimento desta relatora.

3. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que é condição sine qua non ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado, os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal, emitindo-se, sobre cada um deles, juízo de valor, interpretando-se-lhes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o sentido e a compreensão, em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1285790/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

Assim, quanto ao crime de tráfico de drogas, mantida a pena fixada na origem, 5 anos e 10 meses de reclusão, aplico, na terceira fase, o redutor na fração máxima de 2/3, previsto no §4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, ausente qualquer outro elemento que justifique a adoção de fração mais gravosa, sendo certo que a natureza da droga já foi utilizada para elevação da pena-base.

Pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, portanto, a pena fica fixada em 1 ano, 9 meses e 10 dias, além do pagamento de 15 dias-multa.

Estabelecida em 1 ano, 9 meses e 20 dias de reclusão e tratando-se de paciente primária, mostra-se possível, nos termos do art. 33, § 2º, "c", a fixação do regime aberto.

De acordo com a Súmula 719/STF, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. A Suprema Corte, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Também o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da proibição à substituição da reprimenda privativa de liberdade:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (ARE 663261, Ministro Luiz Fux, DJe 06/02/2013).

Observo que a vedação à substituição e ao regime menos gravoso apenas com base na gravidade abstrata do crime não constitui fundamentação idônea. Destaco que **a quantidade de droga, por si só, no caso, não justifica a imposição de regime mais gravoso do que o previsto em lei.**

Estendo, com base no art. 580 do CPP, os efeitos desta decisão ao corréu Luiz Henrique Marques dos Santos, evidenciada a identidade de situação fático-processual com a ora paciente.

Com essas considerações, concedo a ordem para estabelecer as penas da paciente **Rafaela da Fonseca Reis** e do corréu **Luiz Henrique Marques dos Santos** em 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de 15 dias-multa. Caberá ao Juízo da Execução verificar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Ação Penal n. 00075011120178260066 - 1ª Vara Criminal de Barretos/SP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega o agravante que a concessão da ordem, *in limine*, sem prévia manifestação do Ministério Público Federal, constitui nulidade, consoante previsto no art. 64 do RISTJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 491.365 - SP (2019/0029112-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O inconformismo não merece prosperar.

É possível a análise do *habeas corpus* em decisão monocrática do relator, tratando-se de matéria consolidada na jurisprudência, o que é o caso dos autos, no tocante à impossibilidade de se afastar a aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado com base em elementos genéricos.

A propósito, confirmam-se os precedentes desta Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. NULIDADE. PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. SEGUIMENTO NEGADO. PRÉVIA OITIVA DO *PARQUET* FEDERAL. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Hipótese em que o Relator negou seguimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* manifestamente improcedente, com fundamento no art. 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não há nulidade na prolação do decisum sem a prévia oitiva do Ministério Público Federal. Inteligência dos artigos 34, XVIII, 210 e 246, todos do Regimento Interno desta Corte. Ademais, não se demonstrou qualquer prejuízo ao *parquet federal*, exigência do art. 563 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC n. 37.622/RN, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO *PARQUET*. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OMISSÃO.

1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.

2. A previsão regimental que prevê abertura de vista ao *Parquet* antes do julgamento de mérito do *habeas corpus* impetrado perante esta Corte (RISTJ, arts. 64, III, e 202) não retira do relator do feito a faculdade de decidir liminarmente a pretensão que se conforma com súmula ou jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contrária.

3. Interpretação do art. 557 do Código de Processo Civil (cuja aplicação subsidiária ao processo penal é autorizada pelo art. 3º do CPP),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e do art. 34 do RISTJ, para dar maior efetividade à norma constitucional que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF, incluído pela EC n. 45/2004).

4. A decisão não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem, de ofício, porque a medida socioeducativa de internação foi aplicada unicamente com fundamento na gravidade do ato infracional análogo ao tráfico de drogas, entendimento que contraria a jurisprudência desta Corte sobre o tema, consolidada na sua Súmula 492.

5. Ciência posterior do *Parquet* que, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido. Precedentes.

6. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.

(EDcl no AgRg no HC n. 324.401/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016)

Por outro lado, o agravante não apontou, no agravo regimental, nenhum fundamento que justifique a reforma da decisão ora agravada, limitando-se a apontar a nulidade decorrente da ausência de prévia oitiva do Ministério Público.

De todo modo, reitero o posicionamento adotado na decisão agravada, na linha de que a aplicação do redutor pelo reconhecimento do tráfico privilegiado foi afastada, tanto na sentença (fls. 26/27) quanto no acórdão da apelação (fls. 47/48), com base em fundamentação inidônea, em elementos genéricos e na quantidade de droga apreendida (56,4 g de cocaína), que não se revela tão expressiva.

Reafirmo que a fundamentação utilizada está baseada em mera presunção, não constituindo elemento concreto para comprovar a habitualidade ou a dedicação a atividades criminosas. A jurisprudência desta Corte está consolidada na linha de que a quantidade e diversidade de droga, por si sós, não constituem fundamentação suficiente para afastar a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Confira-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIOLAÇÃO AO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA FUNDADA SOMENTE NA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTA RELATORA. MALFERIMENTO AOS ARTS. 33, § 2º, "B" E 42 DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AGRAVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

2. **"A quantidade e a qualidade de drogas, por si sós, não podem impedir a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas" (HC 343.290/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 13/5/2016) . Ressalva do entendimento desta relatora.**

3. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que é condição sine qua non ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado, os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal, emitindo-se, sobre cada um deles, juízo de valor, interpretando-se-lhes o sentido e a compreensão, em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 1.285.790/GO, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/6/2018, DJe 2/8/2018)

Com essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0029112-9

AgRg no
HC 491.365 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00075011120178260066 20180000821628 75011120178260066

EM MESA

JULGADO: 30/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - SP420671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAELA DA FONSECA REIS (PRESO)
CORRÉU : LUIZ HENRIQUE MARQUES DOS SANTOS

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 : RAFAELA DA FONSECA REIS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - SP420671

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 Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.