



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 451.137 - SP (2018/0120767-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : RUDNEY DOS SANTOS GABRIEL (PRESO)
ADVOGADO : THALLES OLIVEIRA CUNHA - SP261820
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NO **WRIT**. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL JÁ NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AGRAVO DESPROVIDO.

I - *"O entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

II - Os requisitos previstos na causa de diminuição do tráfico privilegiado (primariedade, bons antecedentes, **não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa**) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da causa de diminuição de pena.

III - **Na presente hipótese**, verifica-se razoável o afastamento da aplicação da minorante. É que o fundamento para afastar o benefício foi a convicção da **dedicação à atividade criminosa**, juízo de fato que está adequadamente fundamentado pelo eg. Tribunal de **a quo**.

IV - Esta Corte Superior tem entendido que *"concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, **que o paciente se dedica a atividades ilícitas**, bem como que **há indícios que integre organização criminosa**, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de **habeas corpus**"* (HC n. 354.522/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 16/6/2016).

V - Com relação ao regime, conforme já destacado na decisão agravada, a natureza da droga (**crack**) foi considerada desfavoravelmente ao paciente já na primeira fase da dosimetria. Assim, fixada a pena acima de 4 anos e existindo **circunstância judicial desfavorável**, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Agravo regimental **desprovido**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 451.137 - SP (2018/0120767-8)

AGRAVANTE : RUDNEY DOS SANTOS GABRIEL (PRESO)
ADVOGADO : THALLES OLIVEIRA CUNHA - SP261820
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto em benefício de RUDNEY DOS SANTOS GABRIEL, contra decisão por mim proferida (fls. 203-211), que não conheceu de **habeas corpus** anteriormente impetrado.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do delito capitulado no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 585 (quinhentos e oitenta e cinco) dias-multa (fls. 48-56).

A defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 156-162.

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados (fls. 163-167).

Diante disso, a defesa impetrou **habeas corpus** nesta Corte sustentando que o v. acórdão impugnado não concedeu a causa especial de diminuição de pena ao paciente, descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Droga, com base apenas em denúncias anônimas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa.

Mencionou, ainda, que "[....] o v. acórdão nega aplicação do regime inicial aberto ou semiaberto com base na gravidade abstrata do delito imputado. Também não vislumbro do v. acórdão nenhum parágrafo comprovando a necessidade de aplicação do regime mais grave" (fl. 6).

O **mandamus** não foi conhecido (fls. 203-211) .

Daí o presente **agravo regimental**, no qual defende o agravante a ocorrência de equívoco no julgado desta Corte Superior e, repisando os argumentos lançados na petição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do **writ**, sustenta novamente que "[...] o v. acórdão não concedeu a causa de diminuição da pena do paciente descrito no §4, do artigo 33 da Lei de Droga com base em denúncias, friso denúncias anônimas!" (fl. 220).

Para tanto, aduz, que "[...] não é possível utilizar inquéritos policiais ou ações penais em curso para agravar a pena-base. Da mesma forma, não se deve utilizar denúncia anônima para afastar o benefício da redução de um sexto a dois terços da pena, prevista no artigo 33, §4, da Lei de Drogas" (fl. 221).

Assevera, também, que "[...] No tocante à fixação do regime fechado com fundamento no crime em abstrato e qualidade da droga. Ora, a qualidade da droga serviu de exasperação da pena na primeira fase, não podendo ser utilizada na terceira fase, sob pena de bis idem" (fl. 222).

Reafirma, ademais, que "[...] os dispositivos legais que impunham vedação de fixação de regime inicial diverso do fechado foram declarados in- constitucionais pelo STF, por violarem o princípio da individualização da pena" (fl. 222).

Requer, assim, a reconsideração da decisão que não conheceu do **writ**, para que seja reconhecida a causa especial de diminuição, descrita no § 4º da art. 33 da Lei de Drogas, com consequente fixação do regime aberto ou semiaberto.

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 451.137 - SP (2018/0120767-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : RUDNEY DOS SANTOS GABRIEL (PRESO)
ADVOGADO : THALLES OLIVEIRA CUNHA - SP261820
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NO WRIT. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL JÁ NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AGRAVO DESPROVIDO.

I - "O entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

II - Os requisitos previstos na causa de diminuição do tráfico privilegiado (primariedade, bons antecedentes, **não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa**) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da causa de diminuição de pena.

III - Na presente hipótese, verifica-se razoável o afastamento da aplicação da minorante. É que o fundamento para afastar o benefício foi a convicção da **dedicação à atividade criminosa**, juízo de fato que está adequadamente fundamentado pelo eg. Tribunal de a quo.

IV - Esta Corte Superior tem entendido que "concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*elementos colhidos na instrução, **que o paciente se dedica a atividades ilícitas, bem como que há indícios que integre organização criminosa**, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de **habeas corpus**" (HC n. 354.522/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 16/6/2016).*

V - Com relação ao regime, conforme já destacado na decisão agravada, a natureza da droga (**crack**) foi considerada desfavoravelmente ao paciente já na primeira fase da dosimetria. Assim, fixada a pena acima de 4 anos e existindo **circunstância judicial desfavorável**, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**.

Agravo regimental **desprovido**.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos de admissibilidade, **conheço do agravo regimental**.

A Defesa Pública pretende, em síntese, que seja aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, com consequente fixação do regime aberto ou semiaberto.

Não assiste razão ao agravante.

De início, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "[...] o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Insta asseverar, oportunamente, que os requisitos previstos na causa de diminuição do tráfico privilegiado (primariedade, bons antecedentes, **não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa**) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da causa de diminuição de pena.

Na presente hipótese, verifica-se razoável o afastamento da aplicação da minorante. É que o fundamento para afastar o benefício foi a convicção da **dedicação à atividade criminosa**, juízo de fato que está adequadamente fundamentado pelo eg. Tribunal de **a quo**.

De fato, do v. acórdão impugnado extrai-se que:

*"Ressalta-se que, como constou na r. sentença, a quantia de R\$ 30,00 (trinta reais) apreendida na residência do recorrente coincide **com a quantidade de pedras de crack localizadas em poder do consumidor, surpreendido assim que deixou o local, tudo a corroborar a acusação.***

"Frise-se ainda que o acusado responde a processo por crime de igual natureza, já condenado em Primeiro Grau, tudo a indicar que se dedica à criminalidade.

*Destarte, pelas circunstâncias fáticas acima expostas, **em especial a existência de denúncias prévias relatadas pelos policiais militares, assim como a visualização dos atos de mercancia e a apreensão de drogas nas mãos do usuário, não há dúvida acerca do comércio nefando praticado pelo apelante, sendo incogitável a absolvição pretendida.***

No que concerne ao procedimento dosimétrico, não há reparo a ser feito, porquanto, as penas-base foram adequadamente acrescidas de 1/6 (um sexto) em função da natureza nefasta da droga apreendida e, à míngua de outras modificadoras.

*Relativamente à circunstância especial prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a despeito da primariedade técnica do recorrente, **não era mesmo o caso de se aplicar tal redutor, porquanto a existência de inúmeras denúncias relatando a prática do tráfico pelo recorrente, inclusive com informações acerca do modus operandi é, a juízo do subscritor, um indicativo de que ele realmente se dedicava a atividade criminosa***" (fl. 161, grifei).

Ora, esta Corte Superior tem entendido que *"concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*colhidos na instrução, **que o paciente se dedica a atividades ilícitas**, bem como que **há indícios que integre organização criminosa**, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de **habeas corpus**" (HC n. 354.522/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 16/6/2016, grifei).*

Nesse sentido, outros precedentes deste Tribunal:

"PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. BENESSE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. MULA. INAPLICABILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de transportador ('mula'), integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

*2. O Tribunal a quo, ao decidir acerca da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, consignou que 'a minorante do tráfico eventual merece ser mantida na fração de 1/2 (metade), já que tendendo a levar a pena ao mínimo verifico que se trata de 'mula' eventualmente encontrado no tráfico transnacional de drogas, que sua conduta confessou, mas tendendo à elevação da pena constato a razoável quantia de droga (945 g de cocaína) e **indícios de atuação naquele momento em grupo criminoso organizado**. Assim razoável é a fração intermediária de redução pela metade' (e-STJ fls. 370). **Portanto, infere-se que a Corte local aplicou a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 no cômputo da pena, não obstante tenha reconhecido que o agravante exerceu a função de 'mula'.***

*3. Ocorre que, no presente caso, como o Ministério Público requereu expressamente que seja aplicada à pena tão somente a redução de 1/6, tal causa de redução incidirá neste patamar, em razão da impossibilidade da **reformatio in pejus**.*

*4. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp 1.287.997/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 25/5/2016, grifei).*

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do (a) acusado (a), que este (a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada à paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que foram apontados elementos concretos que indicaram a dedicação da acusada a atividades criminosas. **As instâncias ordinárias mencionaram a variedade e a grande quantidade de drogas apreendidas, a existência de fortes indícios de ligação da acusada com o grupo criminoso conhecido como o Primeiro Comando da Capital (PCC), a apreensão de diversos elementos diretamente relacionados ao tráfico de drogas, a ausência de comprovação de exercício de atividade lícita.**

3. Para se afastar a conclusão de que a paciente não se dedicava a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Ordem não conhecida. **Habeas corpus** concedido, de ofício, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado e determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância" (HC 277.140/SP, Sexta Turma, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 11/12/2014, grifei).

Com relação ao regime, conforme já destacado na decisão agravada, a natureza da droga (**crack**) foi considerada desfavoravelmente ao paciente já na primeira fase da dosimetria. Assim, fixada a pena acima de 4 anos e existindo **circunstância judicial desfavorável**, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do **fechado**, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

Diante disso, constato que a agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0120767-8

AgRg no
HC 451.137 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018733020128260288 18733020128260288 20170000871808 20180000184453

EM MESA

JULGADO: 02/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THALLES OLIVEIRA CUNHA
ADVOGADO : THALLES OLIVEIRA CUNHA - SP261820
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RUDNEY DOS SANTOS GABRIEL (PRESO)

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 : RUDNEY DOS SANTOS GABRIEL (PRESO)
ADVOGADO : THALLES OLIVEIRA CUNHA - SP261820
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.