



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 735091 - SP (2022/0104675-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : CRISTIANE FERMINO DE CARVALHO
ADVOGADO : MATEUS ALIPIO GALERA - SP329376
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDICAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.
2. Não há como aplicar a minorante em apreço quando verificado que o Tribunal de origem apontou a expressiva quantidade de droga apreendida (9 kg de maconha), somada às circunstâncias do fato delituoso, para concluir que a ré se dedicava ao tráfico de drogas.
3. A forma de transporte da substância ilícita (em tijolos escondidos no veículo conduzido pela sentenciada), a confissão e a apreensão de mais entorpecente na residência da suspeita, além de dinheiro, em diversas cédulas, rolo de plástico filme e balança de precisão, denotam que a conduta não era ocasional.
4. É admissível a adoção do regime prisional semiaberto à postulante, em face de sua primariedade, ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e de condenação a pena superior a quatro anos e inferior a

oito anos de reclusão.

5. Agravo regimental não provido.

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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de junho de 2022.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 735091 - SP (2022/0104675-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : CRISTIANE FERMINO DE CARVALHO
ADVOGADO : MATEUS ALIPIO GALERA - SP329376
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDICAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.
2. Não há como aplicar a minorante em apreço quando verificado que o Tribunal de origem apontou a expressiva quantidade de droga apreendida (9 kg de maconha), somada às circunstâncias do fato delituoso, para concluir que a ré se dedicava ao tráfico de drogas.
3. A forma de transporte da substância ilícita (em tijolos escondidos no veículo conduzido pela sentenciada), a confissão e a apreensão de mais entorpecente na residência da suspeita, além de dinheiro, em diversas cédulas, rolo de plástico filme e balança de precisão, denotam que a conduta não era ocasional.
4. É admissível a adoção do regime prisional semiaberto à postulante, em face de sua primariedade, ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e de condenação a pena superior a quatro anos e inferior a

oito anos de reclusão.

5. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

CRISTIANE FERMINO DE CARVALHO agrava da decisão monocrática de fls. 306-311.

A insurgente, condenada por tráfico de drogas, afirma não existir nos autos "elemento capaz de caracterizar que [...] faz parte ou integre organização criminosa". Explica possuir três filhos, um deles recém-nascido e que, por isso, aceitou a proposta de transportar a substância ilícita, "unicamente por estar passando por muitas dificuldades financeiras" (fl. 318).

Busca a aplicação da causa de diminuição do tráfico e, em consequência, a revisão da dosimetria a a fixação do regime inicial aberto.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Mantenho a decisão agravada.

Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes, que o agente não integre organização criminosa **nem se dedique a atividades delituosas**. Isso porque 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.

Deveras: "o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida ." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 11/6/2019).

Em sessão realizada no dia 9/6/2021, por ocasião do julgamento do REsp

n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção desta Corte decidiu que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas. Confira-se:

[...]

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura *bis in idem*, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.

10. Recurso provido para restabelecimento da sentença.

(REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3ª S., DJe 1º/7/2021).

A apreensão de grande quantidade de drogas, por si só, não é apta a afastar a causa de diminuição do tráfico, mas, a depender das peculiaridades do caso concreto, pode ser hábil a denotar a dedicação a atividades delituosas ou a integração a organização criminosa.

Em novo julgamento realizado no dia 27/4/2022, a Terceira Seção decidiu, no bojo do **HC n. 725.534/SP**, de relatoria do Ministro **Ribeiro Dantas**, que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas em contexto de tráfico podem ser usadas para modular a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que não tenham sido consideradas para aumentar a pena-base.

No caso concreto, a "expressiva quantidade de droga apreendida, somadas às peculiaridades do caso" (fl. 299, grifei) ensejaram o afastamento da

minorante. O Tribunal de origem consignou (fls. 297-298):

A acusada, ao ensejo de seu interrogatório, admitiu que fora contratada para o transporte da droga, assim que desincumbisse de seu mister devendo receber certa importância em dinheiro. Inquiridos, os policiais militares Flávio e Júlio, uníssono, em harmônicos depoimentos, prestados sob compromisso e sem contradita, disseram do patrulhamento de rotina, ao ensejo do qual visualizada a inculpada, a conduzir certo veículo, em atitude suspeita, que levou a sua abordagem e à apreensão, no interior do automóvel, em local por ela indicado, de 'tijolos' de maconha. A ré afirmou que em sua residência havia mais da ilícita substância, o que veio a se confirmar, diligências encetadas no local. Na casa foram apreendidos também dinheiro, em cédulas diversas, rolo de plástico filme e balança de precisão, admitindo, a indigitada, que problemas de ordem financeira a instaram a fazer o transporte da droga; o dinheiro era fruto do tráfico, disse a acusada - concluíram.

[...]

A forma como embalada, acondicionada e ocultada a droga, as circunstâncias de sua apreensão, no interior do veículo conduzido pela ré, a expressiva quantidade da ilícita substância pouco mais de 09 quilogramas de 'cannabis sativa', dispersos em oito 'tijolos' a consequente prisão em flagrante da indigitada, somadas a sua confissão, a sua situação econômica - não trouxe prova de ocupação lícita - e aos coerentes depoimentos policiais, não deixam margem a dúvidas da prática habitual da traficância, não se havendo falar em fragilidade do quadro probatório.

Concluiu-se que a quantidade expressiva de maconha (9 kg) e a forma de seu transporte, acondicionada em tijolos e ocultada no interior do porta-malas de veículo conduzido pela ré, além do depósito de mais substância ilícita no domicílio da suspeita, onde a polícia apreendeu cédulas diversas, rolo de plástico filme e balança de precisão, não se compatibilizariam com a posição de quem não se dedica a atividade criminosacom certa frequência e anterioridade.

O aresto está em conformidade com o entendimento de que:

[...]

1. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que 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 ou mesmo a sua integração em organização criminosa 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, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. Vale dizer, a elevada quantidade de drogas apreendidas pode ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas.

2. A elevada quantidade de drogas apreendidas e a forma de transporte da substância entorpecente evidenciam a impossibilidade de reconhecimento do redutor em questão em favor do acusado, porquanto evidente que não se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda, no caso, o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação 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 ao artigo de lei apontado como violado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1799104/MS, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 16/6/2021).

[...]

A Corte estadual negou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas com base nas circunstâncias do fato delituoso, as quais evidenciaram que o réu estava se dedicando ao tráfico de drogas. O reexame dessa questão demanda a incursão aprofundada em matéria fática, inviável de ser revista em habeas corpus. 3. "Não incorre em *bis in idem* a decisão que se utiliza da quantidade e da variedade de drogas para, na primeira fase da dosimetria, exasperar a pena-base (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) e, na terceira fase, afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nas hipóteses em que as instâncias ordinárias, considerando o caso concreto e a conjunção de outros fatores, concluírem pelo envolvimento habitual do paciente no comércio de entorpecentes" (AgRg no HC 607.451/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 15/10/2020).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 704.304/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 10/12/2021).

[...]

Válido o afastamento da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois a Corte de origem, não apenas apontou a elevada quantidade de droga apreendida, mas sim afirmou que o paciente se dedica a atividades criminosas" (**AgRg no HC 646.417/PR, Rel. Ministro Olindo Menezes** (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), 6ª T., DJe 20/8/2021).

[...] No caso, o Tribunal local não afastou a minorante com base exclusivamente na quantidade de droga apreendida, mas analisou esse elemento em conjunto com outras circunstâncias relevantes do caso concreto, alcançando a conclusão de que o Paciente se dedicava a atividades criminosas.

2. Com efeito, reafirmo que a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que não há bis in idem quando a natureza e a quantidade da droga são utilizadas como elemento desfavorável na primeira fase da dosimetria e, posteriormente, na terceira fase, afasta-se a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do acusado a atividades ou organizações criminosas, evidenciada pelas demais circunstâncias do delito. Hipótese em que não há ofensa às premissas fixadas pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento, em 09/06/2021, do REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (DJe 01/07/2021).[...]

4. Considerando o *quantum* de pena imposta - 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão - e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime inicial fechado.

5. É indevida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que não preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 668.152/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 18/8/2021).

Em relação ao regime prisional, o Tribunal de origem considerou (fl. 300):

[...] imperiosa a fixação do mais gravoso dos regimes prisionais, que ora se fixa, dada a gravidade do delito perpetrado, que vem colocando em alerta as famílias brasileiras, cujas bases vêm sendo minadas com a disseminação do vício propiciado pela traficância e pelo seu vertiginoso crescimento, não acompanhado pelas políticas de segurança que buscam coibi-lo, tamanha a estrutura dos que o professam.

O regime inicial fechado foi estabelecido com base em considerações genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação dos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e à Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, a paciente é primária e sua reprimenda não excede o patamar de oito anos. Assim, é de rigor a fixação do regime inicial semiaberto.

Finalmente, o pedido de cumprimento da pena (regime inicial semiaberto) em residência particular **não foi apreciado no acórdão impugnado**. Não está inaugurada a competência desta Corte para a resolução do incidente. Assim, fica obstada a análise direta da matéria no âmbito superior, sob pena de indevida supressão de instância, visto que não inaugurada a competência do art. 105 da CF.

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

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2022/0104675-4

**AgRg no
HC 735.091 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Número Origem: 15001265020208260559

EM MESA

JULGADO: 07/06/2022

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MATEUS ALIPIO GALERA
ADVOGADO : MATEUS ALIPIO GALERA - SP329376
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANE FERMINO DE CARVALHO
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 : CRISTIANE FERMINO DE CARVALHO
ADVOGADO : MATEUS ALIPIO GALERA - SP329376
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.