



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 406.162 - SP (2017/0157399-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **SERGIO HENRIQUE GONCALVES**
ADVOGADOS : **THALES VILELA STARLING - SP345175**
: **DOUGLAS MARTINS KAUFFMANN - SP357165**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO 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.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 05 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 406.162 - SP (2017/0157399-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **SERGIO HENRIQUE GONCALVES**
ADVOGADOS : **THALES VILELA STARLING - SP345175**
: **DOUGLAS MARTINS KAUFFMANN - SP357165**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de minha lavra que concedeu a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3, e, assim, reduzir a reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão, bem como para fixar o regime aberto para cumprimento da pena, determinando ao Juízo das Execuções que, de maneira motivada, analisasse a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ fls. 286/293).

Assere o agravante que, embora não grandiosa a quantidade de entorpecentes apreendida, a presença de petrechos destinados à preparação de drogas seria indicativo de que o ora recorrido se dedicava a atividades criminosas e integraria organização criminosa, não sendo, portanto, possível a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer, caso não haja retratação da decisão agravada, que a presente insurgência seja submetida a julgamento pela Sexta Turma, a fim de que seja provido o recurso, denegando-se a ordem.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 406.162 - SP (2017/0157399-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Conforme explanado na decisão agravada, 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.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. A propósito, confira-se a seguinte lição:

Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (in Lei penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ªed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359.)

No caso dos autos, verifiquei que o Juízo singular entendeu pela aplicação do aludido redutor no grau máximo de 2/3, condenando o recorrido à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, substituída a pena corporal por uma pena restritiva de direitos e uma de multa.

A Corte de origem, por sua vez, ao apreciar a apelação interposta pelo Ministério Público Federal, não reconheceu a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 201/202):

No caso concreto, a diligência policial que culminou na apreensão de cerca de 1,416 gramas de cocaína em seis microtubos plásticos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(eppendorfs), bem como de outros 3,998 gramas do mesmo entorpecente, acondicionados em um invólucro plástico verde (conforme laudos de constatação e de exame químico- toxicológico de fls. 33 e 68), e sobretudo de petrechos intimamente ligados à rotina da odiosa comercialização [“três embalagens plásticas incolores, apresentando as inscrições 'São José Tempera Melhor Bicarbonato de Sódio' ”, “uma balança plástica prateada”, “uma embalagem plástica incolor, com fechamento tipo 'zip', contendo em seu interior setecentos e oitenta e quatro microtubos plásticos com tampa acoplada, (...) 'eppendorf' ”; “três mil e doze saquinhos plásticos incolores (...), todos aparentemente sem uso” - cf. fls. 72 e 76], tudo camuflado pelo réu em sua moradia, bem assim a existência de delação impessoal no sentido de que no local dos fatos era realizado o mercadejo nefando, e, por fim, a confissão efetuada pelo réu [admitiu que, como se encontrava desempregado, alguns rapazes lhe ofereceram “uma oportunidade”, solicitando que o réu guardasse em sua residência “todas essas coisas que o policial relatou nos fatos”, em troca de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) - mídia digital a fls. 119], são fatores que desautorizavam, sem qualquer dúvida, a redução trazida pelo citado preceito da Lei de Drogas.

Conforme transcrito acima, 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 integraria organização criminosa ou se dedicaria à atividades criminosas. Ao contrário, em que pese haverem sido encontradas balança de precisão e embalagens vazias, não foram indicados elementos concretos para confirmar que o recorrido estaria inserido em organização criminosa, não ultrapassando tal tese o plano da suposição.

Não se olvida, ainda, da reiterada orientação desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar dedicação à atividade criminosa.

Contudo, na espécie, a 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, à míngua de outros elementos indicadores de tal situação, razão pela qual entendo que o paciente faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máxima.

Dessa forma, deve incidir a fração de 2/3, relativa à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase da dosimetria, conforme foi estabelecido na sentença condenatória.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE TENDO POR BASE A NATUREZA E A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A INDICAREM EVENTUAL DEDICAÇÃO DO RÉU ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU SER ELE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE DEMANDARIA O REEXAME DA PROVA DOS AUTOS. MEDIDA VEDADA PELA SÚMULA 7 DESTA STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Conforme precedentes desta Corte Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem variáveis que podem validamente ser consideradas para embasar conclusão no sentido de efetiva dedicação às atividades criminosas por parte do réu ou, até mesmo, de ser ele integrante de organização criminosa, contanto que outros elementos de prova constantes dos autos evidenciem tais condições, em conjunto com as mencionadas vetoriais. Todavia, 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.

*2. No caso dos autos, em que pese a natureza mais gravosa e a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (5kg de cocaína), a Corte de origem, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que inexisteriam elementos outros a indicar eventual dedicação do acusado a atividades criminosas, bem assim que **a tese da acusação vinculando o réu a organização criminosa encontrava-se no mero plano da suposição, uma vez que nem mesmo a existência da suposta organização criminosa seria certa.***

3. Diante de tal moldura, o acolhimento da pretensão recursal demandaria, necessariamente, o reexame da prova dos autos, medida incompatível com a via do recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1430893/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 04/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO (2/3). AFASTAMENTO, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...].

V. *In casu*, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

VI. O acórdão impugnado afastou o redutor - previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e aplicado, pela sentença, no patamar máximo -, apenas ao fundamento de que o paciente possuiria personalidade afeita à prática de delitos, decorrente do fato de responder a outro processo, por tráfico de drogas - na verdade, por crime de porte, para consumo próprio -, com condenação não transitada em julgado, ilação que ofende o princípio da presunção de inocência e a Súmula 444/STJ, não podendo subsistir.

VII. Aplicável o redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o paciente preenche os requisitos contidos no referido dispositivo legal, já que é primário - ostentando apenas uma condenação criminal anterior, ainda não transitada em julgado, pela prática de crime de porte de droga, para consumo próprio -, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, tal como constatado pelo Juízo de 1º Grau, que aplicou a referida causa de diminuição da pena, no grau máximo, devendo ser restabelecida, no ponto, a sentença condenatória, que fixou a pena definitiva do paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

[...].

X. No caso, o paciente é primário, foi preso com 1,7 g de cocaína, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe todas as condições judiciais favoráveis, com pena definitiva fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

XI. Habeas corpus não conhecido.

XII. Ordem concedida, de ofício, para fixar a sanção penal em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, deferindo-se, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, a serem determinadas pelo Juízo da Execução, uma vez que já operado o trânsito em julgado.

(HC 251.300/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/11/2013, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

3. Segundo o art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido - 21 invólucros de maconha (40,5g) - não se mostra elevada, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que se dedique à criminalidade.

4. [...].

5. *Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.*

6. *Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.*

11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução.

(HC 356.882/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016, grifei.)

Diante de tais considerações, **nego provimento ao agravo regimental e mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0157399-8

AgRg no
HC 406.162 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067249820168260506 2016000374 20170000227528 3742016 67249820168260506

EM MESA

JULGADO: 05/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARCUS VINICIUS AGUIAR MACEDO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DOUGLAS MARTINS KAUFFMANN E OUTRO
ADVOGADOS : THALES VILELA STARLING - SP345175
DOUGLAS MARTINS KAUFFMANN - SP357165
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO HENRIQUE GONCALVES

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 : SERGIO HENRIQUE GONCALVES
ADVOGADOS : THALES VILELA STARLING - SP345175
DOUGLAS MARTINS KAUFFMANN - SP357165

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.