



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 575.668 - SP (2020/0094016-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : GUILHERME OLIVEIRA SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : JADE YASMINE GARCIA PAIANO - SP341025
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. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – considerou que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão e o fato de o agravante estar respondendo a outro processo pela suposta prática do crime de tráfico de drogas evidenciariam a sua dedicação a atividades delituosas e, portanto, impossibilitariam a incidência do redutor em questão.

2. Embora seja certo que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento, ou mesmo de condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado, não possa ser sopesada para exasperar a reprimenda-base – consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal –, não há óbice a que tais elementos possam, à luz das peculiaridades do caso concreto, ser considerados para demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades delituosas.

3. Uma vez que foi apontado argumento concreto e específico dos autos para a escolha do regime prisional fechado, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo feito pelo Tribunal de origem para, a pretexto de ofensa aos arts. 33, § 3º; 59, ambos do Código Penal, fixar regime inicial mais brando de cumprimento de pena ao acusado. Deve, portanto, ser mantida a imposição do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado.

4. 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 Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de maio de 2020

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 575.668 - SP (2020/0094016-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : GUILHERME OLIVEIRA SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : JADE YASMINE GARCIA PAIANO - SP341025
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

GUILHERME OLIVEIRA SANTOS interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que deneguei a ordem de habeas corpus e, por conseguinte, mantive inalterada a reprimenda a ele imposta.

A defesa reitera a sua compreensão de que estão preenchidos todos os requisitos necessários para a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Pondera que "não comprou-se eventual culpa ou exercício de atividade ilícita por parte do paciente, ademais, se não pode ser utilizado processos ou inquéritos sem trânsito em julgado para fins de configuração de maus antecedentes (SÚMULA 444 DO STJ) também por analogia, não pode ser usado para formação de culpa quanto a inclusão de exercício de atividade ilícita para fins de análise do requisito do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06" (fl. 89).

Na sequência, argumenta que, "tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não há razão a justificar o estabelecimento do regime fechado" (fl. 91).

Requer a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado, para que seja aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e fixado o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 575.668 - SP (2020/0094016-6)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – considerou que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão e o fato de o agravante estar respondendo a outro processo pela suposta prática do crime de tráfico de drogas evidenciariam a sua dedicação a atividades delituosas e, portanto, impossibilitariam a incidência do redutor em questão.

2. Embora seja certo que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento, ou mesmo de condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado, não possa ser sopesada para exasperar a reprimenda-base – consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal –, não há óbice a que tais elementos possam, à luz das peculiaridades do caso concreto, ser considerados para demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades delituosas.

3. Uma vez que foi apontado argumento concreto e específico dos autos para a escolha do regime prisional fechado, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo feito pelo Tribunal de origem para, a pretexto de ofensa aos arts. 33, § 3º; 59, ambos do Código Penal, fixar regime inicial mais brando de cumprimento de pena ao acusado. Deve, portanto, ser mantida a imposição do regime inicial fechado.

4. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Em que pesem os argumentos despendidos pelo agravante, entendo que não lhe assiste razão.

I. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas

A Corte estadual, ao dar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, assim fundamentou a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, *in verbis* (fl. 62):

Com efeito, (i) a quantidade e a diversidade das drogas revelam um acentuado envolvimento do réu com o tráfico de drogas, porquanto não é crível que um iniciante nesta atividade tenha em seu poder tanta substância entorpecente, de espécies variadas; (ii) neste sentido, aliás, a documentação dá conta de que **responde a outro processo pelo delito de tráfico de drogas** (fls. 83, 86). Por sua vez, (iii) os agentes públicos (mídias digitais de fls. 149 e 166) declinaram que **o acusado já era conhecido pela prática do comércio de substâncias entorpecentes**. Dados empíricos que indicam tratar-se de pessoa dedicada às atividades criminosas.

Com efeito, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este 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, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, conforme visto, o Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – considerou que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão e o fato de o agravante **estar respondendo a outro processo pela suposta prática do crime de tráfico de drogas** evidenciariam a sua **dedicação a atividades delituosas** e, portanto, impossibilitariam a incidência do redutor em questão.

Conforme bem salientou o *decisum* ora recorrido, embora seja certo que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento, ou mesmo de condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado, não possa ser sopesada para exasperar a reprimenda-base – consoante o enunciado na **Súmula n. 444** deste Superior Tribunal –, não há óbice a que tais elementos possam, **à luz das peculiaridades do caso concreto**, ser considerados para demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, **como no caso, a dedicação do acusado a atividades delituosas**.

A matéria, aliás, foi pacificada pela **Terceira Seção** desta Corte Superior de Justiça que, ao julgar os **EREsp n. 1.431.091/SP** (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro **Felix Fischer**, firmou o entendimento de que: "é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06".

A mesma compreensão tem sido adotada também pelo **Supremo Tribunal Federal**, conforme precedente abaixo colacionado:

Penal e constitucional. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Afastamento: paciente dedicado a atividades criminosas. Extensa ficha criminal revelando inquéritos e ações penais em andamento. Ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência. dosimetria da pena, substituição por restritiva de direitos e regime aberto: Questões não examinadas pelo Tribunal *a quo*. Não conhecimento.

1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *In casu*, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros.

3. Os temas atinentes à dosimetria da pena, à substituição por restritiva de direitos e ao regime aberto não foram examinados no Tribunal *a quo*, por isso são insuscetíveis de conhecimento, sob pena de supressão de instância.

4. Habeas corpus conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão.

(HC n. 108.135/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., DJe 27/6/2012).

No mesmo sentido, há o HC n. 136.693/DF, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso (DJe 15/9/2016), em que, monocraticamente, foi mantida a não incidência da minorante a réu com registro de duas outras ações penais em andamento, também relativas a tráfico de drogas, "evidenciando dedicação à prática criminosa".

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o agravante não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

II. Regime inicial de cumprimento de pena

A Corte estadual considerou devida a imposição do regime inicial **fechado** de cumprimento de pena, nos seguintes termos (fl. 65):

[...] a quantidade, diversidade e natureza das drogas (observando-se o elevado potencial nocivo do “crack” para a saúde pública) constituem dados empíricos a traduzir um acentuado grau de culpabilidade da conduta, de sorte a impor o regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do crime.

Sobre a matéria posta em discussão, faço lembrar que, uma vez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, a Corte de origem justificou a fixação do regime inicial mais gravoso com base, justamente, nas **peculiaridades do caso analisado, notadamente na quantidade, na diversidade e na natureza das drogas apreendidas** –, circunstâncias que, de fato, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

Portanto, em homenagem ao **princípio do livre convencimento motivado** e uma vez que foi apontado argumento concreto e específico dos autos para a escolha do regime prisional fechado, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo feito pelo Tribunal de origem para, a pretexto de ofensa aos arts. 33, § 3º; 59, ambos do Código Penal, fixar regime inicial mais brando de cumprimento de pena ao acusado.

III. Dispositivo

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0094016-6

AgRg no
HC 575.668 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028040920158260456 20180000828067 28040920158260456

EM MESA

JULGADO: 19/05/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JADE YASMINE GARCIA PAIANO
ADVOGADO : JADE YASMINE GARCIA PAIANO - SP341025
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME OLIVEIRA SANTOS (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 : GUILHERME OLIVEIRA SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : JADE YASMINE GARCIA PAIANO - SP341025
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 Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.