



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 514.663 - MS (2019/0164870-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MARIA JOSE SANTOS DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA INTERLANDO - MS005372
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram elementos concretos dos autos que evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito não se compatibilizariam com a posição de uma pequena traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, o que afasta a possibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. Para entender de modo diverso e afastar a conclusão de que a ré não se dedicaria a atividades delituosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada em habeas corpus.

3. As peculiaridades do caso concreto – notadamente o fato de o comércio de drogas ser praticado na casa dos réus, na presença da filha menor do corréu – justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

4. Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, deve ser mantida a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal (sanção superior a 4 anos de reclusão).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 15 de agosto de 2019

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 514.663 - MS (2019/0164870-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MARIA JOSE SANTOS DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA INTERLANDO - MS005372
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MARIA JOSE SANTOS DA SILVA interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que deneguei a ordem de habeas corpus e, por conseguinte, mantive inalterada a reprimenda a ela imposta.

A agravante reitera a sua compreensão de que deve ser aplicada, em seu favor, a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que "a única droga apreendida (0,010 quilogramas), juntamente com a primariedade da agravante, não podem presumir participação em atividade criminoso" (fl. 756).

Requer a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado, para que seja: a) aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e, em consequência, seja afastado o caráter hediondo do delito perpetrado; b) fixado o regime aberto; c) determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 514.663 - MS (2019/0164870-2)

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 E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram elementos concretos dos autos que evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito não se compatibilizariam com a posição de uma pequena traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, o que afasta a possibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
2. Para entender de modo diverso e afastar a conclusão de que a ré não se dedicaria a atividades delituosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada em habeas corpus.
3. As peculiaridades do caso concreto – notadamente o fato de o comércio de drogas ser praticado na casa dos réus, na presença da filha menor do corréu – justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.
4. Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, deve ser mantida a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal (sanção superior a 4 anos de reclusão).
5. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

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

I. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

O Juiz sentenciante assim fundamentou a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, *in verbis* (fls. 435-436):

Em que pese as alegações pela incidência desta causa de diminuição, denominada de “privilégio”, tem-se que não pode ser aplicada no caso concreto pelas razões adiante descritas.

A minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, denominada de “tráfico privilegiado”, deve beneficiar exclusivamente o traficante eventual ou ocasional. O espírito da norma penal, portanto, é distinguir o traficante esporádico, o mero transportador, conhecido por “mula”, que satisfaça os seus pressupostos cumulativos (agente primário, portador de bons antecedentes, sem dedicação às atividades delituosas, nem tampouco integração em organização criminosa), e não aquele traficante que monta uma empreitada criminosa com a organização de uma “boca de fumo”, “responsável por grande difusão de drogas na cidade” (Apelação Criminal - Reclusão nº 2011.002195-0/0000-00, 1ª Turma Criminal do TJMS, Rel. Marilza Lúcia Fortes, maioria, DJ 30.06.2011).

Ademais, **observa-se que os acusados se dedicavam à atividade delituosa, tanto que as mensagens encontradas no celular de Juscelino indicam que há tempos estava envolvido com a compra e venda de drogas.**

No tocante a Maria José vale ressaltar que, por ocasião da audiência de custódia, lhe foi concedida liberdade provisória. Contudo, ao ser realizada audiência de instrução (fls. 223/225), ante as provas colhidas naquela oportunidade, **evidenciou-se que ela continuava a traficar**, sendo então decretada a prisão preventiva, bem como determinada a busca e apreensão de seu celular. Assim, ao serem cumpridos os mandados, foi localizada substância entorpecente na casa de Maria José (fato em apuração nos autos 0001991-48.2017.8.12.0020), bem como as mensagens encontradas em seu aparelho celular (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

261/269) **comprovam que, em liberdade, continuou a comercializar droga.**

Deste modo, não basta que o agente satisfaça um dos requisitos para ver reconhecida a causa de diminuição da pena.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o afastamento do benefício em questão, nos termos a seguir descritos (fl. 620):

Deve ser rejeitado o pleito de reconhecimento da redutora da eventualidade.

No tráfico de drogas há uma grande rede de cooperação, nela se enquadrando os acusados, mormente pelo fato de manter em funcionamento "boca de fumo" em sua residência, o que demonstra sua dedicação a atividade criminosa.

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: "*A mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

No caso, conforme visto, as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram diversos **elementos concretos** dos autos que evidenciam que **as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão** não se compatibilizariam com a posição de uma pequena traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a **atividades criminosas**, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em atenção ao que enfatizado nas razões recursais, esclareço, por oportuno, que a negativa de incidência da minorante não se deu em razão da quantidade de drogas apreendidas, mas em decorrência das circunstâncias em que perpetrado o delito – a exemplo das mensagens encontradas no celular do corréu, indicando que, há tempo, os indivíduos estavam envolvidos com a compra e venda de drogas –, as quais levaram as instâncias de origem à conclusão de que a ré se dedicaria ao narcotráfico.

Ademais, conforme bem salientou o *decisum* ora agravado, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a recorrente 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.

Ainda, porque não aplicada a referida causa especial de diminuição de pena, não há como ser reconhecida a ausência do caráter hediondo do delito perpetrado pela agravante.

II. Regime inicial de cumprimento de pena

A Corte de origem, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes e de nulidade, manteve a imposição do regime inicial **fechado** de cumprimento de pena, com base nos seguintes argumentos (fl. 692):

No caso dos autos, ainda que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos, justifica-se a manutenção do regime fechado, porquanto, conforme se extrai dos autos, o comércio de entorpecentes era praticado na casa dos réus, inclusive na presença da filha menor do corréu.

Não bastasse isso, infere-se dos antecedentes criminais p. 115, que a embargante é reincidente, condição essa que, embora aqui não possa recrudescer a pena na segunda fase da dosimetria, em razão de não ter sido reconhecida na sentença de primeiro grau, autoriza sua utilização para obstaculizar o regime mais brando, sem que incorra em *reformatio in pejus*.

[...]

Não há, portanto, alteração a ser feito no tocante ao regime de cumprimento de pena, que deve ser mantido como inicial fechado em observância aos critérios dos artigos 33, § 2º, e 59, c/c 33, § 3º, todos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre a matéria posta em discussão, faço lembrar que, uma vez 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, conforme visto, a Corte de origem justificou a manutenção do regime inicial mais gravoso com base, justamente, nas **peculiaridades do caso concreto** – notadamente no fato de o comércio de drogas ser praticado na casa dos réus, na presença da filha menor do corréu – circunstância que, de fato, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

Ainda, consoante salientou o Tribunal *a quo*, a acusada é reincidente, com o destaque de que somente não reconheceu a agravante da reincidência e não recrudescer a pena a ela imposta para não incorrer na inadmissível *reformatio in pejus*.

Portanto, à luz de tais elementos, em homenagem ao **princípio do livre convencimento motivado** e porque foram apontados argumentos **concretos e específicos** 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 modificar o regime de cumprimento de pena estabelecido à acusada.

III. Substituição da pena por restritiva de direitos

Por fim, diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, fica mantida a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal (sanção superior a 4 anos de reclusão).

IV. Dispositivo

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0164870-2

AgRg no
HC 514.663 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010708920178120020 0001070892017812002050001 082018002390446
10708920178120020 1070892017812002050001 14054068020188120000 3206209
82018002390446 91282018

EM MESA

JULGADO: 15/08/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA INTERLANDO -
MS005372
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARIA JOSE SANTOS DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : JUSCELINO JOSE DE LIMA
CORRÉU : MONISE DE ALMOAS CONCEICAO
CORRÉU : MARIA DAYANE SANTOS DA SILVA

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 : MARIA JOSE SANTOS DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA INTERLANDO -
MS005372
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.