



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 402.473 - MS (2017/0133414-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : CRISTIANE LEMES OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é aplicada nos casos em que o agente é primário, ostenta bons antecedentes e não está envolvido com atividades criminosas nem integra organização voltada para a prática de atividades ilícitas.

2. Na hipótese dos autos, a causa especial de diminuição foi afastada em razão da quantidade e da natureza da droga envolvida na ocorrência, além das circunstâncias do delito, que serviram de indicador da dedicação da ré a atividades criminosas. A modificação dessa conclusão exige novo exame dos fatos e das provas, providência inviável em sede de *habeas corpus*.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 402.473 - MS (2017/0133414-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : CRISTIANE LEMES OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de agravo regimental interposto por CRISTIANE LEMES OLIVEIRA contra decisão unipessoal desta relatoria (e-STJ, fls. 390-400), que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em face de acórdão proferido pela col. Primeira Câmara Criminal do eg. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Nas razões deste recurso, a defesa sustenta que não há necessidade de revolvimento de matéria fática ou reexame aprofundado de provas para o atendimento do pedido, referente à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Segundo a defesa, estão preenchidos os requisitos legais para a aplicação do benefício, porquanto a agravante é primária, não possui antecedentes criminais e não integra organização criminosa.

Postula a reconsideração da decisão monocrática ou, subsidiariamente, a apresentação do recurso à Turma Julgadora.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 402.473 - MS (2017/0133414-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: A agravante foi surpreendida por policiais rodoviários, em 6/11/2015, transportando cerca de 2,6kg de cocaína em um veículo de transporte de passageiros entre as cidades de Corumbá e Campo Grande, no estado de Mato Grosso do Sul. O entorpecente estava distribuído em sete invólucros ocultos na cintura da acusada.

Em razão disso, a ré foi denunciada e posteriormente sentenciada a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de multa. Em sede de apelação, o recurso foi parcialmente provido, reduzindo a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, mas agravando-se o regime inicial de cumprimento de pena, que passou a ser o fechado.

O pedido de aplicação da minorante foi apreciado pela eg. Corte de origem, que assim tratou da questão:

Ainda como tese de defesa a apelante entende que faz jus ao reconhecimento da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006.

Pois bem: nos termos do indigitado § 4 para o réu fazer jus ao benefício da diminuição, primaz se faz a presença de quatro requisitos cumulativos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; e d) não integração de organização criminosa.

Quanto aos dois primeiros (primariedade e bons antecedentes), bem anoto que trata de critério de avaliação objetiva, bastando a análise da(s) folha(s) de antecedentes criminais para concluir pela preenchimento, ou, não dos requisitos legais.

Por outro lado, os últimos requisitos (não dedicação às atividades criminosas e não integração de organização criminosa) envolve apreciação subjetiva do magistrado, porquanto necessária a análise: a) da conduta social do agente, b) as circunstâncias nas quais o crime se deu, e c) as condições em que se deu a conduta criminosa.

No caso em apreço, como se infere dos autos (fls. 77-8 e 100), a folha de antecedentes criminais nos dá conta que presentes os dois primeiros requisitos, eis que não há registro de antecedentes criminais para a apelante.

Quanto aos dois outros requisitos, bem observo que o Magistrado sentenciante ao justificar o afastamento da causa de diminuição, assim se manifestou:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No vertente caso, pode-se verificar que não está presente o quarto requisito necessário à concessão do benefício, equivalente à não integração de organização criminosa.

Com enfoque nesse ponto, é de salutar importância ressaltar que, conforme entendimento dominante no âmbito dos Tribunais Superiores (STF e STJ), a quantidade da substância entorpecente é apta a caracterizar o fato de que o agente é integrante de organização de natureza criminosa, o que é suficiente para afastar a incidência da minorante em questão.

Todavia, apesar de ser primária e não registrar antecedentes, diante da quantidade de droga transportada (2.6 kg de cocaína), a forma em como esta se encontrava acondicionada (distribuídas em 7 invólucros), e a forma em que foi escondida para ser transportada (junto ao corpo da acusada), demonstram sua colaboração com organização criminosa destinada ao tráfico de drogas, fato que justifica o não cabimento da pleiteada redução.

Isso porque, tal quantidade, após a prática comum de se acrescentar outros produtos (talco, pó de giz, bicarbonato) para aumentar o volume da droga, seria suficiente para ser dividida milhares de porções (considerada a quantidade máxima comumente encontrada nas porções compradas por usuários).

Dessa forma, não se está, a toda evidência, diante de mísero e eventual traficante, mas de pessoa que, de forma iniludível, integra grupo criminoso, com alto poder aquisitivo, vez que o valor de tamanha droga é vultoso, e, ainda, que se dedica à disseminação do vício nefasto em larga escala no meio social.

Com efeito, ao que se extrai do conjunto probatório, a apelante empreendeu uma viagem de Campo Grande - MS até Corumbá-MS, utilizando de transporte coletivo e com suporte (orientação sobre como acondicionar a droga, sobre o meio de transporte mais recomendado e todo o apoio "técnico" para o bom desenvolvimento da atividade a que se propôs).

Logo, ao que se observa das circunstâncias nas quais o delito se desenvolveu, não há como negar que a apelante, embora tenha figurado na como transportadora, integrou a facção criminosa dedicada ao comércio ilegal de drogas, como bem ponderou o Magistrado sentenciante.

Ou seja: o suporte fático e probatório, consubstanciados nos elementos informativos da fase inquisitiva e corroborados pelas provas colhidas em juízo, é suficiente para embasar a condenação e afastar a pretendida redutora, qual seja, inegável o reconhecimento de que a conduta da apelante não se enquadra em tráfico privilegiado. (e-STJ, fls. 299-300).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre destacar que o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que: "*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 conduta social do agente*".

Assim, a circunstância judicial referente à quantidade e natureza da droga envolvida na ocorrência pode ser empregada quer para elevar a pena-base na primeira fase, quer para modular ou afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Por se tratar de circunstância judicial preponderante, nas exatas palavras da lei, não faria sentido admitir a possibilidade de seu emprego somente na modulação da pena-base, servindo, também para estimar a fração de redução ou mesmo para justificar seu afastamento, tal como ocorreu na hipótese em apreço.

Merece destaque o entendimento da Suprema Corte, no sentido de se evitar indevido *bis in idem*, recomendando-se o emprego da circunstância judicial desfavorável prevista no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 na primeira ou na terceira fase do cálculo dosimétrico.

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o agente não satisfazia às exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência, destacando que a gravidade concreta do crime autoriza a não incidência da causa de diminuição de pena.

Sobre o tema, recentemente esta Corte consolidou entendimento no sentido de afastar a aplicação da benesse legal ora debatida nas hipóteses em que ficar evidenciado que o agente não se enquadra na categoria criada pelo legislador ao prever a causa especial de diminuição de pena prevista no dispositivo acima mencionado, uma vez que os pressupostos legais de não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização voltada para a prática de condutas penalmente ilícitas não se conciliam com a prática do crime de tráfico de drogas em larga escala, envolvendo quantidades elevadas de drogas ou espécies variadas de substâncias entorpecentes.

Veja-se o seguinte julgado, proferido pela Terceira Seção deste Sodalício:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE O ACÓRDÃO EMBARGADO E OS PARADIGMAS. NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PARA DISCUTIR ACERTO OU DESACERTO DE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO DE RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL ATUAL DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ.

1. Nos embargos de divergência, para apreciação e comprovação do dissídio pretoriano, não basta a transcrição de ementas e excertos dos julgados, deve-se, no entanto, expor as circunstâncias que identificam os casos confrontados, impondo-se a absoluta similitude fática entre o acórdão embargado e o paradigma com tratamento jurídico diverso.

2. Nos termos da orientação jurisprudencial do STJ, não se admitem embargos de divergência interpostos com o objetivo de discutir o acerto ou desacerto na aplicação de regra técnica de conhecimento de recurso especial, como é o caso do enunciado da Súmula 7 desta Corte.

3. O acórdão embargado encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte segundo a qual "a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem" (AgRg no AREsp. 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

4. Incide, na espécie, a Súmula n. 168/STJ, segundo a qual, "não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EREsp 1408612/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017)

Ainda sobre o tema:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PENA INALTERADA. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL E ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PREJUDICADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com base na expressiva quantidade das drogas apreendidas (1,065 kg de maconha e 5,7g de crack) e nas circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedica-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. (HC 367.509/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 20/10/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MÁ CONDUTA SOCIAL. INEXISTÊNCIA (SÚMULA 444/STJ). FUNDAMENTO INIDÔNEO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE EM PREVISÃO LEGAL TIDA POR INCONSTITUCIONAL E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. RÉU PRIMÁRIO. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA EM RAZÃO DO QUANTUM DE PENA INDIVIDUALIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa, situação, esta, refletida no presente caso.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para fixar a pena do paciente, condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, em 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 500 dias-multa. (HC 358.911/RJ, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016)

Ademais, para modificar o entendimento acerca da dedicação da acusada a atividades ilícitas ou sobre sua participação em organização criminosa depende de nova e aprofundada sondagem dos fatos e das provas carreadas aos autos, providência que não se coaduna com os estreitos caminhos do *habeas corpus*, cujo alcance é limitado pela exigência de prova pré-constituída.

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0133414-8

AgRg no
HC 402.473 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021991820158120015 00036133820168120008 21991820158120015
36133820168120008

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : CRISTIANE LEMES OLIVEIRA

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 LEMES OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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