



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 425.957 - RJ (2017/0302919-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GABRIEL DE OLIVEIRA VENANCIO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS (320 G MACONHA E 51,2 G DE COCAÍNA). DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é aplicável aos condenados pelo crime de tráfico de drogas quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. Se inexistentes, nos autos, elementos probatórios que denotem que o acusado se dedique ao tráfico ou que integre organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida *não se mostra suficiente para, por si só, impedir a concessão de benefício, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei* (HC n. 433.010/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/4/2018).

3. Considerando o *quantum* de pena privativa de liberdade definitivamente imposta (2 anos e 6 meses de reclusão) e a pena-base fixada no mínimo legal, verifica-se que o agravado faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal. Enunciado n. 440 da Súmula do STJ. Aplicabilidade.

4. Ademais, *estabelecida a pena-base no mínimo legal e considerando a primariedade do paciente e a quantidade não muito elevada das drogas apreendidas, faz jus o acusado ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos, respectivamente, do art. 33, § 2º, "c", e art. 44, ambos do CP* (HC n. 400.137/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/8/2017).

5. Agravo regimental provido, em menor extensão, a fim de alterar a decisão hostilizada, quanto à pena imposta ao agravado, para 2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa, mantidos o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, na Ação Penal n. 0003278-03.2017.8.19.0036, da 1ª Vara



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Criminal da comarca de Nilópolis/RJ.

ACÓRDÃO

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, dar provimento ao agravo regimental, em menor extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 425.957 - RJ (2017/0302919-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão de minha lavra, em que concedi a ordem a fim de, restabelecendo a sentença, redimensionar a pena imposta ao ora agravado, na Ação Penal n. 0003278-03.2017.8.19.0036, para 1 ano e 8 meses de reclusão, e 166 dias-multa, fixando o regime inicial aberto e substituindo a pena privativa por duas restritivas de direitos (fls. 66/71), com a seguinte ementa (fl. 66):

HABEAS CORPUS. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS (320 G MACONHA E 51,2 G DE COCAÍNA). CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. APLICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

Ordem concedida nos termos do dispositivo.

No presente agravo, o *Parquet* Federal sustenta, em síntese, *que seria caso de ser inaplicável a causa especial de diminuição de pena, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida, o que evidencia à dedicação às atividades criminosas* (fl. 78).

Postula, então, o conhecimento e o provimento do agravo *para que seja excluída a causa especial de diminuição de pena, mantendo-se, em sua inteireza, a condenação efetuada pelo Tribunal de origem* (fl. 83).

Por sua vez, o Defensoria Pública, em sua impugnação (fls. 92/95), aduz que, *no caso dos autos o agravado não é reincidente, e como bem ressaltado pelo Ilustre Dr. Relator, o STF já consolidou o entendimento que o tráfico privilegiado não tem caráter hediondo. [...] Tendo sido a pena base fixada no mínimo legal, não assiste razão ao MP ao pleitear a denegação do Habeas Corpus com suposições de que o recorrido se dedicasse a atividades criminosas. Não há nos autos nada, absolutamente nada que leve a tal conclusão* (fls. 93/94) e requer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não seja provido o agravo interposto pelo Parquet e finalmente no mérito seja concedida a ordem de habeas corpus nos termos pedido na inicial (fl. 94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 425.957 - RJ (2017/0302919-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O presente agravo objetiva o restabelecimento de acórdão, que provera apelação interposta pelo *Parquet* local, aumentando a pena imposta ao paciente para 5 anos de reclusão e para 500 dias-multa e fixando o regime inicial fechado, alterando, assim, a sentença que fixava 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e 177 dias-multa, além de substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, pela prática do crime de tráfico de drogas (320 g maconha e 51,2 g de cocaína – fl. 13).

Da análise dos autos, registre-se que, sobre a pretensão recursal, o Magistrado singular assim dispôs (fl. 24):

Todavia, conforme já devidamente esmiuçado na fundamentação da sentença, não há provas de que o acusado dedique-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa, sendo, ainda, primário e de bons antecedentes, o que impõe a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Assim, diante das circunstâncias da prisão e não sendo elevada a quantidade de droga apreendida, aplico a referida causa de diminuição em sua fração máxima, que é de 2/3.

Por sua vez, a Corte local afastou a minorante do tráfico privilegiado, nos seguintes termos (fl. 17):

Foram apreendidos 320 g (trezentos e vinte gramas) de *Cannabis sativa* L., vulgarmente conhecida como maconha, distribuída por 240 (duzentas e quarenta) embalagens e 51,2 g (cinquenta e um gramas e dois decigramas) de cocaína, distribuído por 103 (cento e três) embalagens, farta quantidade de drogas, que demonstra não se tratar de traficante eventual e sim de indivíduo dedicado a atividades criminosas, desempenhando a traficância com habitualidade, o que foi corroborado pelas palavras do agente da lei Paulo César que, em Juízo, afirmou, de forma categórica, que o apelado admitiu exercer a função de “vapor” do tráfico no local, percebendo a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por carga.

No presente caso, está comprovado, portanto, que o recorrido se dedicava a atividades criminosas, realizando o comércio ilícito de drogas com habitualidade, razão pela qual deve ser afastado o redutor da pena com que foi indevidamente beneficiado no decreto sentencial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Finalmente, tem-se a decisão ora recorrida, que restabeleceu a sentença, ao fundamento que *o acórdão não indicou elementos concretos nos autos, que demonstrassem a dedicação às atividades criminosas ou o pertencimento à organização criminosa. Isso porque, na espécie, não obstante a diversidade dos entorpecentes, a quantidade não era expressiva (320 g maconha e 51,2 g de cocaína) – fl. 69.*

Assim, a sentença expressamente dispôs *que não há provas de que o acusado dedique-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa, sendo, ainda, primário e de bons antecedentes* (fl. 24), porém a Corte afastou a incidência do redutor ao argumento de que a quantidade de entorpecentes apreendidos 320 g de maconha e 51,2 g de cocaína *demonstra não se tratar de traficante eventual e sim de indivíduo dedicado a atividades criminosas, desempenhando a traficância com habitualidade* (fl. 17).

Ocorre que o entendimento desta Corte, em casos de quantidade similar de entorpecentes apreendidos, é no sentido de ser aplicável a causa de diminuição de pena do art 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porém em fração inferior à máxima.

Confira-se:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

4. Hipótese em que, à míngua de outros elementos probatórios que denotem que o paciente se dedique ao tráfico ou que integre organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a quantidade da droga apreendida (300g de maconha) não se mostra suficiente para, por si só, impedir a concessão de benefício, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.

5. Estabelecida a reprimenda final em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial 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 o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, ficando a pena final em 2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

(HC n. 433.010/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/4/2018)

No mesmo sentido: HC n. 483.020/PE, Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 29/3/2019.

Por isso, faz-se necessário o redimensionamento da pena.

Na primeira fase, mantida a pena-base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, nos termos da sentença (fl. 23). Sem alterações na segunda fase (fl. 23). Por fim, aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2 (mesma fração aplicada no precedido citado), tornando-a definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa.

Quanto ao regime inicial, verifica-se o Magistrado singular apenas fixou o regime aberto, *observando o que dispõe o art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, não sendo reincidente o acusado e não havendo, ainda, razões que justifiquem a imposição de regime mais gravoso, determino o regime aberto para início de cumprimento de pena* (fl. 24), e o Tribunal a quo fixou o regime inicial fechado, pois *se trata de crime de extrema gravidade, motivador de outros crimes graves e violentos, sendo causador de desordem e intensa intranquilidade social, exigindo-se severidade no tratamento do mesmo, de modo que o regime fechado é o único suficiente para a prevenção e repressão do delito cometido* (fl. 18).

Ocorre que o posicionamento pacificado no Superior Tribunal de Justiça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é no sentido de que, *fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito* (Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior).

Assim, considerando o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal, a pena privativa de liberdade definitiva imposta (inferior a 4 anos) e a ausência de circunstâncias judiciais negativas, verifica-se que o ora agravado faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda no regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Finalmente, quanto à pretensão de substituição da pena, observa-se que o Magistrado de primeiro grau substituiu a pena privativa por duas restritivas de direitos, sendo a substituição cassada pela Corte estadual (fl. 17), e, agora, com o redimensionamento da pena, deve-se substituí-la por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, pois o posicionamento jurisprudencial desta Corte Superior aponta que, *estabelecida a pena-base no mínimo legal e considerando a primariedade do paciente e a quantidade não muito elevada das drogas apreendidas, faz jus o acusado ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos, respectivamente, do art. 33, § 2º, "c", e art. 44, ambos do CP* (HC n. 400.137/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/8/2017).

Em razão disso, **dou provimento** ao agravo regimental, em menor extensão, a fim de alterar a decisão hostilizada, quanto à pena imposta ao agravado, para 2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa, mantidos o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, na Ação Penal n. 0003278-03.2017.8.19.0036, da 1ª Vara Criminal da comarca de Nilópolis/RJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0302919-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 425.957 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032780320178190036 32780320178190036

EM MESA

JULGADO: 15/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

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 DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GABRIEL DE OLIVEIRA VENANCIO

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 : GABRIEL DE OLIVEIRA VENANCIO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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, deu provimento ao agravo regimental , em menor extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.