



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2243364 - MG (2022
/0345625-3)**

**RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**
AGRAVANTE : GUSTAVO SANTOS MESQUITA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE. AGRADO NÃO PROVIDO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do agravo em recurso especial em virtude do óbice da Súmula n. 182/STJ. A parte agravante alega ter impugnado a Súmula n. 83/STJ.

II. Questão em discussão

2. A discussão consiste em saber se a conduta de oferecer droga gratuitamente a pessoa reclusa em estabelecimento prisional pode ser desclassificada para o tipo penal do art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006 ou se deve ser enquadrada no *caput* do mesmo artigo.

3. Outro ponto diz respeito à possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício para reconhecer a minorante do tráfico privilegiado, considerando a quantidade ínfima de droga e os maus antecedentes do acusado.

III. Razões de decidir

4. A conduta de oferecer droga gratuitamente amolda-se ao *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não se enquadrando nos núcleos verbais do § 2º, que exigem induzir, instigar ou auxiliar ao uso indevido de droga.

5. A ínfima quantidade de droga apreendida e a ausência de intuito lucrativo justificam a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mesmo diante de maus antecedentes não específicos.

6. A pena foi redimensionada para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito, considerando a confissão do acusado e a interpretação sistemática dos arts. 33, § 3º, e 67 do Código Penal.

IV. Dispositivo e tese

7. Agravo regimental não provido e ordem de *habeas corpus* concedida de ofício.

Tese de julgamento: 1. A conduta de oferecer droga gratuitamente a pessoa reclusa amolda-se ao *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. 2. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado é excepcionalmente justificada pela ínfima quantidade de droga e ausência de intuito lucrativo, mesmo diante dos maus antecedentes não específicos. 3. A pena pode ser substituída por restritivas de direito, considerando a confissão e a interpretação sistemática dos dispositivos penais.

Dispositivos relevantes citados: Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* e § 4º; Código Penal, arts. 33, § 3º, e 67.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp n. 2.091.694/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022; STJ, HC 413968/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/11/2017; STJ, HC 660930/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/09/2021, DJe de 21/09/2021; STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1580325/PE, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022.

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, de ofício, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de abril de 2025.

Ministro OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(Desembargador Convocado do TJSP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2243364 - MG (2022
/0345625-3)**

**RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**
AGRAVANTE : GUSTAVO SANTOS MESQUITA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do agravo em recurso especial em virtude do óbice da Súmula n. 182/STJ. A parte agravante alega ter impugnado a Súmula n. 83/STJ.

II. Questão em discussão

2. A discussão consiste em saber se a conduta de oferecer droga gratuitamente a pessoa reclusa em estabelecimento prisional pode ser desclassificada para o tipo penal do art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006 ou se deve ser enquadrada no *caput* do mesmo artigo.

3. Outro ponto diz respeito à possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício para reconhecer a minorante do tráfico privilegiado, considerando a quantidade ínfima de droga e os maus antecedentes do acusado.

III. Razões de decidir

4. A conduta de oferecer droga gratuitamente amolda-se ao *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não se enquadrando nos núcleos verbais do § 2º, que exigem induzir, instigar ou auxiliar ao uso indevido de droga.

5. A ínfima quantidade de droga apreendida e a ausência de intuito lucrativo justificam a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mesmo diante de maus antecedentes não específicos.

6. A pena foi redimensionada para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito, considerando a confissão do acusado e a interpretação sistemática dos arts. 33, § 3º, e 67 do Código Penal.

IV. Dispositivo e tese

7. Agravo regimental não provido e ordem de *habeas corpus* concedida de ofício.

Tese de julgamento: 1. A conduta de oferecer droga gratuitamente a pessoa reclusa amolda-se ao *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. 2. A aplicação da minorante do tráfico privilegiado é excepcionalmente justificada pela ínfima quantidade de droga e ausência de intuito lucrativo, mesmo diante dos maus antecedentes não específicos. 3. A pena pode ser substituída por restritivas de direito, considerando a confissão e a interpretação sistemática dos dispositivos penais.

Dispositivos relevantes citados: Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* e § 4º; Código Penal, arts. 33, § 3º, e 67.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp n. 2.091.694/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022; STJ, HC 413968/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/11/2017; STJ, HC 660930/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/09/2021, DJe de 21/09/2021; STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1580325/PE, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por GUSTAVO SANTOS MESQUITA contra a decisão monocrática deste relator que não conheceu do agravo em recurso especial em virtude do óbice da Súmula n. 182/STJ (fls. 250-253).

A parte agravante alega que impugnou a Súmulas n. 83/STJ, inclusive colacionando julgado que ampara a pretensão recursal.

Requer o provimento do recurso ou, caso contrário, a concessão de *habeas corpus* de ofício a fim de que seja desclassificada a conduta para aquela do art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 262-273).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do regimental, passo à análise do recurso, adiantando, desde já, que a irresignação não prospera.

Observa-se que a decisão de inadmissão do recurso especial assentou o óbice da Súmula n. 83/STJ. Todavia, no respectivo agravo, a Defesa limitou-se a arguir, genericamente, a inaplicabilidade do referido entrave.

O princípio da dialeticidade recursal impõe que a parte recorrente refute todos os fundamentos da decisão recorrida e demonstre, concreta e especificamente, o seu desacerto.

Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que a ausência de efetiva impugnação dos fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial na origem impede o conhecimento do agravo, nos termos do art. 932, III, CPC/ 2015, do art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ e da Súmula n. 182 /STJ, aplicável por analogia:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 182 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Os recursos devem impugnar especificamente os fundamentos da decisão cuja reforma é pretendida, não sendo suficientes alegações genéricas nem a reiteração dos argumentos referentes ao mérito da controvérsia.

2. Mantém-se a aplicação analógica da Súmula n. 182 do STJ quando não há impugnação efetiva, específica e fundamentada de todos os fundamentos da decisão que inadmite recurso especial.

[...]

4. É descabido postular a ordem de habeas corpus de ofício como forma de burlar a inadmissão do recurso especial. A concessão da ordem de ofício ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional, quando há cerceamento flagrante do direito de locomoção, não servindo para suprir eventuais falhas na interposição do recurso ou mesmo para acolher alegações apresentadas a destempo.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.121.358/ES, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022 - grifamos).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 1.021, § 1º, DO CPC/15. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada enseja o não conhecimento do agravo regimental, nos termos do art. 1.021, § 1º, do CPC/15 e do óbice contido na Súmula 182/STJ, aplicável por analogia.

2. Não são suficientes meras alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo, tampouco o ataque tardio ao seu conteúdo, ou a insistência no mérito da controvérsia. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no AREsp n. 2.091.694/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022 - grifamos).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA CONFIRMADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O julgamento monocrático pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça encontra previsão no art. 21-E, V, do RISTJ, atribuindo-lhe, antes da distribuição do feito, a competência para não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, inexistindo, portanto, ofensa ao princípio da colegialidade.

2. A ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial obsta o conhecimento do agravo, nos termos do art. 932, III, CPC de 2015, art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ e da Súmula 182 do STJ, aplicável por analogia.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 1.415.531/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, DJe de 28/6/2019 - grifamos).

Especificamente no tocante à refutação da **Súmula n. 83/STJ**, é consabido que a parte deve demonstrar que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem diverge da jurisprudência desta Corte, com a indicação de precedentes contemporâneos ou supervenientes aos referidos na decisão agravada, o que não ocorreu no caso em exame.

Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO. SÚMULA N. 231/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. NÃO OCORRÊNCIA. A REPARAÇÃO DO DANO DEVE OCORRER ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA. SÚMULA N. 7/STJ.

[...]

4. Para impugnar a incidência da Súmula n. 83/STJ, a parte deve demonstrar que os precedentes indicados na decisão agravada são inaplicáveis ao caso ou deve apresentar precedentes contemporâneos ou supervenientes aos indicados na decisão para comprovar que outro é o entendimento jurisprudencial do STJ, o que não ocorreu.

5. Não comprovada a situação financeira do recorrente perante o Tribunal de origem e ausente qualquer comprovação desta condição

no recurso especial, não há como desconstituir as premissas fáticas do julgado para a concessão da gratuidade de justiça, consoante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

6. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 2330646/RS, Rel. Desembargador Convocado Jesuíno Rissato, Sexta Turma, julgado em 27/2/2024, DJe de 4/3/2024 - grifamos)

De igual modo: AgRg no AREsp 2578837/SC, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 11/06/2024, DJe de 17/06/2024, e AgRg no AREsp 2468120/AM, rel. Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 11/06/2024, DJe de 17/06/2024.

Cumprе acrescentar, com amparo na jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça,

que a incidência da Súmula 83/STJ não se restringe aos recursos e especiais interpostos com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos reclamos fundados na alínea 'a', uma vez que o termo 'divergência', a que se refere a citada súmula, relaciona-se com a interpretação de norma infraconstitucional (AgRg no AREsp 2407873/SE. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 9/11/2023).

A propósito, ainda: AgRg no REsp 2017219/PB, Rel. Desembargador Convocado Jesuíno Rissato, Sexta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023, e AgRg no AREsp 1802457/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.

No entanto, percebo que o acórdão recorrido está eivado de ilegalidade, a qual pode e deve ser afastada pela concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 647-A, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

A essa altura, destaco não ser o caso de acolhimento da tese de desclassificação da conduta formulado pela Procuradoria-Geral da República no parecer de fls. 238-244.

De fato, eis os termos da denúncia (fl. 2):

*Noticiam os inclusos autos de inquérito policial que, no dia 08 de janeiro de 2014, por volta das 14h30min., no Presídio Sebastião Satiro, situado na rua Ouro Branco, nº 355, bairro Distrito Industrial II, neste município e comarca de Patos de Minas/MG, GUSTAVO SANTOS MESQUITA **ofereceu, eventualmente e sem objetivo de lucro, 1,64g (uma grama e sessenta de Cannabis Sativa L., vulgarmente conhecida como maconha, embalada em um cigarro, dentro de uma carta, a sua namorada Kele Christiene Silva Lemos** (laudo toxicológico à II. 12).*

Com efeito, GUSTAVO e Kele, mantinham um relacionamento amoroso à época dos fatos, encontrando-se esta ultima, recolhida no Presídio Sebastião Satiro.

E nas condições de tempo acima mencionadas, o denunciado com o intento de fornecer droga a sua namorada que se encontrava presa, enviou a ela uma carta e, em seu conteúdo 02 (dois) cigarros de

"maconha", contudo, ao ser realizada censura da referida correspondência no presídio, agentes constataram a presença da referida droga.

Ao dar provimento ao apelo ministerial, a Corte mineira rechaçou a desclassificação da conduta para o tipo auxiliar em questão, fazendo-o em conformidade com as seguintes razões de decidir (fl. 180):

*Ademais, apenas por cautela, faço consignar que o caso não é mesmo de desclassificação para o delito do art. 33, §2º, da Lei de Drogas, pois **não há qualquer indicativo nos autos de que o acusado apenas estaria auxiliando alguém na penitenciária ao uso indevido de drogas.***

***Nota-se que a pessoa para quem teria sido enviada a correspondência com a maconha, ao ser ouvida na DEPOL, negou ter tido qualquer relacionamento amoroso com o acusado e não pediu a ele que enviasse a droga,** tomando conhecimento do ocorrido através do seu noivo, que também está preso. Vide fl. 33-v. Tal pessoa sequer foi arrolada pela Defesa como testemunha, para ser ouvida em juízo.*

Logo, as declarações do acusado não se sustentam a ponto de alcançar o intento defensivo. Pelo que, a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas é medida a ser imposta.

Do cotejo entre os fatos narrados na denúncia e aqueles apurados após a instrução criminal, constata-se que, embora não exista prova acerca do intuito mercantil, é fato que o acusado remeteu à destinatária, reclusa em estabelecimento prisional, um cigarro de maconha juntamente com uma singela carta de amor (fls. 15-16).

Nesse contexto, a conduta narrada na denúncia não aponta para nenhum dos núcleos verbais do art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, quais sejam: *induzir, instigar ou auxiliar* alguém ao uso indevido de droga. Ao contrário, amolda-se perfeitamente àquela de oferecer gratuitamente substância proscrita, prevista no *caput* do dispositivo em questão.

Quanto à distinção entre os tipos previstos no *caput* e no § 2º do art. 33 da Lei Antidrogas, esclarece Renato Brasileiro de Lima:

c) auxiliar: há uma facilitação material do uso indevido de drogas por terceiro, geralmente com o fornecimento de elementos que permitam o consumo da substância entorpecente. Diferencia-se das duas hipóteses anteriores, que têm natureza moral, porquanto, neste caso, o auxílio está no campo material. Basta pensar no exemplo do agente que empresta seu carro para que alguém se dirija a local de venda de drogas para adquirir determinada quantidade para seu próprio consumo. **Evidentemente, este auxílio destinado ao uso indevido de drogas não pode abranger o fornecimento em si da droga, pois, nesse caso, o agente deverá responder pelo crime do art. 33, caput, nas modalidades de vender, oferecer, entregar a consumo etc.** Em síntese, por força do princípio da subsidiariedade, a conduta incriminada no art. 33, §2º, da Lei de Drogas, funciona como

verdadeiro soldado de reserva em relação ao crime do art. 33, caput. Valendo-se do exemplo acima citado, se, ao invés de emprestar seu carro para que o terceiro fosse até determinado local comprar drogas para seu consumo pessoal, o próprio agente dirigisse seu carro, comprando a droga para fornecê-la a consumo de terceiro, a correta adequação típica do fato delituoso seria no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. (in Legislação Criminal Comentada. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, pp. 755-756 - grifamos)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. AUXÍLIO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DA DROGA EM SI. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. ART. 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 171 DESTA CORTE. EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O auxílio destinado ao uso indevido de drogas não se confunde com o fornecimento da droga em si, devendo, neste caso, o agente responder pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, inviabilizando a pretensão desclassificatória para o crime do art. 33, §2º, do referido diploma legal. Hipótese em que a Corte de origem concluiu, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amalhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

[...]

6. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena imposta à paciente para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais o pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, cassada a liminar outrora deferida. (HC 413968/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe de 13/11/2017, grifamos)

PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CONHECIMENTO APENAS DO QUE CONCERNE A QUESTÃO FEDERAL EXAMINADA NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FORNECIMENTO GRATUITO. CONDUTA QUE NÃO EXIGE NENHUM FIM ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA EXTENSÃO INDEFERIDA.

1- Na revisão criminal interposta nesta Corte, só pode ser examinada a questão federal decidida no recurso especial

2- Se o réu assegura que não é usuário, afastado está o tipo previsto no artigo 33, § 2º da Lei 11.243/06.

3- A indução para o uso da droga implica em fazer nascer em outrem a vontade de usá-la, dar-lhe a idéia até então inexistente de fazer uso da substância tóxica.

4- Instigar consiste em reforçar a idéia já existente quanto ao uso da droga.

5- Auxiliar pende para uma assistência material diversa do fornecimento da droga, posto que esta é uma das condutas múltiplas do artigo 33, caput da Lei 11.343/06 e do artigo 12 da Lei 6.368/76.

6- Configura o delito do artigo 12 da Lei 6368/76 o fornecimento gratuito de droga, independente de qualquer outro fim especial, não se exigindo a finalidade de comercialização.

7- Revisão criminal parcialmente conhecida e nesta extensão indeferida. (RvCr 731/RJ, Rel. Desembargadora Convocada Jane Silva, Terceira Seção, julgado em 27/08/2008, DJe de 07/04/2009, grifamos)

Entretanto, se bem analisados os fundamentos para o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, percebe-se a desproporcionalidade da medida.

Ao negar a aplicação da redutora em voga, destacou a Corte estadual que *não há que se falar em aplicabilidade ao caso da minorante do tráfico, já que o acusado ostenta maus antecedentes, conforme CAC de fls. 38/40 (fl. 181).*

Com efeito, na interpretação do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que *a aplicação do tráfico privilegiado requer o cumprimento cumulativo dos requisitos legais, incluindo bons antecedentes* (AgRg no HC 936417/GO, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/03/2025, DJEN de 24/03/2025).

No mesmo diapasão:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

7. A reincidência e os maus antecedentes do paciente afastam a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado, conforme o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

IV. Dispositivo e tese

8. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. O habeas corpus não é admissível como substitutivo de revisão criminal para decisões já transitadas em julgado nas instâncias de origem. 2. A fundamentação para a exasperação da pena-base, considerando a quantidade de entorpecentes e os maus antecedentes, é idônea. 3. **A reincidência e os maus antecedentes afastam a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado.** (AgRg no HC 956445/SP,

Rel. Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 12/03/2025, DJEN de 18/03/2025 - grifamos)

Na espécie, contudo, além da quantidade de droga apreendida ser de fato ínfima, vale dizer, **1,64g (uma gramas e sessenta e quatro centigramas)** de maconha, na forma de um único cigarro, é manifesta a **ausência do intuito lucrativo** e, ainda, a reincidência **não é específica**, uma vez que relaciona-se a apenas uma anterior condenação pelo crime de furto qualificado tentado.

De fato, analisando-se a certidão de antecedentes criminais do acusado (fls. 47-51), a única anotação apta a ensejar a reincidência do acusado refere-se ao Processo n. 0029374-93.20108130480, no qual foi condenado pela prática de crime de roubo - ocorrido 02/03/2010 -, ou seja, aproximadamente 04 (quatro) anos antes da prática da conduta objeto de imputação nestes autos.

Com vistas a atribuir **máxima efetividade** às normas constitucionais, em especial àquelas instituidoras de direitos e garantias individuais, o Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de controle concentrado quanto difuso de constitucionalidade, já teve a oportunidade de reconhecer que vedações legais apriorísticas não se compatibilizam com o princípio da *individualização da pena* insculpida no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Ilustrativamente, o Plenário da Corte Constitucional brasileira, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 97.256/RS, reconheceu a inconstitucionalidade de parte do mesmo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ora *sub examine*, que vedava a conversão em penas restritivas de direitos das sanções impostas pela prática do crime de tráfico de drogas, tendo o Senado Federal, por meio da Resolução n. 5, de 2012, conferido efeitos gerais e vinculantes ao *decisum* proferido no controle difuso de constitucionalidade.

Na implementação do caráter material do devido processo legal, o **princípio da proporcionalidade**, mais especificamente o **subprincípio da necessidade** a ele inerente, estabelece a **proibição de excesso**.

Acerca da questão Almiro do Couto e Silva, forte a doutrina lusitana de Gomes Canotilho, esclarece que

as providências adotadas pelos particulares ou pelo Estado com relação aos interesses das demais pessoas ou dos administrados, devem ser adequadas a esses mesmos interesses, proibindo-se medidas excessivas (apud ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria Geral dos Direitos Humanos, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 41).

Em caso semelhante ao dos autos, já decidiu a Sexta Turma desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. 1,53 GRAMAS DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE.

VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE COM FUNDAMENTO EM ANTECEDENTES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO JUSTIFICA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÍNFIMA QUANTIDADE QUE DEVE PREVALECER SOBRE A REINCIDÊNCIA, PERMITINDO FIXAR REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIR A REPRIMENDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA À UNANIMIDADE. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EIVADO DE NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA ORIGINADA EM ELEMENTO INIDÔNEO. COR DA PELE NÃO PODE CONFIGURAR ELEMENTO CONCRETO INDICIÁRIO DE DESCONFIANÇA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE PROVA QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONVICÇÃO DO RELATOR NÃO ACOMPANHADA NA SEXTA TURMA.

1. A valoração negativa da personalidade com fundamento nas condenações transitadas em julgado não encontra respaldo na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no sentido de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente.

Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019 - grifo nosso).

2. **A ínfima quantidade da droga apreendida não justifica o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo perfeitamente cabível a sua aplicação em patamar intermediário (1/2), diante da reincidência.**

3. Ordem concedida para redimensionar a pena, com modificação do regime e reconhecida a possibilidade de substituição da pena por duas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

[...]

9. Ordem concedida, à unanimidade, nos termos da impetração, a fim de redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, e, de ofício, para estabelecer o regime aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais. (HC 660930/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/09/2021, DJe de 21/09/2021 - grifamos)

Dessa forma, diante das peculiaridades do caso concreto, que demonstram a excepcionalidade da situação, tenho por adequada a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Passo, pois, à nova dosimetria da pena.

Primeiro fase - militando em desfavor do acusado apenas seus maus antecedentes, mantenho a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Segunda fase - incide unicamente a atenuante da confissão espontânea, motivo pelo qual a pena intermediária retorna ao mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Terceira fase - aplicada excepcionalmente a minorante do tráfico privilegiado, não se olvida o fato de o acusado ostentar maus antecedentes, particularidade fática que autoriza a modulação da fração redutora, a qual ensejará a mitigação das pena na fração de 1/2 (metade), tornando-se definitiva em **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, além de **250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**.

Ainda que presente circunstância judicial negativa, as considerações quanto ao caso concreto, bem como a **confissão do acusado**, autorizam o cumprimento da pena em regime aberto.

De fato, a interpretação sistemática dos arts. 33, § 3º, e 67 do Código Penal indica que a fixação de regime mais gravoso do que o previsto pelo *quantum* da pena concretizada exige a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do referido *Codex*, não só individualmente, **mas também sob o enfoque global**.

Nesse sentido: EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1580325/PE, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022, DJe de 21/02/2022, e AgRg no AREsp 1573393/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 15/03/2021.

Assim, fixo o regime inicial **aberto** para o cumprimento da pena.

Finalmente, não sendo ao acusado reincidente, nem sendo seus maus antecedentes decorrentes de recalcitrância específica, estão presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, motivo pelo qual **substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito**, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções penais.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental e, de ofício, concedo ordem de *habeas corpus* para, reconhecida a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, reduzir as penas a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0345625-3 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
AREsp 2.243.364 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00793555220148130480 0480140079355 10480140079355001
10480140079355002 10480140079355003 2014000569805001 480140079355
793555220148130480

PAUTA: 08/04/2025

JULGADO: 08/04/2025

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJSP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : GUSTAVO SANTOS MESQUITA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 : GUSTAVO SANTOS MESQUITA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, de ofício, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.