



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 877618 - SP (2023/0454870-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : JUNIOR CESAR DA CRUZ GATTO (PRESO)
ADVOGADOS : EDNA MARA DA SILVA ABOU DEHN - SP371074
AMANDA ABOU DEHN - SP423741
OUTRO NOME : JUNIO CESAR DA CRUZ GATTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PACIENTE QUE NÃO SE TRATA DE TRAFICANTE EVENTUAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O redutor da pena inserto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi afastado em decorrência dos elementos fáticos apurados na instrução processual, que demonstraram que o agente dedicava-se à atividade criminosa a partir de circunstâncias concretas evidenciadas nos autos além da quantidade de droga apreendida. No ponto, destacou-se que foram apreendidos os entorpecentes e os petrechos, parte dos quais apresentavam resquícios de cocaína e maconha, além de dinheiro, bem como das fotografias de drogas e das mensagens encontradas no aparelho celular do agravante, com pedidos de compra de entorpecente por terceiros, indicando que não o fazia pela primeira vez. A modificação desse entendimento demandaria o exame aprofundado de provas, o que é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 12/03/2024 a 18/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 18 de março de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 877618 - SP (2023/0454870-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : JUNIOR CESAR DA CRUZ GATTO (PRESO)
ADVOGADOS : EDNA MARA DA SILVA ABOU DEHN - SP371074
AMANDA ABOU DEHN - SP423741
OUTRO NOME : JUNIO CESAR DA CRUZ GATTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PACIENTE QUE NÃO SE TRATA DE TRAFICANTE EVENTUAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O redutor da pena inserto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi afastado em decorrência dos elementos fáticos apurados na instrução processual, que demonstraram que o agente dedicava-se à atividade criminosa a partir de circunstâncias concretas evidenciadas nos autos além da quantidade de droga apreendida. No ponto, destacou-se que foram apreendidos os entorpecentes e os petrechos, parte dos quais apresentavam resquícios de cocaína e maconha, além de dinheiro, bem como das fotografias de drogas e das mensagens encontradas no aparelho celular do agravante, com pedidos de compra de entorpecente por terceiros, indicando que não o fazia pela primeira vez. A modificação desse entendimento demandaria o exame aprofundado de provas, o que é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

2. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto por JUNIOR CESAR DA CRUZ GATTO contra decisão de fls. 43/48, que indeferiu liminarmente o *habeas corpus* impetrado em seu favor.

No presente recurso, a defesa reitera que o agravante faz jus à causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, tendo em vista sua primariedade e a pouca quantidade de droga apreendida.

Requer, assim, o provimento do agravo regimental e a concessão da ordem de *habeas corpus* nos termos da inicial.

O Ministério Público Federal – MPF manifestou-se pelo não conhecimento do agravo regimental, conforme parecer de fls. 75/78.

É o relatório.

VOTO

A decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Para melhor análise dos autos, impende transcrever excertos do magistrado sentenciante quando da fixação das penas:

"Caracterizada a prática do delito, passo à dosimetria da pena. Na primeira fase, nos termos da Súmula 444 do STJ e do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (vide fls. 32/37, 50/53 e 159/162), ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, mantenho a pena fixada. Observo que o réu admitiu a posse da droga encontrada em sua casa, mas negou a traficância, ou seja, não foi integral.

Já na terceira fase, mostra-se inaplicável o reconhecimento da figura privilegiada. Isso porque, em que pese a primariedade do réu, houve apreensão de drogas de natureza diversas: 3,49 g de crack recém vendido ao usuário Luiz Carlos, 0,96 g de pedras de cocaína e, ainda, 18,9 g de maconha, divididos em 7 porções. Tais circunstâncias, aliadas ao comércio comprovado no dia dos autos, com abordagem de dois usuários, um deles com droga, bem como as conversas constantes do seu celular, demonstrando dedicação ao tráfico de maneira habitual, elementos que obstam a aplicação do redutor" (fl. 33).

O Tribunal de origem assim destramou a controvérsia:

"Quanto à pena, a sentença também não merecereparo.

A MMª Juíza sentenciante, na primeira fase da dosimetria, fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por entender que nenhuma circunstância judicial é desfavorável ao réu.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, as penas foram mantidas sem alterações.

Já na terceira fase, a sentenciante deixou corretamente de aplicar a causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, pois, apesar de o acusado ser primário e não ter antecedentes, bem como inexistirem evidências de que este esteja envolvido com organização criminosa, a quantidade, a natureza e a variedade de entorpecentes apreendidos (07 porções de maconha, compeso líquido de 18,9g; 07 porções de

“crack”, com peso líquido de 0,96g; e 01 porção de “crack”, com peso líquido de 3,49g estas últimas, substâncias que geram dependência química rápida e pode levar o usuário a óbito em pouco tempo de uso), somados à significativa quantia em dinheiro apreendida, produto da venda de outras porções, e aos petrechos comumente utilizados para a divisão e embalagem de drogas, parte dos quais apresentavam resquícios de cocaína e maconha (fls. 131/134), além das fotografias de drogas e das mensagens encontradas no aparelho celular do réu, com pedidos de compra de entorpecente por terceiros, indicando que não o fazia pela primeira vez (fls. 138/145), e das circunstâncias da prisão (após um usuário ter sido abordado em poder da droga e afirmado que a adquirira do réu, o qual já era apontado em diversas denúncias pela prática do tráfico de entorpecentes, tendo o acusado, ao visualizar a aproximação dos policiais, corrido para o interior da residência, onde foram apreendidos os entorpecentes e os petrechos, além de dinheiro), evidenciam que ele se dedica à atividade criminosa de maneira habitual, até porque não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de droga.

[...]

Frise-se, por oportuno, que o afastamento da causa de diminuição de pena não se deu somente em razão da quantidade de droga apreendida, mas dos demais elementos de prova que, junto com aquela circunstância, demonstram que o acusado pratica crime de tráfico de drogas de forma contumaz” (fls. 19/21).

A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Sendo assim, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

Ressalte-se que não há critério matemático balizador de aumento da pena-base por cada circunstância judicial considerada negativa, e sim um controle de legalidade para averiguar se houve fundamentação concreta para o incremento.

Como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como “tráfico de drogas privilegiado”. O dispositivo contém a seguinte redação:

“Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste

artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não se dedicar às atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado se dedicava às atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

No caso em análise, as instâncias ordinárias afirmaram a dedicação do paciente a atividade criminosa a partir de circunstâncias concretas evidenciadas nos autos além da quantidade de droga apreendida. No ponto, destacou-se que foram apreendidos os entorpecentes e os petrechos, parte dos quais apresentavam resquícios de cocaína e maconha, além de dinheiro, bem como das fotografias de drogas e das mensagens encontradas no aparelho celular do paciente, com pedidos de compra de entorpecente por terceiros, indicando que não o fazia pela primeira vez.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 organização criminosa.

- No caso, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para afastar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual, especialmente tendo em vista a existência de denúncias no sentido de que o paciente traficava (sentença e-STJ fl. 50),

bem como a apreensão de objetos para a traficância, tal como balança, anotações sobre o tráfico, contendo quantidades, valores e pesos, o que denota a dedicação às atividades criminosas. Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 729.295/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 29/3/2022, DJe 31/3/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada tendo como fundamento a variada e a expressiva quantidade de entorpecente, apreendida juntamente com balança de precisão e anotações da traficância. Portanto, assentado pelas instâncias antecedentes, com base em elementos colhidos nos autos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

2. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, revela-se adequada a escolha do regime inicial fechado, diante da aferição negativa de circunstância judicial, nos termos do art. 33, §2º e 3º, III, "a", do CP.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 723.937/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 1º/4/2022.)

Além disso, o acolhimento da tese da defesa de que o paciente não se dedicava a atividades criminosas demandaria o revolvimento de matéria fática, o que é vedado em *habeas corpus*. Nessa direção, o seguinte julgado:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a

apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas 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. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade de drogas apreendidas "22,5kg de maconha, prensada para o varejo, [...] inclusive com acesso a fornecedores localizados em município diverso do local de sua residência (no caso, Três Lagoas, já que a droga foi adquirida em Campo Grande)." elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Rever esse entendimento demandaria revolvimento da matéria fático- probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

IV - O Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n.8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art.33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 549.345/MS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 16/3/2020.)

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 877.618 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0454870-3

Número de Origem:

15019747720228260664 21737102022

Sessão Virtual de 12/03/2024 a 18/03/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMANDA ABOU DEHN

ADVOGADOS : EDNA MARA DA SILVA ABOU DEHN - SP371074

AMANDA ABOU DEHN - SP423741

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JUNIOR CESAR DA CRUZ GATTO (PRESO)

OUTRO : JUNIO CESAR DA CRUZ GATTO
NOME

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 : JUNIOR CESAR DA CRUZ GATTO (PRESO)

ADVOGADOS : EDNA MARA DA SILVA ABOU DEHN - SP371074

AMANDA ABOU DEHN - SP423741

OUTRO : JUNIO CESAR DA CRUZ GATTO
NOME

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 12/03/2024 a 18/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de março de 2024