



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 435.820 - SP (2018/0025963-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MÁRCIO AURÉLIO MARIANO DA COSTA (PRESO)
ADVOGADO : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE - SP358143
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTO CONCRETO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório. Precedentes.
2. A imposição do regime mais gravoso fundou-se nas circunstâncias do caso concreto, especificamente na quantidade da droga e o envolvimento do acusado com organização criminosa, o que constitui fundamento idôneo ao estabelecimento do modo mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.
3. Agravo regimental improvido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de agosto de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 435.820 - SP (2018/0025963-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MÁRCIO AURÉLIO MARIANO DA COSTA (PRESO)
ADVOGADO : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE - SP358143
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto em favor de MÁRCIO AURÉLIO MARIANO DA COSTA em face de decisão que denegou o *habeas corpus*, mantendo o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o agravante foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei de Drogas, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa.

Em suas razões reitera a existência de constrangimento ilegal diante da falta de fundamentação idônea para a não aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, ao argumento de que não se comprovou a participação do réu em facção ou quadrilha, nem sua dedicação à atividade criminosa, fazendo jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado com o consequente abrandamento para o regime prisional.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 435.820 - SP (2018/0025963-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Consoante relatado, pretende o agravante o reconhecimento do tráfico privilegiado e a fixação do regime prisional semiaberto.

A decisão agravada denegou o *habeas corpus* sob os seguintes argumentos:

Na sentença condenatória, o Magistrado primevo assim fundamentou a não aplicação do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 (fls. 96/97):

*Atento ao disposto nos artigos 59 e 60 do Código Penal e 42 e 43 da Lei 11.343/06, que determinam sejam consideradas, na fixação das penas, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, 1/6 acima do mínimo legal, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, **em face da grande quantidade de droga apreendida na posse do réu (993g de maconha).***

Na segunda fase, observo que o réu apresenta-se como confesso, motivo pelo qual reduzo suas penas para o mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, considerando ter sido provado que o acusado praticou o tráfico entre Estados da Federação, de rigor a majoração da pena em 1/6, nos termos do art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06, alcançando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

*Na terceira fase, **reputo incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por conta da vultosa quantidade de entorpecente encontrada, que foi trazida de Estado diverso da Federação, a presumir que o réu atuava com regularidade no tráfico. Referido montante, por sua vez, certamente é proveniente de estrutura organizada de distribuição e o réu ao menos pode ser considerado traficante eventual.***

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para afastar o aumento da pena-base sem alterar a reprimenda final, veja-se (fl. 12/15):

Mantida a condenação, há pequeno reparo a fazer na reprimenda, embora sem efeito prático.

É que a personalidade e a conduta social do acusado não foram devidamente comprovadas, por meio de testemunhos e profissionais habilitados da área da psicologia e psiquiatria, e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga apreendida quase um quilo de “maconha” , que é sim vultosa, ao contrário do que sustenta a defesa, foi utilizada duplamente, para majorar a pena-base em 1/6 e para negar o redutor.

O entendimento adotado na sentença recorrida, contudo, contraria a orientação da Suprema Corte, conforme Informativo nº 733, divulgado em 18/02/14:

[...]

A pena, então, torna ao mínimo legal na base, porque a atenuante da confissão, embora reconhecida na sentença recorrida, não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo, conforme entendimento já sumulado.

E a causa de aumento de pena decorrente do transporte de drogas entre os Estados da Federação, embora não tenha sido capitulada na denúncia, foi corretamente descrita, devendo subsistir, pois o réu se defende dos fatos descritos na peça vestibular e não da capitulação jurídica.

O pretendido redutor também não tem cabimento, porque é intuitivo que não se obtém tamanha quantidade de droga, a não ser por meio de organização criminosas.

A sanção, então, se concretiza em cinco anos e dez meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso.

Como visto, as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa de diminuição da pena em virtude das circunstâncias do caso, em especial, a quantidade da droga apreendida – 993g de maconha –, evidenciando o não preenchimento dos requisitos legais previstos no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mormente porque concluíram que o paciente atuava com regularidade no tráfico, e que Referido montante (...) certamente é proveniente de estrutura organizada de distribuição (fl. 97).

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 § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosas. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO.
IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.
RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a **apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não obstante a acusada seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto - notadamente, a natureza, a diversidade e a elevada quantidade de drogas apreendidas (2.146,0 g de cocaína e de 1.590,0 g de crack) - levam a crer que a recorrida se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico, porquanto evidente que não se trata de traficante ocasional.

3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Desse modo, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...].

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de 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 a conduta social do agente".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).

Quanto ao regime prisional, assim assentaram as instâncias antecedentes:

Sentença - fl. 100

Inicialmente observo que o tráfico de drogas é de gravidade social elevada, notadamente em razão de suas sérias conseqüências, tão nefasto à saúde pública e à sociedade. Isso porque arrebatava vidas do seio familiar, causa riscos à saúde pública, e afeta a psicologia de toda a sociedade. É o consumo de psicotrópicos que corrompe o indivíduo socialmente são, aliciando-o para o cometimento de delitos contra o patrimônio, delitos domésticos, em evolução criminosa até culminar com crimes contra o bem constitucional vida, bem como responsável pela destruturação de muitas famílias.

O crime em tela, ademais, é equiparado a hediondo e, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464, de 28/março/2007, a fixação do regime inicial fechado era mesmo de rigor.

Não bastasse, nos termos do art. 33. § 3º, do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em observância dos critérios previstos no artigo 59 deste Código e, especificamente em relação aos crimes previstos na Lei de Drogas, deve-se ter em conta ainda as regras previstas nos artigos 42 e 43 da Lei 11.343/06, que determinam sejam consideradas, na fixação das penas, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

A propósito, conforme já ressaltado, o réu foi flagrado transportando grande quantidade de entorpecente, proveniente de Estado diverso da Federação, a presumir que o réu atuava com regularidade no tráfico. E como já dito, referido montante de droga certamente é proveniente de estrutura organizada de distribuição e o réu ao menos pode ser considerado traficante eventual, não podendo ser brandamente apenado.

Acórdão - fl. 15

As circunstâncias concretas do delito, em especial a quantidade de drogas, reveladora do dolo acima do normal, indicam que o regime prisional fechado é o mais adequado.

A imposição do regime mais gravoso fundou-se nas circunstâncias do caso concreto, especificamente na quantidade da droga, o que constitui fundamento idôneo ao estabelecimento do modo mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. VERIFICAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. DUPLA UTILIZAÇÃO. PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE DE DROGA. 3 KG DE COCAÍNA. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO CONSIDERADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

[...]

6. Adequada a fixação do regime inicial fechado - não em decorrência da Lei n. 11.464/2007 -, porém por argumento diverso, qual seja, em razão da grande quantidade e qualidade do entorpecente traficado pela ré, a saber, 3 Kg de cocaína.

7. Não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a ré, conforme observado na decisum condenatório, não preenche os requisitos (pena privativa de liberdade de 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão) previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1341940/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).*

Como se observa a negativa de aplicação da causa de diminuição da pena foi mantida porque fundamentada na quantidade da droga apreendida – 993g de maconha –, o que levou as instâncias de origem a concluir que o paciente *atuava com regularidade no tráfico, e que Referido montante (...) certamente é proveniente de estrutura organizada de distribuição* (fl. 97), motivação considerada válida por esta Corte Superior.

Igualmente, o regime fechado fundou-se nas circunstâncias do caso, especificamente na quantidade da droga e no envolvimento do acusado com organização criminosa, o que é entendido por este Superior Tribunal como fundamento idôneo ao estabelecimento do modo mais severo.

Veja-se, à propósito, julgado nesse sentido:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso concreto, em especial pela quantidade, natureza e variedade de drogas, aliado aos petrechos apreendidos e às circunstâncias do flagrante, levaram à conclusão de que o recorrente se dedica a atividades ilícitas.

REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ESTUPEFACIENTES APREENDIDOS. POSSIBILIDADE.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, circunstância concreta relacionada à natureza e quantidade das drogas apreendidas, é motivação suficiente a ensejar a fixação de regime mais gravoso. [...]

3. Agravo desprovido.

(AgRg no AREsp 1237987/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DETRAÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

[...]

3. Não obstante o paciente haja sido condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão e fosse tecnicamente primário ao tempo do delito, as particularidades do caso analisado - notadamente, a elevada quantidade de drogas apreendidas e a existência de elementos que demonstram a dedicação do acusado ao narcotráfico - evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, ex vi do disposto nos arts. 33, § 3º, do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 340.766/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018)

Assim, considerando que o agravante não apresentou qualquer elemento capaz de alterar a conclusão do julgado, mantenho o posicionamento firmado na decisão agravada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0025963-8

AgRg no
HC 435.820 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00026034520168260597 20180000030405 26034520168260597

EM MESA

JULGADO: 21/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE
ADVOGADO : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE - SP358143
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÁRCIO AURÉLIO MARIANO DA COSTA (PRESO)

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 : MÁRCIO AURÉLIO MARIANO DA COSTA (PRESO)
ADVOGADO : JOAO GABRIEL DESIDERATO CAVALCANTE - SP358143
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.