



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.622 - SP (2019/0168821-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : JOAO VITOR DE ASSIS PINTO
ADVOGADOS : GUILHERME GIBERTONI ANSELMO - SP239075
CARLOS AUGUSTO PREVIDELLI - SP344411
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. 245,34 GRAMAS DE MACONHA. DENEGACÃO DO *WRIT*. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A aplicação do disposto no § 4º, art. 33, Lei de Drogas, pressupõe que o agente, dentre outros requisitos, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Constatado envolvimento delitivo anterior e/ou a participação em associação ou organização criminosa, inviável a aplicação do fator redutor. Precedentes.
2. A quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistente, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.
3. Entender de maneira diversa quanto ao envolvimento do paciente em atividades criminosas e em organização criminosa constatado pelas instâncias ordinárias, devidamente fundamentado, esbarra na necessidade de revolvimento fático e probatório dos autos, o que não se admite na via estreita do *habeas corpus*, na esfera do qual a ilegalidade deve decorrer de fatos incontroversos.
4. 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, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019 (Data do Julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Presidente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.622 - SP (2019/0168821-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : JOAO VITOR DE ASSIS PINTO
ADVOGADOS : GUILHERME GIBERTONI ANSELMO - SP239075
CARLOS AUGUSTO PREVIDELLI - SP344411
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por JOAO VITOR DE ASSIS PINTO em face de decisão que denegou o *habeas corpus*, a fls. 180-185.

O agravante reitera os termos do pedido inicial, sustentando, em síntese, que há constrangimento ilegal decorrente da não aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado, asseverando, por outro lado, estarem preenchidos os requisitos legais para a benesse, bem como inexistir motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Aduz, ainda, que não restou comprovado a participação em organização criminosa e *que o colegiado do TJSP em momento algum faz menção do “porque”, não seria aplicável o parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de drogas* (fl. 191).

Requer, por isso, a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do recurso pela Sexta Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.622 - SP (2019/0168821-9)

VOTO

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

Conforme relatado, o agravante reitera os termos do pedido inicial, sustentando, em síntese, que há constrangimento ilegal decorrente da não aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado, asseverando, por outro lado, estarem preenchidos os requisitos legais para a benesse, bem como inexistir motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

A decisão agravada foi proferida aos seguintes termos (fls. 181-185):

[...] Conforme relatado, busca a defesa aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, abrandando o regime prisional e substituindo a pena corporal por restritivas de direitos.

A sentença absolveu o paciente (fl. 95) e o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso acusatório, condenando JOAO VITOR, nos seguintes termos (fls. 122):

[...] Na primeira fase da aplicação da pena, de rigor a manutenção da pena-base acima do mínimo legal.

Ressalte-se que embora este Relator perfilhasse do entendimento que a quantidade da droga apreendida serviria para caracterizar o delito de tráfico de drogas, mas não era suficiente à exacerbação da pena-base, após minuciosa análise sobre o tema, filio-me ao entendimento de que quantidade de droga, neste caso, recomenda a fixação acima do mínimo, o que é permitido pelo artigo 42, da Lei de Drogas.

E cediço que o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 prevê critérios específicos para a fixação da pena na primeira etapa da dosimetria, ao dispor 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". Nesse ponto, é de se ver que a quantidade do material - 2,3 quilogramas de maconha encerra aspecto preponderante na fixação da pena base.

[...]

Porquanto a quantidade de droga apreendidas - 16 tijolos do entorpecente Cannabis sativa, L, conhecido como "maconha", pesando 2.338,15 gramas - frise-se, justifica a exasperação da pena-base.

[...]

Verifico que a pena-base foi exasperada na fração de 1/6, perfazendo 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa em relação ao apelante Miller, que fica mantida.

De outro lado, ante o reconhecimento da condenação do correu João Vitor, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, passo à aplicação da pena em relação ao mesmo.

Analizando as circunstâncias dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, verifico que a reprovabilidade da conduta e a culpabilidade perpetrada pelo apelado João Vitor são as normais do tipo; o acusado c primário e não ostenta antecedentes criminais. Todavia, na esteira do que já fora considerado em relação ao corréu Miller, no tocante à quantidade da droga encontrada, deve-se conferir maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovabilidade à ação, impondo-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sendo estabelecida em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, inviável o afastamento da atenuante da confissão espontânea, em relação ao acusado Miller, requerida pelo órgão acusatório.

Com efeito, a confissão qualificada de Miller auxiliou no convencimento da magistrada a quo a embasar o desfecho condenatório, in verbis:

"Enfim, pela análise da prova ora colhida sob o crivo do contraditório, verifico que o acusado MILLER comprou grande quantidade de maconha, com o intuito de vendê-la e, assim, ressarcir-se dos seus gastos. Ainda que seja usuário, tal fato por si só não afasta a tipificação da conduta de traficar drogas, e a quantidade de droga apreendida e a dinâmica dos fatos - confissões, inclusive, pelo próprio MILLER - não permitem a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei 11.343/06. Reitero: o próprio acusado disse que toda a droga encontrada não era apenas para consumo, mas seria repassada a terceiros mediante contraprestação em dinheiro" (fls. 424) - grifo nosso.

A embasar a incidência da aludida atenuante a julgadora consignou: "ainda que não tenho admitido o tráfico de drogas, esclareceu todos os fatos e não negou a propriedade da droga ou sua destinação" (fls. 426).

[...]

Portanto, presente a atenuante da confissão espontânea, a sanção de Miller deve retomar ao patamar mínimo de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Já em relação ao apelado João Vitor, na segunda fase, deve ser reconhecida a incidência da circunstância atenuante da menoridade relativa, prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, vez que contava com 20 anos de idade à época dos fatos.

Assim, a pena de João Vitor deve retornar ao patamar mínimo de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Da aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Na fase derradeira, o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas foi reconhecido, tendo incidido no patamar de 2/3 (dois terços). Contudo, reputo assistir razão ao Ministério Público, não sendo o caso de reconhecimento da referida causa de diminuição.

[...]

A magistrada sentenciante reconheceu que o acusado Miller fazia jus ao benefício pleiteado, por ostentar todos os requisitos previstos no dispositivo legal.

Vê-se da certidão de antecedentes criminais que o acusado é tecnicamente primário, no entanto, ao meu ver, verifico que a aplicação do redutor penal previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, se dirige àquelas pessoas que não fazem do tráfico seu meio de vida, requisito que não se revela presente na espécie, não pela quantidade de entorpecente (Já considerada na pena-base), mas demonstraram estreito vínculo com a criminalidade organizada.

Neste caso, apesar da primariedade técnica, impossível o reconhecimento do tráfico ocasional, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ante a ausência de um de seus requisitos, qual seja o de não integrar organização criminosa.

Primeiramente, é essencial ter-se em mente que "integrar organização criminosa" é fato muito diferente de "dedicação a atividade criminosa". A dedicação exige habitualidade, repetição de ações, ao contrário da integração, para cuja caracterização basta a realização de tarefa importante para os propósitos criminosos, ainda que uma única vez.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consigne-se que não há ocorrência de bis in idem, na medida em que **o afastamento do redutor ora focado não decorre da quantidade ou da natureza da droga apreendida, e sim do fato de os acusados dedicarem-se a atividades criminosas, na medida em que restou amplamente comprovado que eles forneciam grandes porções de droga ("no peso") a outros traficantes.**

De tudo isso extrai-se, com segurança, a participação em organização criminosa, circunstância que exclui a possibilidade de reconhecimento do tráfico ocasional, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, benefício instituído na Lei por questões de política criminal, a fim de propiciar mais rápida ressocialização a quem ainda não está envolvido em maior profundidade com o mundo do crime, o pequeno traficante, o que não é o caso verificado nestes autos, resultando impossível o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Tal entendimento encontra-se em perfeita consonância ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, sob a forma de Repercussão Geral, pacificou caracterizar-se bis in idem considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, mas tão somente quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, o que não é, repiso, o caso dos presentes autos.

[...]

Do regime prisional.

Razão assiste ao Ministério Público no que tange a fixação do regime prisional fechado.

Destarte, deve-se levar em consideração a quantidade da pena privativa de liberdade imposta na sentença e, ainda, as circunstâncias judiciais dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Em assim sendo, presente circunstância judicial desfavorável, e sendo ela uma preponderante, inviável o estabelecimento de regime prisional diverso do fechado.

Por tais considerações, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, c artigo 42, da Lei n. 11.343/2006.

[...]

Da substituição da pena por restritiva de direito.

Apesar de entender ser eventualmente possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos relativamente aos crimes de tráfico de drogas, conforme salientado anteriormente, não restaram preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, já que a pena corporal restou fixada em patamar superior a 04 (quatro) anos, esbarrando, portanto, no inciso I, da referida disposição legal.

[...]

3 - Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso interposto por Miller Gabriel Benivente e **dá-se parcial provimento ao recurso ministerial, para condenar João Vítor de Assis Pinto como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de (500) dias-multa, no piso;** bem como, majorar as penas impostas a Miller Gabriel Benivente para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de (500) dias-multa, alterando-se o regime prisional para o inicial fechado, mantendo-se. no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Note-se que para afastar a minorante o Tribunal frisou que *o afastamento do redutor ora enfocado não decorre da quantidade ou da natureza da droga apreendida, e sim do fato de os acusados dedicarem-se a atividades criminosas, na medida em que restou amplamente comprovado que eles forneciam grandes porções de droga ("no peso") a outros traficantes. De tudo isso extrai-se, com segurança, a participação em organização criminosa, circunstância que exclui a possibilidade de reconhecimento do tráfico ocasional, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (fls. 131-132).*

Dessarte, a aplicação do disposto no § 4º, art. 33, Lei de Drogas, pressupõe que o agente, dentre outros requisitos, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Constatado envolvimento delitivo anterior e/ou a participação em associação ou organização criminosa, inviável a aplicação do fator redutor. Nesse sentido: HC 369.892/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016; HC 365.728/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016; HC 358.404/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016; HC 297.075/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016; HC 360.868/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016.

No que tange ao regime inicial imposto, este restou embasado na circunstância judicial desfavorável, qual seja, a *quantidade de droga apreendidas - 16 tijolos do entorpecente Cannabis sativa, L, conhecido como "maconha", pesando 2.338,15 gramas* (fl. 124).

Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido: AgRg no AREsp 684.258/MT, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 19/08/2015; AgRg no REsp 1376334/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 29/08/2014.

Por fim, quanto à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, conforme especificado no acórdão, não restaram preenchidos os requisitos objetivos nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*. [...]

Em que pesem as alegações do agravante, não se vislumbra motivos para conclusão diversa, tendo em vista que a aplicação do disposto no § 4º, art. 33, Lei de Drogas, pressupõe que o agente, dentre outros requisitos, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Constatado envolvimento delitivo anterior e/ou a participação em associação ou organização criminosa, inviável a aplicação do fator redutor. Nesse sentido: HC 369.892/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016; HC 365.728/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016; HC 358.404/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016; HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

297.075/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016; HC 360.868/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016.

Ademais, a decisão está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido: AgRg no AREsp 684.258/MT, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 19/08/2015; AgRg no REsp 1376334/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 29/08/2014.

Por fim, o envolvimento do paciente em atividades criminosas e em organização criminosa foi constatado pelo colegiado do Tribunal de origem, o qual consigna, em suma, *que restou amplamente comprovado que eles forneciam grandes porções de droga ("no peso") a outros traficantes. De tudo isso extrai-se, com segurança, a participação em organização criminosa* (fls. 131-132), portanto entender de maneira diversa esbarra na necessidade de revolvimento fático e probatório dos autos, o que não se admite na via estreita do *habeas corpus*, na esfera do qual a ilegalidade deve decorrer de fatos incontroversos.

Dessarte, como o agravante não apresentou 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: 2019/0168821-9

AgRg no
HC 515.622 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00023765220178260619 20190000127282 23765220178260619

EM MESA

JULGADO: 26/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS AUGUSTO PREVIDELLI E OUTRO
ADVOGADOS : GUILHERME GIBERTONI ANSELMO - SP239075
CARLOS AUGUSTO PREVIDELLI - SP344411
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO VITOR DE ASSIS PINTO (PRESO)
CORRÉU : MILLER GABRIEL BENIVENTE

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 : JOAO VITOR DE ASSIS PINTO
ADVOGADOS : GUILHERME GIBERTONI ANSELMO - SP239075
CARLOS AUGUSTO PREVIDELLI - SP344411
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : 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, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.