



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 513.690 - SP (2019/0160406-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : MARCOS VINICIUS DE OLIVEIRA BORGES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal *a quo* negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em face da quantidade da droga apreendida e das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu a atividades criminosas. Esse entendimento está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte e a sua reforma constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Precedentes.

2. A quantidade, variedade e natureza da droga apreendida demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 27 de agosto de 2019(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 513.690 - SP (2019/0160406-5)

AGRAVANTE : MARCOS VINICIUS DE OLIVEIRA BORGES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
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 JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de agravo regimental interposto por MARCOS VINICIUS DE OLIVEIRA BORGES contra a decisão que não conheceu do presente *habeas corpus*, no qual se alegou a presença de todos os requisitos exigidos para a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a fixação de regime prisional menos gravoso, e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O agravante afirma que se não houver *"outros elementos como inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvimento de menores ou apreensão de instrumentos de refino da droga, impossível que se conclua, com base apenas em elementos indicativos do tráfico [...] que havia dedicação a atividades criminosas diante de apreensão não significativa de droga"* (fl. 103).

Postula, assim, a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo regimental, para reduzir a pena e fixar regime prisional menos gravoso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 513.690 - SP (2019/0160406-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Não obstante os esforços da defesa, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

O paciente foi preso em flagrante porque trazia consigo e mantinha em depósito, para fins de comercialização e difusão ilícita a terceiros, 28 porções de cocaína e 25 de maconha, razão pela qual foi condenado por tráfico ilícito de drogas, nestes termos:

"Considerando os elementos constantes nos artigos 42 da Lei 11.343/06 e 59 do Código Penal, atento às circunstâncias e consequências do delito praticado, fixo a pena base em 5 (cinco) anos de reclusão, bem como pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, piso legal. Na segunda fase, a confissão do réu é circunstância que não terá reflexo na pena, já fixada no mínimo legal, ante o teor da Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição a serem consideradas. Não é o caso de aplicação do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, vez que não há comprovação de que o réu possuía ocupação lícita, e também, a variedade e a quantidade de drogas apreendidas (maconha e cocaína) permitem concluir que o acusado era adepto à atividade criminosa do tráfico ilícito de entorpecentes. [...] Torno definitivas as reprimendas acima à míngua de circunstâncias modificadoras. Iniciará o réu o cumprimento de sua pena corporal em regime fechado. O regime fechado é o único compatível com o tráfico de entorpecentes, delito equiparado a crimes hediondos e que demanda adequada repreensão" (fls. 30/31).

No julgamento da apelação criminal, o Tribunal a quo manteve incólume a reprimenda, consignando:

"As penas foram dosadas de acordo com os parâmetros previstos em lei, estando motivadas, individualizadas e adequadas à hipótese dos autos.

As penas foram mantidas no mínimo legal, tendo em conta a ausência de circunstanciais judiciais desfavoráveis, agravantes e causas de aumento ou diminuição de pena.

Vale destacar que apesar da confissão e menoridade de Marcos, tais atenuantes não têm o condão de reduzir as penas aquém do mínimo legal, conforme Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Incabível o reconhecimento da causa de diminuição da Lei de Drogas, posto que para fazer jus ao benefício, o agente deve preencher, simultaneamente, todos os requisitos legais constantes do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

In casu, em que pese seja primário, tinha em sua posse relevante quantidade de drogas, de variados tipos, detalhou a comercialização das drogas, inclusive que atuava para determinado indivíduo responsável pelo tráfico de drogas, bem como se encontrava em liberdade após a prática de um furto qualificado em 16/03/2018 (fls. 101 e 134), não tendo comprovado o desenvolvimento de atividade laboral lícita, ainda que informal, aspectos que indicam sua dedicação à prática de delitos como meio de vida e que o tráfico em questão não era eventual.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou o sursis, tendo em conta o quantum das penas e os aspectos acima detalhados, não sendo as medidas suficientes, muito menos socialmente recomendáveis.

[...]

O regime inicial fechado é o único adequado em face do Princípio da Suficiência Penal, mormente porque se trata do delito de tráfico de entorpecentes, o que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente." (fls. 37/38, sem destaque no original)

O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade de drogas apreendidas, especialmente quando atrelada a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indica a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do redutor da pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Ademais, seria necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que os ora pacientes fariam jus à referida minorante, o que é vedado em *habeas corpus*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS. REGIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL - CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem que o paciente se dedicava a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto, demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. A quantidade e a natureza da droga demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

4. Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos em razão da manutenção da quantidade de pena aplicada, nos termos do artigo 44, inciso I do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 482.731/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 25/6/2019)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AGENTE PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. No caso, a instância ordinária afastou, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada na quantidade e na diversidade dos entorpecentes apreendidos - 40 invólucros de maconha (60,15g) e 60 de cocaína (12,5g) -, bem como no fato de possuir outra ação em andamento também por tráfico de entorpecentes e ter sido preso em flagrante traficando um mês após a concessão de liberdade provisória. Logo, 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. Precedentes.

5. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, para fixar o regime semiaberto." (HC 498.401/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/4/2019)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

[...]

2. A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita.
[...]

5. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016)

A quantidade, variedade e natureza da droga apreendida demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- O regime mais gravoso foi justificado na gravidade concreta do delito, consubstanciada na natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos - 57 gramas de maconha e 69 gramas de crack -, o que está em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior.

- Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 508.866/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 5/8/2019)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PROCESSO TRIFÁSICO. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. [...] REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. MODO MAIS GRAVE JUSTIFICADO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A quantidade de entorpecente apreendido justifica a manutenção do modo prisional mais gravoso, consoante vem decidindo esta Corte Superior de Justiça.

2. Na espécie, estabelecida a pena em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, proporcional o estabelecimento do regime mais severo, ante a quantidade do entorpecente. Exegese do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, em combinação com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 458.375/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2019)

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0160406-5

AgRg no
HC 513.690 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00363804220188260050 14372018 2018000880 20190000360994 363804220188260050

EM MESA

JULGADO: 27/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCOS VINICIUS DE OLIVEIRA BORGES (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	: MARCOS VINICIUS DE OLIVEIRA BORGES
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: MARIA VICTORIA DE BARROS CAMPOS - SP311426
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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.