



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 525.708 - SP (2019/0232184-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : GILSON MARQUES DE SOUSA
ADVOGADO : WILLIAN HOLANDA DE MOURA - SP273032
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. QUANTIDADE DE DROGA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

2. No caso, a Corte de origem, em sede de revisão criminal, manteve afastada a incidência do redutor por entender que as circunstâncias fáticas do delito, sobretudo a quantidade da droga apreendida - 1 tijolo de maconha (656,20g) e 2 tijolos da mesma substância (2.100,5g) -, denotam a habitualidade delitiva do paciente e do corréu no comércio espúrio de entorpecentes. Dessa forma, assentado pelas instâncias ordinárias, soberana na análise dos fatos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, 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*.

3. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena superior a 4 anos de reclusão, diante da quantidade de drogas apreendidas, a teor do art. 33, § 2º e 3º, "a", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

5. Agravo regimental não provido.

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 Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 05 de novembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 525.708 - SP (2019/0232184-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : GILSON MARQUES DE SOUSA
ADVOGADO : WILLIAN HOLANDA DE MOURA - SP273032
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 RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de agravo regimental interposto por **GILSON MARQUES DE SOUSA** contra decisão de fls. 185-189 (e-STJ), que não conheceu do *habeas corpus*.

A defesa sustenta, em suma, que "uma vez reconhecida a presença de todos os requisitos do artigo 33 parágrafo 4º da Lei 11343/2006, mesmo eventualmente grande a quantidade de droga apreendida (o que não é o caso dos autos), ainda assim é possível o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena com aplicação do redutor máximo, pena de se incidir em *bis in idem*." (e-STJ, fl. 194).

Argumenta que "no caso em tela, estão presentes os elementos do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 (primário, não integrante de organização criminosa), sendo de rigor a aplicação da redução em patamar máximo." (e-STJ, fl. 195).

Assevera que "as considerações feitas pelo Juízo de Segunda Instância são inerentes a todo e qualquer tráfico de drogas. Caso acolhido e mantido o entendimento das instâncias ordinárias, nenhum caso de tráfico de drogas terá a aplicação da causa de diminuição de pena." (e-STJ, fl. 197)

Pede que "uma vez reconhecida a causa especial de diminuição, seja feita a redução da pena, fixado o regime inicial de seu cumprimento em acordo com as disposições do artigo 33 e parágrafos do Código Penal, inclusive com a conversão de eventual pena privativa de liberdade em restritivas de direito." (e-STJ, fl. 201)

Por fim, requer "seja reconsiderada a r. decisão monocrática de fls., ou provido o presente Agravo Regimental e, consequentemente, concedida a ordem do *habeas corpus* impetrado, para que se reconheça o parágrafo 4º do artigo 33 da lei 11.343/2006." (e-STJ, fl. 202).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 525.708 - SP (2019/0232184-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : GILSON MARQUES DE SOUSA
ADVOGADO : WILLIAN HOLANDA DE MOURA - SP273032
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. QUANTIDADE DE DROGA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

2. No caso, a Corte de origem, em sede de revisão criminal, manteve afastada a incidência do redutor por entender que as circunstâncias fáticas do delito, sobretudo a quantidade da droga apreendida - 1 tijolo de maconha (656,20g) e 2 tijolos da mesma substância (2.100,5g) -, denotam a habitualidade delitiva do paciente e do corréu no comércio espúrio de entorpecentes. Dessa forma, assentado pelas instâncias ordinárias, soberana na análise dos fatos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, 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*.

3. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena superior a 4 anos de reclusão, diante da quantidade de drogas apreendidas, a teor do art. 33, § 2º e 3º, "a", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

A irresignação não merece prosperar.

O agravante não trouxe argumentos capazes de infirmar o *decisum* agravado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, os precedentes citados nas razões do agravo regimental não espelham situação semelhante à dos autos, razão pela qual mantenho a decisão impugnada por seus próprios fundamentos:

"Em sede de apelação, o Tribunal de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado pelos seguintes motivos:

"Roni Von Martins Pereira e Gilson Marquesde Sousa foram denunciados pela prática de tráfico ilícito de entorpecente (artigo 33, "caput", da Lei 11.343/2006), em razão de fatos ocorridos no dia 31 de janeiro de 2013, por volta das 19h20, quando **Gilson trazia consigo e transportava, no interior do veículo Honda Civic, placas DWR 1049 Osasco-SP, para fins de tráfico, um tijolo de maconha (656,20g).** Na mesma data, no imóvel situado à Avenida Padre Vicente Melillo, nº 1740, Jardim D'Abril, Osasco, **RoniVon tinha em depósito e guardava, para fins de tráfico, dois tijolos de maconha (2.100,50g).** A ação foi julgada parcialmente procedente, desclassificando-se a conduta para aquela prevista no art. 28, *caput* da Lei 11.343/06, com aplicação de penas de prestação de serviços comunitários e comparecimento a programa ou curso educativo referente ao uso de drogas pelo prazo de cinco meses, sob pena de multa, para o caso de descumprimento injustificado, equivalente a um salário mínimo, em favor do fundo municipal de solidariedade de Osasco (fls. 232-236; sem grifos no original)

Nos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* consignou:

"Quanto à negativa de incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º da lei antidrogas, verifica-se que o acórdão é claro ao dispor:

'Não se pode ignorar que a quantidade da droga apreendida poderia levar à prática de centenas de delitos de tráfico e uso próprio, envolvendo outras tantas pessoas nessa atividade ilícita. Dessa forma, a possibilidade dessas conseqüências, a indiferença dos agentes quanto a esse resultado, são fatores que revelam a personalidade voltada à prática criminosa e avessa ao ordenamento jurídico. Essas circunstâncias do fato poderiam motivar exasperação da pena-base, nos moldes do artigo 59 do Código Penal. Contudo, o rigor na resposta penal pode ter acento na negativa da redução da pena, em face do artigo 33, § 4º da lei aplicada, estabelecendo-se, portanto, a justa punição para o crime.'

Por certo que a quantidade da apreensão afasta a possibilidade de aplicação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, posto ser indicativa de que o agente é dedicado a tais atividades delituosas, incidindo na vedação legal para a redução da pena.

Releva salientar que o entendimento deste relator, exposto por ocasião do julgamento da apelação nº 3002487-61.2013.8.26.0348 ou da apelação nº 0038567-06.2010.8.26.0405 mencionados pelo combativo defensor não guarda relação de semelhança com a hipótese dos autos, eis que no primeiro caso citado houve a apreensão de 44g de maconha e 40g de cocaína, e no segundo de 147,5g de cocaína, ao passo que **neste processo a apreensão foi de um tijolo de maconha, pesando 656,20g, além de outros dois tijolos da mesma substância, pesando mais 2.110kg.** Ora, não se pode equiparar tais situações, tamanha a discrepância entre as quantidades.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De outro lado, o Acórdão também expôs as razões pelas quais preponderaram, na hipótese dos autos, o depoimento dos policiais ante as declarações da testemunha arrolada pela defesa. Além das palavras daqueles funcionários gozarem de fé pública, há harmonia e coerência nos relatos. O mesmo não se pode afirmar tocante ao depoimento da testemunha de defesa. Tais ponderações constaram do julgado" (e-STJ, fls. 154-155).

Por fim, o acórdão impugnado, proferido em sede de revisão criminal, manteve afastada a referida minorante sob os seguintes fundamentos:

"Os fundamentos do presente agravo cuidam de mera reprodução do quanto reclamado na revisão criminal, vale dizer, contrariedade ao texto expresso da lei penal quanto ao reconhecimento do tráfico privilegiado, a respeito da qual restou assim decidido:

"Gilson foi condenado porque trazia consigo e transportava, no interior do veículo Honda Civic, placas DWR 1049 Osasco-SP, para fins de tráfico, um tijolo de maconha (656,20g).

Apenas destaco que a insurgência revisional cinge-se ao redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Em relação à hipótese de decisão contrária ao texto da lei, é caso de não conhecimento.

A inicial não levanta, em verdade, contrariedade do julgado ao texto da lei, mas, sim, tenta impingir sua interpretação exclusiva acerca do conjunto probatório.

Veja-se que a negativa ao tráfico privilegiado se deu com base na conclusão de dedicação do peticionário à atividade criminosa, em conformidade com o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Ademais, tal conclusão encontra-se devidamente fundamentada e não se aparta do conjunto probatório amealhado. A enorme quantidade de maconha apreendida com o sentenciado lastreia a conclusão de dedicação à atividade criminosa, porquanto suficiente para a confecção de algumas centenas de porções, tratando-se de operação altamente lucrativa, não se vislumbrando, assim, conferida a alguém inexperiente, sem qualquer relação prévia com a traficância." (e-STJ, fls. 126-127)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, a Corte de origem afastou a incidência do redutor por entender que as circunstâncias fáticas do delito, sobretudo a quantidade da droga apreendida - 1 tijolo de maconha (656,20g) e 2 tijolos da mesma substância (2.100,5g) -, denotam a habitualidade delitiva do paciente e do corrêu no comércio espúrio de entorpecentes.

Desse modo, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o paciente se dedicava a atividades criminosas, 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*.

A propósito:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corrêu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017)." (e-STJ, fls. 185-189)

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão à defesa.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, de fato, a quantidade da droga apreendida - 1 tijolo de maconha (656,20g) e 2 tijolos da mesma substância (2.100,5g) - justifica a imposição do regime inicial fechado.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017);

Mantido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0232184-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 525708 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042801220138260405 00059641320198260000 42801220138260405
59641320198260000

EM MESA

JULGADO: 05/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WILLIAN HOLANDA DE MOURA
ADVOGADO : WILLIAN HOLANDA DE MOURA - SP273032
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILSON MARQUES DE SOUSA (PRESO)
CORRÉU : RONI VON MARTINS PEREIRA
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 : GILSON MARQUES DE SOUSA
ADVOGADO : WILLIAN HOLANDA DE MOURA - SP273032
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 Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.