



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 567.883 - SP (2020/0072567-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
EMBARGANTE : ALEXANDRE DOS SANTOS GERALDES
ADVOGADO : VALDEMAR DE SOUZA - SP200386
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES NÃO DESPREZÍVEL. ATIVIDADE CRIMINOSA. DEDICAÇÃO. REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Embargos de declaração, apresentados dentro do quinquídio legal, devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade.
2. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, especificamente no que diz respeito ao tráfico de drogas, a natureza e a variedade da droga apreendida, desde que associadas a uma quantidade não desprezível, constituem fundamentos idôneos a justificar tanto a imposição do regime mais severo quanto o indeferimento da substituição das penas.
3. Para a incidência da minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é imprescindível o preenchimento dos requisitos legais previstos no dispositivo, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação às atividades criminosas e não integração à organização criminosa.
4. A dedicação à prática da mercancia ilícita, consistente em seu modo reiterado e habitual, pela quantidade expressiva de droga apreendida – 977,3 gramas de maconha –, aliada, ainda, às circunstâncias do caso concreto, constituem-se em fatores legais à negativa da aplicação do redutor prescrito na Lei de Drogas.
5. Não há ilegalidade na manutenção do regime fechado, pois, embora o *quantum* de pena aplicado permita, em tese, a fixação do regime intermediário, a quantidade de entorpecente apreendida, aliada às circunstâncias do caso concreto, de igual modo, justificam a imposição do regime prisional mais gravoso.
6. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 09 de junho de 2020 (Data do Julgamento).

MINISTRA LAURITA VAZ
Presidente

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 567.883 - SP (2020/0072567-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
EMBARGANTE : ALEXANDRE DOS SANTOS GERALDES
ADVOGADO : VALDEMAR DE SOUZA - SP200386
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : 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 embargos de declaração opostos contra a decisão que denegou o *habeas corpus*.

Alega o embargante, em suma, omissão no julgado, uma vez que não se apreciou a atividade lícita que possui – advocacia – e sua vida pregressa, reiterando os argumentos trazidos no *mandamus*, sustentando que a traficância não ficou provada nas instâncias de origem, não bastando para a condenação tão somente uma mera probabilidade.

Requer, ao final, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e seus consectários legais.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 567.883 - SP (2020/0072567-6)

VOTO

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

Inicialmente, em respeito aos princípios da fungibilidade, da instrumentalidade das formas, da ampla defesa e da efetividade do processo, recebo os presentes embargos como agravo regimental, tendo em vista terem sido interpostos dentro do quinquídio legal.

Como relatado, alega o agravante que não se apreciou a atividade lícita que possui – advocacia – e sua vida pregressa, reiterando os argumentos trazidos no *mandamus*, sustentando que a traficância não ficou provada nas instâncias de origem, não bastando para a condenação tão somente uma mera probabilidade.

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Confira-se (fls. 997-1002):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em face de acórdão assim ementado (fl. 784):

Apelação Criminal - Tráfico Ilícito de Entorpecentes - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova Depoimento dos policiais militares - Validade - Inexistência de motivos para incriminarem o réu injustamente - Pela quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas e a forma como estavam acondicionadas, tudo demonstra que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros.

PENAS MANTIDAS - Pena-base fixada no patamar mínimo legal - Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Faculdade conferida ao Magistrado - Benefício aplicável apenas aos traficantes pequenos e eventuais - Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade - Recurso desprovido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

O paciente foi condenado às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, por ofensa ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. Interposta apelação pela defesa, o recurso foi improvido conforme a ementa acima.

O impetrante argumenta, em suma, ausência de fundamentação idônea a não aplicação da minorante prevista na Lei de Drogas, requerendo, ao final, a incidência do art. 33, § 4º, da lei citada, e a alteração do regime prisional.

[...]

Sobre a questão aqui trazida, assim se manifestou o Tribunal local (fl. 792):

[...] Inviável a concessão do benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, porquanto o acusado guardava e tinha em depósito grande quantidade de entorpecentes, consistente em 977,3g de maconha, o que evidencia fortemente sua dedicação às atividades criminosas. Ora, 1kg de maconha é suficiente para a confecção de quase 2.000 cigarros.[...]

Acerca do tema, extrai-se da sentença (fl. 467):

[...] **E, ainda na terceira fase, entendendo inaplicável o redutor de pena**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, considerando que os diversos elementos de prova já analisados, e as circunstâncias descritas na denúncia, não deixam dúvidas de que a conduta do réu não se tratava de conduta isolada, o local (estabelecimento comercial), mais especificamente o galpão ali existente, por tudo quanto narrado pelos agentes públicos e pelos objetos apreendidos era permanentemente empregado para o armazenamento, guarda e preparo de drogas para fornecimento a terceiros; sendo certo, portanto, que o réu dedicava-se a atividade criminosa, em caráter permanente, não podendo ser beneficiado como os neófitos no crime.

Realmente, o conteúdo da notícia prévia fornecida aos agentes públicos, somado à apreensão de quase um quilo de maconha, bem como petrechos para manuseio e preparo da droga para fornecimento a terceiros; e, ainda, diante do forte odor verificado pelos Policiais no local, que não adivinha daquela única porção de droga, e também dos vestígios que encontraram na balança e facas, a evidenciarão preparo de outras porções de drogas naquele local; formam a convicção de que o local era empregado pelo réu para, por si ou por terceiros, empreender a atividade criminosa da traficância, não como ato isolado, mas como verdadeira atividade.

Tais circunstâncias não deixam dúvidas da dedicação a essa atividade ilícita. Nem se diga que o tráfico de drogas, desde que não configure conduta isolada, praticada continuamente, como meio de vida, não configura atividade criminosa por natureza.[...]

Como se vê, afirmou o Tribunal estadual que o paciente dedicava-se à atividade criminosa – tráfico ilícito de entorpecentes –, diante da quantidade expressiva de droga apreendida em seu poder, qual seja, 977,3 gramas de maconha, aliada às circunstâncias do caso concreto, destacando-se na sentença que *a conduta do réu não se tratava de conduta isolada, o local (estabelecimento comercial), mais especificamente o galpão ali existente, por tudo quanto narrado pelos agentes públicos e pelos objetos apreendidos era permanentemente empregado para o armazenamento, guarda e preparo de drogas para fornecimento a terceiros*, demonstrando-se, assim, a sua dedicação às atividades criminosas, e concluindo-se, ao final, pelo não preenchimento de seus requisitos legais.

Esta Corte entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, conforme se verifica no caso dos autos. Nesse sentido:

[...]

Logo, devidamente fundamentada a não aplicação da benesse, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizado na estreita via do *habeas corpus*. A propósito:

[...]

No tocante ao regime prisional, expôs o Tribunal de origem (fls. 794-795 - com destaques):

[...] Quanto ao regime prisional, da mesma forma, por se tratar a lei de tóxicos de lei especial, em relação ao Código Penal, o legislador tem o direito de fixar o regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De outra banda, nem poderia se entender de outra forma, ou seja, permitir aos condenados à penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos, iniciar o cumprimento da reprimenda em regime aberto, uma vez que tal exigência decorre de norma legal, ou seja, a Lei nº 8.072/90, com a modificação introduzida pela Lei nº 11.464/07.

[...]

Logo, há uma velha regra de Direito que diz que “quem pode o mais, pode o menos”. Assim, no caso ora sob exame, se aos crimes de tráfico de entorpecentes não são permitidos a concessão de fiança, nem da obtenção de graça ou anistia, é óbvio que o menos será o regime prisional. Portanto, se para tais crimes o regime obrigatório é o inicial fechado, não é possível conceder-se regime mais brando aos apenados por tais crimes.

Para finalizar, de todo o exposto, se depreende que, na verdade, o legislador não obrigou o juiz a conceder outro regime que não seja o fechado ou, então, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; **ele apenas deixou a critério do juiz que ao analisar o perfil do acusado, de acordo com o disposto no art. 42, da Lei nº 11.343/06 e também pelo disposto no art. 59 e seus incisos, do Código Penal, se tais benefícios serão concedidos ou não.**

No caso em concreto, feita a análise da conduta do acusado, não vejo como conceder uma pena privativa de liberdade em regime diverso do inicial fechado e muito menos substituir essa pena por outras restritivas de direitos.[...]

Como visto, consignou o TJSP que, feita a análise da conduta do acusado, ou seja, diante da quantidade expressiva de droga apreendida em seu poder, qual seja, 977,3 gramas de maconha, aliada às circunstâncias do caso concreto, inviável a fixação de regime menos gravoso que o fechado.

Logo, o paciente não pode ser beneficiado com o abrandamento do regime prisional, uma vez que, sendo a pena definida em patamar equivalente ao regime semiaberto, a quantidade de droga apreendida constitui fator legal à sua majoração. A propósito:

[...]

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Como visto da transcrição acima, o Tribunal local concluiu pela dedicação do réu, ora agravante, ao tráfico ilícito de entorpecentes, diante da quantidade expressiva de droga apreendida em seu poder, qual seja, 977,3 gramas de maconha, aliada, ainda, às circunstâncias do caso concreto, destacando-se na sentença que *a conduta do réu não se tratava de conduta isolada, o local (estabelecimento comercial), mais especificamente o galpão ali existente, por tudo quanto narrado pelos agentes públicos e pelos objetos apreendidos era permanentemente empregado para o armazenamento, guarda e preparo de drogas para fornecimento a terceiros*, auferindo-se pelo não preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o que vai ao encontro da jurisprudência desta Corte, afirmando, outrossim, que a pretendida revisão do julgado implicaria no reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizado na estreita via do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De igual modo, quanto ao tema do regime prisional, entende este Tribunal que, feita a análise da conduta do acusado, nos termos dos arts. 42 da Lei 11.343/2006 e 59 do Código Penal, e sendo a pena definida em patamar equivalente ao regime semiaberto, a quantidade de droga apreendida, aliada às circunstâncias do caso concreto, constitui-se num fator legal à sua majoração, inviabilizando-se a fixação de regime menos gravoso que o fechado.

Ante o exposto, voto por receber os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0072567-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 567.883 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005423820188260535 21955965820188260000 22382393120188260000
5423820188260535

EM MESA

JULGADO: 09/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUIZ AUGUSTO DOS SANTOS LIMA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VALDEMAR DE SOUZA
ADVOGADO : VALDEMAR DE SOUZA - SP200386
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE DOS SANTOS GERALDES
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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : ALEXANDRE DOS SANTOS GERALDES
ADVOGADO : VALDEMAR DE SOUZA - SP200386
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : 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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.