



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 538.191 - SP (2019/0302057-6)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : SÉRGIO FANIS DA SILVA JÚNIOR
ADVOGADO : JANINI MARI ZANCHETTA - SP334206
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* INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (MAIS DE 240 PORÇÕES DE DIVERSAS NATUREZAS). ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 33, § 3º, DO CP. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.

1. Há precedentes desta Casa segundo os quais, *concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus* (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, DJe 16/12/2016).

2. Também há julgados expondo que é possível que o órgão julgador, ao analisar o caso concreto, em observância do princípio da individualização da pena, determine o regime de seu cumprimento mais severo, dependendo das circunstâncias judiciais do apenado.

3. Hipótese em que o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi devidamente fundamentado, não se vislumbrando, nesse ponto, ilegalidade flagrante, passível de correção por meio de *habeas corpus*. Isso porque, tendo as instâncias ordinárias reconhecido situação impeditiva da aplicação da causa especial de redução da pena, com base nas circunstâncias fáticas (quantidade de porções e variedade de tipos de drogas, bem como na forma como se deu a prisão do agente), para modificar tal entendimento, seria necessário o procedimento inadmissível e incabível na via eleita.

4. No caso, foi fixado o regime prisional fechado, com base em motivação concreta, tendo sido destacada a relevante quantidade (mais de 240 porções), diversidade (*crack*, cocaína, maconha, lança-perfume e *ecstasy*) e natureza dos entorpecentes apreendidos.

5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 22 de setembro de 2020 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 538.191 - SP (2019/0302057-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de indeferimento liminar do *habeas corpus* pedido em nome de **Sérgio Fanis da Silva Júnior**, cuja ementa é a seguinte (fl. 73):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (MAIS DE DUZENTAS E QUARENTA PORÇÕES DE DIVERSA NATUREZA). ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Petição inicial indeferida liminarmente.

Nas razões do agravo, sustenta-se, em síntese, que (fls. 82/84):

Aqui não está se revalorando provas, e sim apenas citando fatos incontroversos que já estão delineados na própria r. sentença condenatória e no v. Acórdão que demonstram a fundamentação inidônea. De concreto, deveras, existe apenas a natureza e quantidade de drogas declinada na origem, mas, tal fator isoladamente, não está escrito no § 4º. do art. 33 da Lei de Tóxicos.

De fato a única justificativa para afastar o redutor por ambas as instâncias, foi a natureza/quantidade de drogas, portanto reitera-se, não foram declinadas outras circunstâncias para se dizer que haviam outros elementos atrelados a quantidade de drogas para justificar o afastamento da minorante, portanto, com a devida vênia, era o caso de se reconhecer a minorante.

[...]

Portanto, é certo que a quantidade de drogas, desgarrada de qualquer fato, não é elemento idôneo a impedir a aplicação do redutor do § 4º do art. 33, conseqüentemente, não se trata de reavaliação de provas das conclusões já tomadas pelo Juízo *a quo*, e sim o reconhecimento de uma ilegalidade flagrante pela fundamentação inidônea, assim como ocorreu nos diversos precedentes citados.

Requer-se seja o recurso conhecido e provido para *modificar o posicionamento lançado unipessoalmente, no sentido de reconhecer o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e também o regime inicial semiaberto* (fl. 93).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público estadual, na sua impugnação, defende que a *pretensão do agravante demanda a imersão profunda da análise dos autos, circunstância vedada em sede de habeas corpus*. Diz que, *de fato, não há nenhuma nulidade processual, nem constrangimento ilegal decorrente da aplicação indevida das normas aplicáveis ao caso* (fl. 105).

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela negativa de provimento do agravo regimental nos termos deste resumo (fl. 113):

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA INDEFERIMENTO LIMINAR DO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA DOSIMETRIA. REVISÃO QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO JUSTIFICADO. REGIME INICIAL, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NÃO DEMONSTRADA A EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. PELO IMPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 538.191 - SP (2019/0302057-6)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : SÉRGIO FANIS DA SILVA JÚNIOR
ADVOGADO : JANINI MARI ZANCHETTA - SP334206
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* INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (MAIS DE 240 PORÇÕES DE DIVERSAS NATUREZAS). ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 33, § 3º, DO CP. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.

1. Há precedentes desta Casa segundo os quais, *concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus* (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, DJe 16/12/2016).

2. Também há julgados expondo que é possível que o órgão julgador, ao analisar o caso concreto, em observância do princípio da individualização da pena, determine o regime de seu cumprimento mais severo, dependendo das circunstâncias judiciais do apenado.

3. Hipótese em que o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi devidamente fundamentado, não se vislumbrando, nesse ponto, ilegalidade flagrante, passível de correção por meio de *habeas corpus*. Isso porque, tendo as instâncias ordinárias reconhecido situação impeditiva da aplicação da causa especial de redução da pena, com base nas circunstâncias fáticas (quantidade de porções e variedade de tipos de drogas, bem como na forma como se deu a prisão do agente), para modificar tal entendimento, seria necessário o procedimento inadmissível e incabível na via eleita.

4. No caso, foi fixado o regime prisional fechado, com base em motivação concreta, tendo sido destacada a relevante quantidade (mais de 240 porções), diversidade (*crack*, cocaína, maconha, lança-perfume e *ecstasy*) e natureza dos entorpecentes apreendidos.

5. Agravo regimental improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Eis o inteiro teor da decisão ora agravada (fls. 73/77 - grifo nosso):

Trata-se de *habeas corpus* ajuizado em nome de **Sérgio Fanis da Silva Júnior**, condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Ataca-se o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 1500743-47.2018.8.26.0537, proferido nos termos desta ementa (fl. 38):

Apelação Criminal - Tráfico Ilícito de Entorpecentes - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova Confissão do réu - Depoimentos de policiais militares - Validade Inexistência de motivos para incriminarem a ré injustamente - Restou demonstrado pela forma como ocorreu a prisão, que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros - Impossibilidade de desclassificação para o delito previsto no art. 37, "caput", da Lei de Drogas - Penas e regime corretamente estabelecidos. Recurso desprovido.

Menciona-se que, no caso em apreço, o paciente foi surpreendido quando levava consigo, para fins de comercialização, 205,02 g de maconha, acondicionadas em 75 papérolas; 71,6 g de cocaína, acondicionadas em 148 invólucros plásticos; 3,38 g de ecstasy, acondicionados em 6 comprimidos e 13 frascos de substância entorpecente conhecida como *lança perfume*, sem autorização e em desacordo legal ou regulamentar.

Alega-se, em suma, que o regime prisional foi fixado/mantido com base *exclusivamente na gravidade abstrata do crime* (fl. 4) e que o fator considerado para afastar a incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não é legítimo *para concluir que o paciente se dedicava a atividades criminosas* (fl. 5).

Requer-se o deferimento de medida liminar para que o paciente aguarde em regime semiaberto o julgamento do mérito do *habeas corpus*, e, ao final, a concessão da ordem, ratificando-se a liminar, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda e reconhecer a referida minorante, aplicando-a no máximo, elegendo o regime prisional de acordo com a nova pena imposta se for o caso.

É o relatório.

A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, o que, na espécie, não ocorre.

De um lado, esta Corte tem reiteradamente decidido que a quantidade de droga apreendida, *aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante – caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (precedentes)* – ora como fator que, embora não impeça a aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena (HC n. 303.684/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 2/2/2015).

Indicadas circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a qual exige que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, não há falar em violação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (AgRg no AREsp n. 764.710/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta turma, DJe 19/12/2016).

No caso, foi apresentada fundamentação idônea, como se vê deste trecho da sentença (fl. 30):

O benefício de redução de pena previsto no mencionado §4º não foi instituído pelo legislador para atuar como redutor automático das sanções correspondentes ao tráfico de droga.

Teve o escopo de disponibilizar ao Juiz um espectro mais amplo de opções no momento de individualizar as reprimendas correspondentes a esse delito.

A quantidade, a variedade e a natureza da substância entorpecente, são elementos que, acrescidos das circunstâncias da prisão do agente, servem, primacialmente, como amparo probatório para o reconhecimento da dedicação do réu à atividade criminosa. O acusado faz do tráfico de droga seu meio de subsistência.

O réu portava quantidade de droga típica de quem se dedica à mercancia ilícita (mais de duzentas e quarenta porções de diversa natureza, distribuídas em 75 papелotes de maconha; 148 invólucros plásticos de cocaína, fracionados em 84 de cocaína em pó e 64 de crack; 06 comprimidos de ecstasy e 13 frascos de 'lança perfume').

Não se entrega a indivíduo inexperiente expressiva quantidade de droga, de elevado valor econômico.

O agente, para ter acesso a tal quantidade, por óbvio tem que se dedicar frequentemente à traficância (tal critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal - RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j. 22.10.2013, quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).

Tal circunstância demonstra que não se cuida, na espécie, de apenas um desvio na vida do réu.

Ademais, de acordo com os precedentes desta Casa, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus (AgRg no HC n. 378.844/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta turma, DJe 17/2/2017).

Em outras palavras, **concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, DJe 16/12/2016).

Quanto ao regime, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 8 anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime semiaberto.

Com efeito, **a quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do CP e em consonância com o entendimento desta Corte** (HC n. 285.074/MS, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 7/11/2016).

E, segundo a sentença (fl. 32),

O regime para o início de cumprimento de pena para o delito de tráfico é o fechado. É o único que se mostra adequado à consecução das finalidades da sanção penal, considerada a **gravidade CONCRETA** do delito, circunstâncias em que foi praticado e suas consequências, que demonstram a periculosidade e ousadia do agente, aptas a reclamar reação severa, proporcional e seguramente eficaz, sob pena de impunidade.

[...]

Outrossim, sobressai-se no fato em tela **maior grau de censurabilidade** na conduta do acusado, que não se manteve apenas nos moldes inerentes ao tipo penal em espécie.

A cocaína, principalmente, na forma de pó ou pedra, tem alto potencial ofensivo, gerando maior probabilidade de provocar dependência química em elevado número de pessoas, atingindo com mais vigor a saúde pública, bem jurídico protegido pelo legislador.

O *quantum* de entorpecentes apreendido demonstra o devastador resultado que a conduta do réu provocou no meio social.

Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que mais de **240 porções de droga** poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade da conduta do agente, visto o maior ataque ao bem jurídico.

No caso, foram apreendidas porções de cocaína em pó (84), de crack (64), maconha (75), 'lança perfume' (13) e ecstasy (06), **o que também indica maior censurabilidade**, pois tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim, em face do bem jurídico protegido, **aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06**, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, mais severos devem ser pena e o regime, sob pena, inclusive, de violação ao princípio da individualização da pena.

Isso afasta a alegação de que o regime foi fixado com base, só e só, na gravidade abstrata do delito.

A propósito, confirmam-se ainda: HC n. 294.565/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 04/11/2014; e HC n. 240.443/SP, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 22/3/2013.

Diante da ausência de manifesta ilegalidade, **indefiro liminarmente** a petição inicial (art. 210 do RISTJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reafirmo que, para alterar a conclusão da sentença e do acórdão de que o réu não faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque se dedica a atividades criminosas, situação explicitada pela quantidade (mais de 240 porções) e variedade de drogas apreendidas (*crack*, cocaína, maconha, lança-perfume e *ecstasy*), seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório da ação principal. Tal procedimento não se coaduna com a via eleita.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0302057-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 538.191 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15007434720188260537 20190000614494 21217542018

EM MESA

JULGADO: 22/09/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

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 : JANINI MARI ZANCHETTA
ADVOGADO : JANINI MARI ZANCHETTA - SP334206
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SÉRGIO FANIS DA SILVA JÚNIOR (PRESO)
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 : SÉRGIO FANIS DA SILVA JÚNIOR
ADVOGADO : JANINI MARI ZANCHETTA - SP334206
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 Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.