



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.678.417 - GO (2017/0147969-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : JORGE HENRIQUE BORGES DA COSTA
ADVOGADO : DANILO DOS SANTOS VASCONCELOS - GO026830
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE *IN CASU*. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO E A IMPOSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

2. *"A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes"* (AgRg no HC n. 340.902/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2017, DJe 16/3/2017).

3. Agravo regimental a que 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 17 de abril de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.678.417 - GO (2017/0147969-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **JORGE HENRIQUE BORGES DA COSTA**
ADVOGADO : **DANILO DOS SANTOS VASCONCELOS - GO026830**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por JORGE HENRIQUE BORGES DA COSTA contra a decisão de e-STJ fls. 448/456, em que dei provimento ao recurso especial interposto pelo *Parquet* Estadual, para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, **redimensionando a pena do agravante para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa.**

Nesta insurgência, o agravante alega, em suma, que *"a causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 tem suas raízes em questões de política criminal, buscando um favorecimento ao pequeno traficante, que não esteja envolvido em profundidade no mundo do crime, buscando assim, lhe garantir uma oportunidade de ressocializar-se"*, e assim, discorre que *"ser primário significa não ter sentença condenatória transitada em julgado referente à prática de outro crime. O Recorrido é primário, desta forma, preenchendo o primeiro requisito"* (e-STJ fl. 465).

Ademais, afirma que, da mesma forma que inquéritos policiais não podem ser utilizados para agravar a pena-base, igualmente, não podem impedir a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos e, nesse sentido, aduz que *"o fato deste responder a outro processo criminal, como entende o Recorrente, não pode ser levado em consideração. Ainda mais que tais processos, referidos pelo Recorrente, são de fatos posteriores aos que estão em discussão nestes autos"* (e-STJ fls. 466/467). Pelo mesmo raciocínio, entende o agravante que o fato de responder a outros processos criminais, por si só, não caracteriza a dedicação a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas.

Requer, pois, que se dê *"provimento ao presente Agravo Regimental, para manter a causa de diminuição e o regime aberto, conforme acordado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás"* (e-STJ fl. 470).

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.678.417 - GO (2017/0147969-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Nada obstante os fundamentos apresentados, mantenho a decisão agravada.

Registro, mais uma vez, que o Juízo de primeiro grau consignou que "o réu é contumaz na prática criminosa, revelado não somente pelas circunstâncias apuradas nesses autos, mas também em seu histórico criminal, posto que o réu responde a vários processos penais simultâneos, incluindo um, no mesmo artigo que se vê processado agora. Ademais, já sofreu duas sentenças penais condenatórias em crimes dolosos, embora sem trânsito em julgado, mas, demonstra que o réu se dedica a atividades criminosas, não se encaixando portanto, nos preceitos do referido texto legal" (e-STJ fl. 206).

O acórdão, por sua vez, concluiu que, "em que pese o apelante possua um processo em andamento [...] tal fato não se mostra apto a caracterizar a reincidência, os maus antecedentes, nem mesmo que ele se dedica à prática de atividades criminosas" (e-STJ fl. 389).

Diversamente do posicionamento adotado pela Corte de origem, releva destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que **a existência de processos em andamento é elemento capaz de demonstrar a dedicação do agente a atividades criminosas e, em razão disso, impedir a aplicação do redutor** previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. BENS JURÍDICOS DIVERSOS E DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTADA A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. *A vivência delitiva do agente serve para afastar a incidência da minorante do tráfico eventual, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ainda que indicada por feitos em andamento, como tem decidido esta Corte.*

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 258.996/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 17/06/2016, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). VEDAÇÃO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. *De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para vedar a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como na hipótese dos autos. Precedentes (HC 313.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 10/05/2016 e HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 17/04/2015).*

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 308.414/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, destaquei).

Ressalte-se, ainda, por necessário que, recentemente, a dita matéria foi pacificada no âmbito da Terceira Seção desta Corte que, ao julgar os **EREsp n. 1.431.091/SP** (DJe 1º/2/2017), da relatoria do Ministro **Felix Fischer**, firmou o entendimento, segundo o qual *"é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06"*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante disso, é imperioso reconhecer que assiste razão ao agravado para afastar a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no caso vertente, motivo suficiente, portanto, para manter a pena de **5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa**, fixada na decisão ora agravada.

Quanto ao pleito de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, de igual forma, não assiste razão ao agravante.

Isso porque, nos termos dispostos no art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas constituem circunstância judicial desfavorável e justificam a imposição de regime prisional mais severo. No caso, o agravante foi surpreendido **na posse de mais de 50 gramas de cocaína e 150 frascos de lança-perfume**.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. DIREITO AO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, **nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.**

2. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado a pena reclusiva não superior a 4 anos cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 340.902/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. CONDENAÇÃO DO PACIENTE POR TRÁFICO DE DROGAS CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INOCÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE NÃO JUSTIFICA O REGIME EXCESSIVAMENTE MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. LIMINAR SEM EFEITOS.

*[...] 5. A **valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso.** Precedentes. [...]*

7. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida parcialmente apenas para fixar o regime inicial semiaberto. Liminar sem efeitos.

(HC 413.771/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 16/10/2017, grifei).

Pelos mesmos fundamentos, mantenho, também, o afastamento da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0147969-8

AgRg no
REsp 1.678.417 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03047749820128090051 201293047740 30477498 3047749820128090051

PAUTA: 17/04/2018

JULGADO: 17/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
RECORRIDO : JORGE HENRIQUE BORGES DA COSTA
ADVOGADOS : DANILO DOS SANTOS VASCONCELOS - GO026830
LUCIANA CARLA ALTOE DE LIMA FALCAO - GO043061

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 : JORGE HENRIQUE BORGES DA COSTA
ADVOGADO : DANILO DOS SANTOS VASCONCELOS - GO026830
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.