



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 455.082 - SP (2018/0148334-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : MATHEUS DE FRANÇA CONCEIÇÃO SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
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*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODIFICAÇÃO DO ARESTO HOSTILIZADO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante outrora consignado, a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não foi afastada, na hipótese, considerando tão só a condenação do paciente pelo crime de associação, mas, sobretudo, a quantidade e natureza do entorpecente apreendido, elemento a partir do qual se concluiu pela dedicação à atividade criminosa. A luz dessas considerações, a revisão do julgado hostilizado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, na medida em que demanda o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

2. Inviável o afastamento da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de Drogas no crime de tráfico, quando ocorre a participação de menores, quer de forma efetiva ou quando utilizados para prática de forma indireta, uma vez que imprime uma gravidade e periculosidade social maior a conduta, ante a situação de risco em que o menor é exposto quando passa a ser um instrumento do crime. Precedentes.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 24 de setembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 455.082 - SP (2018/0148334-8)

AGRAVANTE : MATHEUS DE FRANÇA CONCEIÇÃO SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
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 (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MATHEUS DE FRANÇA CONCEIÇÃO SANTOS contra decisão de minha lavra (fls. 673/677) em que não conheci do *habeas corpus*.

No presente regimental, afirma que a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06 "*é pensada para casos em que traficantes almejam comercializar drogas a crianças/adolescentes ou para os casos de concurso delitivo com inimputáveis*" (fl. 113).

Acrescenta que "*se o agente não possui antecedentes e não é reincidente, não há como sentido lógico falar em dedicação a atividades criminosas*" (fl. 115), bem como que não se cuida de apreensão de grande quantidade de drogas. Entende, ainda, que cabe a fixação do regime fechado e a substituição da pena.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada, a fim de se conceder a ordem, ou a submissão da insurgência ao julgamento colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 455.082 - SP (2018/0148334-8)

VOTO

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

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

Consoante outrora consignado, a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não foi afastada, na hipótese, considerando tão só a condenação do paciente pelo crime de associação, mas, sobretudo, a quantidade e natureza do entorpecente apreendido, elemento a partir do qual se concluiu pela dedicação à atividade criminosa.

A luz dessas considerações, a revisão do julgado hostilizado constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, na medida em que demanda o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito, o entendimento das instâncias ordinárias encontra respaldo na jurisprudência desta Corte:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

1 - De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2 - A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa (HC n. 356.145/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).

3 - Na hipótese, a Corte local deixou de aplicar a referida causa especial de diminuição da pena respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com observância,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda, aos pormenores da situação concreta, destacando a elevada quantidade de droga apreendida - 1,004kg (um quilo e quatro gramas) de cocaína, contexto a demonstrar que o réu, embora primário, estaria envolto nas atividades criminosas.

4 - Não pode esta Corte Superior desconstituir os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem sem ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

5 - Agravo regimental a que se nega provimento" (AgInt no HC 465.758/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1/2/2019).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL E FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PREJUDICADOS. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDEM AOS REQUISITOS OBJETIVOS CONSTANTES NOS ARTS. 44, I, E 33, § 2º, "C", AMBOS DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - [...].

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com base na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas e nas circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedica-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Uma vez inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, ficam prejudicados os pleitos de substituição da pena corporal e de fixação do regime aberto, uma vez que o montante da pena - 5 anos de reclusão - não atende aos requisitos objetivos do art. 44, I, e 33, § 2º, 'c', ambos do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido" (HC 375.218/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/12/2016).

"HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM DENEGADA.

1. O entendimento desta Corte "é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa (HC n.º 356.145/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).

2. No caso, o Paciente foi surpreendido com "quatro porções de cocaína, com peso líquido de 2 gramas, vinte e nove de maconha, com peso líquido de 41,5 gramas e vinte e oito de crack, com peso líquido de 6,4 gramas", o que permitiu às instâncias ordinárias concluir por sua dedicação às atividades ilícitas.

3. Para se desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias de que o Paciente se dedicava às atividades ilícitas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do habeas corpus.

4. 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, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos" (HC 451.496/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em DJe 16/11/2018).

5. O fundamento que ensejou o afastamento da causa especial de diminuição de pena (dedicação a atividades criminosas) pode ser utilizado, também para fins de fixação de regime, tendo em vista que "é possível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, desde que em decorrência de exigência legal específica, como no caso em apreço, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade" (HC 428.211/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/03/2018).

6. Ordem de habeas corpus denegada" (HC 481.189/SP, Rel. Ministro LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 30/4/2019).

Noutro vértice, inviável o afastamento da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de Drogas, posto, no crime de tráfico, a participação de menores, quer de forma efetiva ou quando utilizados para prática de forma indireta, imprime uma gravidade e periculosidade social maior a conduta ante a situação de risco na medida em que o menor passa a ser um instrumento do crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ilustrativamente:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CAUSA DE AUMENTO. APLICAÇÃO EM PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTO CONCRETO. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, PELO TRIBUNAL EM APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INSURGÊNCIA QUANTO AO QUANTUM DAS PENAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. PENA AUMENTADA SEM RECURSO MINISTERIAL. ILEGALIDADE FLAGRANTE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que a aplicação de causa de aumento em patamar acima do mínimo é plenamente válida desde que fundamentada na gravidade concreta do delito.

3. Não se observa violação ao princípio do non bis in idem a aplicação da causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006, cumulativamente, para os crimes de associação para o tráfico (art. 35 da Lei de drogas) e de tráfico de drogas (art. 33 da mesma legislação), haja vista tratarem-se de delitos autônomos.

4. É cabível a aplicação da majorante de o crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente (art. 40, VI, da Lei 11.343/2006) em delito de associação para o tráfico de drogas com menor de idade.

5. Configura inegável reformatio in pejus a correção de erro material no julgamento da apelação — ainda que para sanar evidente equívoco ocorrido na sentença condenatória — que importa em aumento das penas, sem que tenha havido recurso do Ministério Público nesse sentido.

6. Habeas corpus não conhecido, todavia, concedo a ordem, de ofício, para restabelecer a pena fixada na sentença condenatória quanto ao ora paciente, tendo em vista que a correção do erro material, da forma como operada pelo Tribunal estadual, configurou reformatio in pejus"

(HC 250.455/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/2/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INAPLICÁVEL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

(...)

4. *Por se tratarem de condutas autônomas e tipos penais distintos, não há bis in idem na aplicação da causa de aumento da pena do art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, concomitantemente aos crimes de tráfico e de associação para o tráfico de drogas. Do mesmo modo, é cabível a aplicação da majorante de o crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente em delito de associação para o tráfico de drogas com menor de idade. Precedentes.*

(...)

6. *Ordem de habeas corpus não conhecida"*

(HC 237.782/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 5/8/2014, DJe 21/8/2014).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0148334-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 455.082 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004621120158260590 20170000164771 20180000242293 4621120158260590

EM MESA

JULGADO: 24/09/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS DE FRANÇA CONCEIÇÃO SANTOS
CORRÉU : LIDIANA ARAUJO DE OLIVEIRA SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MATHEUS DE FRANÇA CONCEIÇÃO SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
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.