



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 865457 - SP (2023/0396095-3)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : RAFAEL SILVA DORNELAS (PRESO)
ADVOGADOS : JADE YASMINE GARCIA PAIANO - SP341025
ANDRESSA THAÍS SCOLA DA SILVA - SP403874
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*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME INICIAL PRISIONAL MENOS GRAVOSO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

II - No presente caso, houve fundamentação concreta, idônea e suficiente para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada nas circunstâncias do caso concreto, em especial em razão da confissão do agravante e da perícia realizada nos aparelhos celulares, atestando o registro de contabilidade do tráfico, apontando grandes quantidades e valores negociados com diversas pessoas e com outros distribuidores, além de conversas direcionadas ao tráfico entabuladas com os referidos compradores.

III - O pleito de reconhecimento da ilegalidade do acórdão impugnado em razão da fixação do regime prisional inicial mais gravoso sequente e da negativa à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, sem fundamentação idônea para tanto, não foi objeto de debate perante a instância antecedente, o que obsta o conhecimento do pedido por este Tribunal.

IV - O agravo regimental deve trazer novos argumentos aptos a ensejar a alteração da decisão ora agravada, sob pena de a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 865457 - SP (2023/0396095-3)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : RAFAEL SILVA DORNELAS (PRESO)
ADVOGADOS : JADE YASMINE GARCIA PAIANO - SP341025
ANDRESSA THAÍS SCOLA DA SILVA - SP403874
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*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME INICIAL PRISIONAL MENOS GRAVOSO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

II - No presente caso, houve fundamentação concreta, idônea e suficiente para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada nas circunstâncias do caso concreto, em especial em razão da confissão do agravante e da perícia realizada nos aparelhos celulares, atestando o registro de contabilidade do tráfico, apontando grandes quantidades e valores negociados com diversas pessoas e com outros distribuidores, além de conversas direcionadas ao tráfico entabuladas com os referidos compradores.

III - O pleito de reconhecimento da ilegalidade do

acórdão impugnado em razão da fixação do regime prisional inicial mais gravoso sequente e da negativa à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, sem fundamentação idônea para tanto, não foi objeto de debate perante a instância antecedente, o que obsta o conhecimento do pedido por este Tribunal.

IV - O agravo regimental deve trazer novos argumentos aptos a ensejar a alteração da decisão ora agravada, sob pena de a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por RAFAEL SILVA DORNELAS contra a decisão que denegou a ordem de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o agravado foi condenado às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, por incursão no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, nos termos da sentença de fls. 83-88.

Interposta apelação criminal pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, conforme o acórdão de fls. 89-98.

No respectivo *writ*, impetrado nesta Corte, a defesa requereu a concessão da ordem de modo que seja aplicada a causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, em sua fração máxima (2/3), com o consequente redimensionamento das penas, estabelecimento de regime inicial aberto, substituição da pena corporal por restritiva de direitos e, subsidiariamente, a fixação do regime inicial semiaberto

O *habeas corpus* foi denegado (fls. 171-174).

Nas razões de recorrer, o agravante reitera os argumentos de mérito e defende que há ilegalidade flagrante, passível de ser extirpada pela via estreita do *habeas corpus*.

Postula, assim, pela reconsideração da decisão, ou que o presente agravo seja submetido à apreciação do Colegiado, pugnando pelo seu total provimento de modo que seja estabelecido o regime inicial aberto, com a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. Subsidiariamente, requer a fixação do regime prisional inicial semiaberto (fls. 178-187).

É o relatório.

VOTO

Como relatado, a defesa sustenta que na hipótese dos autos há ilegalidade flagrante, consistente na negativa à aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, e no estabelecimento de regime prisional inicial mais gravoso, ambos despidos de fundamentação idônea.

O acórdão impugnado, ao apreciar o recurso de apelação defensivo, assim fundamentou (fls. 91-97):

"[...]

No juízo monocrático o privilégio foi afastado porque, primeiro, a perícia realizada em seu telefone celular e nos dos compradores Marcos e Vitor indicou a existência de uma “nota” com contabilidade do tráfico apontando grandes quantidades e valores negociados com diversas pessoas e, possivelmente, com outros distribuidores (fls. 193), além de conversas direcionadas ao tráfico entabuladas com Marcos (fls. 193/200) e Vitor (fls. 201/208)e, também, mas não apenas, porque no celular de sua esposa, por ele utilizado, havia muitas fotos de drogas, armas de fogo e dinheiro, algumas produzidas pelo próprio celular apreendido(fl. 208/229), além de novos diálogos combinando negociação de venda de drogas, tudo “denotando que ele vinha fazendo o comércio espúrio de drogas há bastante tempo, pois pelos diálogos é possível crer que mensagens antigas foram apagadas, ou trocado o aparelho, típica situação dos traficantes para que não sejam pegos em conversas comprometedoras” (sic) (fls. 313).

Não vinga, portanto, a alegação de que as duas páginas com fotos (fls. 212/213) tiradas com o mesmo modelo do seu celular, sem provas de que foi ele o autor das fotografias, seria circunstância insuficiente para afastamento do benefício.

O mesmo acontece com a alegação de que fato posterior não poderia indicar habitualidade, devendo ser desprezada a informação de que, pouco depois de beneficiado com a liberdade provisória, foi novamente flagrado na mesma atividade espúria.

Como bem justificado, embora a existência de novo processo, posterior, não permita o reconhecimento de maus antecedentes, mantendo-se a primariedade “demonstra que o réu se dedicava há algum tempo a prática do tráfico de drogas” (sic)(fls. 315).

[...]

De todo modo, o próprio réu, ouvido na fase administrativa, confessou que “está se dedicando a venda de drogas há uns dois meses” (sic) (fls. 11), confirmando em juízo que “vinha pegando a

droga para entregar a terceiro havia uns 60 dias” (sic).

As denúncias, ainda, vinham sido direcionadas à Delegacia de Polícia desde 23/12/2021, não sendo crível que tenham se iniciado já na primeira vez que o réu negociou drogas, sendo mais consentâneo com a realidade que as denúncias surgiram a partir da habitualidade, tanto que nelas, segundo informado pelos policiais, vieram descritos o modus operandi e a motocicleta que o réu utilizava para entregados entorpecentes.”

Verifico que o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática.

Consoante assinalado na decisão recorrida, o celular do paciente foi periciado, assim como o dos compradores Marcos e Vitor, constatando registro de contabilidade do tráfico, apontando grandes quantidades e valores negociados com diversas pessoas e com outros distribuidores, além de conversas direcionadas ao tráfico entabuladas com os referidos compradores, denotando, ainda, que estava se dedicando ao tráfico de entorpecentes há tempo considerável.

Assinalou, ainda, que *"no celular de sua esposa, por ele utilizado, havia muitas fotos de drogas, armas de fogo e dinheiro, algumas produzidas pelo próprio celular apreendido (fls. 208/229), além de novos diálogos combinando negociação de venda de drogas" (fl. 92).*

Assim, restou devidamente fundamentada a conclusão pela dedicação a atividades criminosas, afastada a traficância ocasional.

Ademais, assinalo que o paciente confessou, judicial e extrajudicialmente, que estava se dedicando à venda de entorpecentes há cerca de dois meses.

Dessa feita, entendo que o Tribunal local apresentou elementos idôneos e aptos a ensejar a conclusão pela dedicação do paciente às atividades criminosas.

Para acolher a tese da defesa e afastar a conclusão bem exarada pelas instâncias ordinárias seria necessário amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do *mandamus*.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. RÉU QUE SE DEDICA À TRAFICÂNCIA HABITUALMENTE. NÃO

APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. De acordo com o § 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, observa-se que a Corte de origem manteve afastado o redutor do tráfico privilegiado por entender que, não só a expressiva quantidade de droga indicaria o envolvimento habitual do paciente na criminalidade, mas também as mensagens extraídas do seu celular que indicavam o profissionalismo na atividade delitiva.

Portanto, assentado pelas instâncias antecedentes, com base em elementos colhidos nos autos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, 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. Agravo desprovido" (AgRg no HC n. 858.583/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 1/12/2023).

Corroborando o entendimento: AgRg no HC n. 819.116/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/6/2023.

No tocante aos pleitos de reconhecimento da ilegalidade do acórdão impugnado em razão da fixação do regime prisional inicial mais gravoso sequente e da negativa à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, sem fundamentação idônea para tanto, tenho que, nos moldes estabelecidos na decisão ora recorrida, não foram objeto de debate perante a instância antecedente, o que obsta o conhecimento dos pedidos por este Tribunal.

Uma vez que a pretensão ora deduzida não foi debatida pelo Tribunal de origem, esta Corte Superior resta impedida de proceder à sua análise, originariamente, sob pena de indevida supressão de instância.

Ademais, não vislumbro, de plano, qualquer flagrante ilegalidade a ser sanada nos moldes do parágrafo 2º do artigo 654 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Corte local não analisou nenhuma das teses defensivas - natureza diversa do delito que gerou a reincidência, lapso temporal

entre a condenação geradora da reincidência e a imputação, bem como a desproporcionalidade na imposição do regime semiaberto (dada a forma como foi praticada e o resultado da conduta) -, evidenciando-se, assim, a impossibilidade de conhecer-se da impetração, sob pena de vedada supressão de instância.

2. A decisão agravada deve ser mantida, pois está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, firme em assinalar que a supressão de instância impede o conhecimento de habeas corpus impetrado per saltum (não inaugurada a competência prevista no art. 105 da CF).

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 846.353/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 18/10/2023).

Corroborando o entendimento, colaciono os seguintes julgados: AgRg no HC n. 776.703/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 14/3/2023; RHC n. 125.459/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 11/12/2020; RHC n. 129.608/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 04/02/2021.

Por fim, a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0396095-3

**AgRg no
HC 865.457 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Número Origem: 15000395120228260583

EM MESA

JULGADO: 27/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JADE YASMINE GARCIA PAIANO
ADVOGADOS : JADE YASMINE GARCIA PAIANO - SP341025
ANDRESSA THAÍS SCOLA DA SILVA - SP403874
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL SILVA DORNELAS (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 : RAFAEL SILVA DORNELAS (PRESO)
ADVOGADOS : JADE YASMINE GARCIA PAIANO - SP341025
ANDRESSA THAÍS SCOLA DA SILVA - SP403874
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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.