



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 420.181 - MS (2017/0263337-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : KETHLLYN PAULA LUZ SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

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

1 - De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a 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 356.145/SP, Rel. 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, ainda, aos pormenores da situação concreta, destacando a elevada quantidade de droga apreendida – 15 kg (quinze quilos) de maconha, contexto a demonstrar que a ré, embora primária, estaria envolta nas atividades de uma organização criminosa.

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 - Inalterado o *quantum* da reprimenda (5 anos de reclusão), considerada a primariedade e sendo as circunstâncias judiciais favoráveis, deve ser mantido o regime inicial **semiaberto** para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena, conforme fixado pelo Tribunal *a quo*.

6 - 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. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 21 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 420.181 - MS (2017/0263337-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : KETHLLYN PAULA LUZ SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

Trata-se de agravo regimental interposto por KETHLLYN PAULA LUZ SANTOS contra decisão monocrática de minha lavra que denegou a ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 506/512).

Nas razões regimentais, reitera a defesa os argumentos de que o Tribunal de origem teria concluído que a ora recorrente se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização voltada para o crime, com base em suposições. Ressalta que a recorrente nem sequer fora denunciada pelo crime de associação para o tráfico. Assere, ainda, que a quantidade de droga apreendida – 15kg (quinze quilos) de maconha – não pode, por si só, levar à presunção de dedicação à atividade delitiva. Reafirma, por fim, que estão presentes todos os requisitos legais para a incidência da causa especial de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do recurso a julgamento da Sexta Turma, a fim de que seja reconhecido o tráfico privilegiado e, por consequência, seja abrandado o regime prisional, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 420.181 - MS (2017/0263337-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Nada obstante as judiciosas ponderações da agravante, tenho que o recurso não merece prosperar.

Com efeito, de acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de um sexto a dois terços da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A razão de ser do chamado tráfico privilegiado, de que trata o citado dispositivo, consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. A propósito, confira-se a seguinte lição:

Cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente), vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se da pena mais branda. (in Lei penais e processuais penais comentadas. Guilherme de Souza Nucci. 9ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359.)

Conforme explanado na decisão agravada, no caso dos autos a Corte de origem, ao julgar os embargos infringentes opostos pela defesa, manteve a não incidência da aludida minorante, consignando que (e-STJ fls. 470/471):

Do voto condutor extrai-se que o caso não se amolda à configuração do denominado trafico privilegiado ou o reconhecimento da conduta eventual, vez que a embargante foi presa em flagrante com elevada quantidade de drogas, o que evidencia a participação, ainda que indiretamente, na "cadeia do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime".

O transporte de significativa quantidade de droga exige experiência e preparo por parte dos envolvidos, a fim de que se possa garantir que o produto será levado ao seu destino e, evidentemente, após a entrega há de haver prestação de contas ao seu "proprietário", tanto que a acusada reconheceu que receberia como pagamento a quantia de R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais).

Com efeito, para a aplicação dessa causa de diminuição de pena, mister se faz cumulação dos requisitos elencados, ou seja, que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas.

No caso em pauta, a despeito da primariedade da embargante, não há como ignorar os requintes de organização da operação que integrava. A propósito, leciona-se que a apreensão de expressiva quantidade de droga configura indicativo de que o agente é integrante de organização criminosa.

Não passa despercebido que a situação versa sobre quantidade correspondente a 15 kg (quinze quilos) de maconha, distribuídos em 14 (quatorze) tablets, envolvimento de outras pessoas ainda não identificadas, afigurando-se inverossímil pudesse ter sido tratada açodadamente, sem um mínimo de organização e planejamento.

Frente à dimensão da trama e aos valores envolvidos, é evidente que os componentes do grupo, ainda que eventualmente restritos ao caso presente, somente lançariam mão de pessoas com as quais mantivessem vínculo de confiança, desenvolvendo a ilicitude com cuidados e eliminação de riscos. E operação desse porte, não se elabora ou executa-se de um dia para outro, apressadamente, mas sim cuidadosamente, através de pessoas ligadas por vínculo de comprometimento.

E no exercício desse pacto, exteriorizando comunhão de propósitos, conjugação de esforços e distribuição de tarefas, em busca de proveito comum, encontrava-se a embargante efetivamente envolta na operação (grifei).

Nesse ponto, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que 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, ainda, aos pormenores da situação concreta, destacando a elevada quantidade de droga, contexto a demonstrar que a ré, embora primária, estaria envolta nas atividades de uma organização criminosa.

Dessa forma, não preenchendo todos os requisitos elencados pelo art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei de Drogas, é inviável a aplicação do pretendido redutor.

Por outro lado, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demandaria ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*.

Sobre o tema, colhem-se os seguintes julgados da jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA MAIOR QUE 4 ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, segundo a qual a dedicação da recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes está evidenciada nos autos por conta do transporte de considerável volume de substância entorpecente em viagens internacionais (5,500g de cocaína), acondicionada de maneira condizente com o modus operandi de traficantes da região de Florianópolis, consoante informou o Agente da Polícia Federal, com as despesas custeadas por terceiros, bem como os inúmeros registros de viagens constantes da certidão de movimentos migratórios e do passaporte, tudo a evidenciar que a ré integra organização criminosa voltada à prática de tráfico internacional de drogas.

2. Concluído pelo Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, que a recorrente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. Restando a pena definitiva superior a 4 anos, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos pois o agravante não atende ao requisito objetivo para o deferimento da permuta legal. (Precedentes.) 4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 753.962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016, grifei.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. REDUTOR DO ART.33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. "MULA". INAPLICABILIDADE. REQUISITOS NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREENCHIDOS. FRAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça é no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de transportador ("mula"), integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. "Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nem da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, do mesmo diploma normativo, seja para majorá-las, seja para reduzi-las, sem revolver o acervo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ" (ut, AgRg no REsp 1371371/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 25/9/2013).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 962.949/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016, grifei.)

Ademais, consoante o entendimento firmado neste Tribunal Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem elementos aptos a justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 E PARA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. IMPROCEDÊNCIA. MENÇÃO NA SENTENÇA À QUANTIDADE DA DROGA (389,457 G DE MACONHA) E À PRÁTICA DE ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME AO SEMIABERTO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PERDA DO OBJETO, EM RELAÇÃO AO REGIME INICIAL DE EXPIAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSENTE.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, sejam recursos próprios ou mesmo a revisão criminal, salvo situações excepcionais.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa. Precedente.

3. O pleito de concessão de regime inicial de cumprimento da pena menos gravoso encontra-se prejudicado, em razão da progressão ao regime semiaberto concedida pelo Juízo de primeiro grau.

4. Writ não conhecido.

(HC 356.145/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 01/12/2016, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. NATUREZA E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Pelo princípio da non reformatio in pejus, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.

3. In casu, tanto o magistrado a quo quanto o Tribunal de Justiça valeram-se da expressiva quantidade de drogas apreendida - sobretudo quando analisada frente à sua natureza (2.142,54g de cocaína) - para afastar a incidência da minorante, por entenderem que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Escorrito o afastamento da benesse, 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 corpus.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 372.060/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016, grifei.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INEXISTÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não se caracteriza a alegada ofensa ao princípio da colegialidade diante da existência de previsão legal para que o relator julgue, monocraticamente, o agravo em recurso especial quando constatar uma das situações descritas no art. 544, § 4º, do Código de Processo Civil.

2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

3. É válida a fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias, em consonância com a jurisprudência desta Corte, para afastar a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 - quantidade e natureza da droga (450 g de maconha e 15 comprimidos de ecstasy) -, pois tais circunstâncias não foram valoradas na primeira fase de dosimetria da pena.

4. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o julgador, para dizer o direito, exteriorize motivação devida do ato decisório.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 571.584/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015, grifei.)

No que toca ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

Com efeito, dispõe o art. 33, § 2º, "b", do CP que o condenado não reincidente, cuja pena for superior a 4 anos e não exceder a 8 anos, poderá, desde o princípio, cumprir a reprimenda no regime semiaberto.

Sob essa perspectiva, no caso dos autos, inalterado o *quantum* da reprimenda (5 anos de reclusão), considerada a primariedade e sendo as circunstâncias judiciais favoráveis, deve ser mantido o regime inicial **semiaberto** para o cumprimento da pena, conforme fixado pelo Tribunal *a quo*.

Ante essas considerações, **nego provimento ao agravo regimental e mantenho a decisão agravada.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0263337-1

AgRg no
HC 420.181 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028159620158120013 28159620158120013

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : KETHLLYN PAULA LUZ SANTOS

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 : KETHLLYN PAULA LUZ SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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.