



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.346 - SP (2017/0093173-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : RIVELINO BARBOSA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

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. 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 Corte local deixou de aplicar a minorante respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, que demonstraram que o paciente dedicava-se à atividade criminosa, excluindo a possibilidade de aplicação do pretendido redutor, destacando, em especial a quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do réu – 96g (noventa e seis gramas) de cocaína. Precedentes.

3. Desconstituir os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*.

4. 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, 15 de março de 2018 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.346 - SP (2017/0093173-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : RIVELINO BARBOSA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por RIVELINO BARBOSA DA SILVA contra decisão monocrática de minha lavra que conheceu em parte da impetração e, nessa extensão, denegou a ordem de *habeas corpus*.

Foi o agravante condenado, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, a 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.

Nos termos da peça acusatória, o acusado foi surpreendido na posse de **96g (noventa e seis gramas) de cocaína**.

O Ministério Público e a defesa interpuseram apelação, sendo que o Tribunal de origem negou provimento ao recurso do ora agravante e deu parcial provimento ao inconformismo da acusação *"para redimensionar a pena imposta a ele para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa mínimos, mantida, no mais, a respeitável sentença apelada"* (e-STJ fl. 27).

No presente *writ*, a Defensoria Pública alegou *"nulidade de toda a instrução, por ter sido o interrogatório realizado como primeiro ato"*, argumentando que *"a reforma do Código de Processo Penal realizada pela Lei 11.719/08 tornou o interrogatório o último ato do processo, exatamente com o objetivo de assegurar o contraditório e a ampla defesa efetivos"* (e-STJ fl. 7).

Sustentou, ainda, que a exclusão da minorante do tráfico privilegiado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não veio alicerçada em elementos idôneos, afirmando que *"não houve qualquer menção de que o paciente seria reincidente ou portador de maus antecedentes, tampouco que se dedicava às atividades criminosas ou que integrasse organização criminosa"*, mas apenas a menção à quantidade de entorpecente (e-STJ fl. 10).

Pontuou que *"a quantidade/variedade de entorpecente não pode, por si só, ser prova de que o indivíduo deixou de cumprir quaisquer dos requisitos legais para incidência do redutor"* (e-STJ fl. 12).

Insurgiu-se também contra a fixação do regime inicial mais gravoso com base apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico, invocando os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Requeru, liminarmente, *"a imediata transferência do paciente para o regime inicial mais benéfico permitido por lei"* (e-STJ fl. 25).

No mérito, pediu a *"concessão da ordem definitiva de Habeas Corpus, para que haja anulação do processo, ante a realização do interrogatório ao início, com imediata expedição de alvará de soltura"*, ou, subsidiariamente, *"seja reformado o regime inicial executório afixado ao ora paciente, bem como que haja redução da pena fixada, com aplicação do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06"*, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ fl. 26).

Nesta oportunidade, sublinha a defesa, mais uma vez, que a quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do sentenciado, por si só, não evidencia a dedicação a atividades criminosas. Diante disso, busca a reconsideração da decisão combatida, *"ou o provimento do agravo regimental, concedendo-se a ordem em favor do agravante"* (e-STJ fl. 178).

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.346 - SP (2017/0093173-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, a defesa asseriu, como primeira tese, a nulidade do processo, tendo em vista a realização do interrogatório como o primeiro ato da instrução processual penal, em manifesto desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, verifiquei que a questão não poderia ser conhecida por esta Casa, diante da falta de manifestação do Tribunal de origem sobre o tema.

Pareceu-me adequado à espécie, nessa perspectiva, o ensinamento de Renato Brasileiro que, ao apreciar a matéria, destacou a inviabilidade do "pedido de julgamento de *habeas corpus per saltum*, ou seja, do julgamento do remédio heróico pelas instâncias superiores sem prévia provocação das instâncias inferiores acerca do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, sob pena de verdadeira supressão de instância e consequente violação do princípio do duplo grau de jurisdição" (LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 2.470).

Diante desse cenário, concluí pela incompetência desta Corte Superior para o processamento e julgamento deste remédio constitucional, porquanto ausente ato a ser imputado à autoridade apontada como coatora, nos termos do art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, bem como do art. 13, inciso I, alínea b, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse mesmo caminhar, colacione estes julgados:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. [...] SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 10. O direito de recorrer em liberdade não foi objeto de discussão pela Corte de origem, motivo pelo qual se evidencia a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar o aludido tema posto no writ e a consequente supressão de instância. [...]

(HC 278.542/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015.)

No mesmo sentido, a orientação do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Delito de vias de fato e violação de domicílio (art. 21, caput, do Decreto-Lei n. 3.688/41 e art. 150, § 1º, do Código Penal) 3.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Matéria não examinada nas instâncias anteriores. Supressão de instância. A extinção da ação penal de forma prematura somente é possível em situação de manifesta ilegalidade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RHC 133.585 AgR, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 1º/08/2016.)

Passei, pois, ao pedido de aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Rememorei que, consoante 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.

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, transcrevi 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. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 358-359.)

No caso, o colegiado local afastou o referido benefício diante da quantidade e natureza da droga apreendida – 96g (noventa e seis gramas) de cocaína. Sendo assim, não vislumbrei constrangimento ilegal, uma vez que o Tribunal de Justiça 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, e destacando a quantidade e nocividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da droga encontrada, a demonstrar que o réu, embora primário, estaria envolto nas atividades de uma organização criminosa.

Dessa forma, não preenchendo todos os requisitos elencados pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, entendi inviável a aplicação do pretendido redutor.

Por outro lado, ressaltei que 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, destaquei este julgado da jurisprudência desta Corte:

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

[...]

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.)

No que toca ao regime prisional, esclareci que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

Na hipótese, o Tribunal *a quo* estabeleceu o regime fechado para o início do cumprimento da pena com base na quantidade e na nocividade das drogas apreendidas. Nesse contexto, não observei o constrangimento ilegal apontado pelo agravante, pois devidamente justificada a imposição do regime mais severo.

De mais a mais, sublinhei que a quantidade e natureza dos entorpecentes podem justificar o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como fundamentar a fixação do regime prisional fechado, sem que seja possível se falar em *bis in idem*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO PELA DIVERSIDADE/ QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a quantidade e/ou variedade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação de regime penal mais gravoso. Precedentes.

2. *Agravo regimental improvido* (AgRg no HC 344.530/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DE PERCENTUAL INFERIOR AO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que indeferiu liminarmente o writ, pois, no caso, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade de droga apreendida pode impedir a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como pode servir de parâmetro para definir o percentual de redução.

2. Quanto à fixação do regime inicial mais gravoso e à não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, este Tribunal Superior tem reiteradamente decidido que a natureza, a variedade e a quantidade da droga apreendida constituem elementos idôneos a justificar a imposição do regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, como também a inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, ainda que preenchido o requisito objetivo do inciso I do referido dispositivo.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 359.938/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017, grifei).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL SEMIABERTO. GRANDE VOLUME DA DROGA APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA MODULAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.434/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. No caso, utilizada a grande quantidade da droga para justificar a escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/2, não se recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP - circunstâncias do crime desfavoráveis).

3. É entendimento pacificado nesta Corte que inexistente bis in idem quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para afastar a minorante ou modulá-la e, logo depois, no momento da fixação do regime de cumprimento inicial da reprimenda. (Precedentes)

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 892.826/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13/06/2017, DJe 23/06/2017, grifei).

Por derradeiro, diante da quantidade de pena aplicada ao paciente, verifiquei a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não estarem preenchidos os requisitos necessários do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Nesse contexto, não apresentando o agravante argumentos novos bastantes a modificar a conclusão alcançada que, inclusive, foi prolatada nos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não encontro motivos para modificar a decisão atacada nesta oportunidade.

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: 2017/0093173-0

AgRg no
HC 397.346 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20160000441976 30021541220138260348

EM MESA

JULGADO: 15/03/2018

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 SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RIVELINO BARBOSA DA SILVA (PRESO)

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 : RIVELINO BARBOSA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : 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, 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.