



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.135 - SP (2018/0034025-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : LUIS ALEXANDRE ESPIGOTTI
ADVOGADO : LUIS ALEXANDRE ESPIGOTTI - SP0321117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIVALDO FARIAS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 536,80 G DE MACONHA. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MINORANTE. NÃO INCIDÊNCIA. ANÁLISE DE ELEMENTOS FÁTICOS. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO DE USO. NEGATIVA DE TRÁFICO. ATENUANTE. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Se as instâncias ordinárias afirmam que o paciente não é um traficante eventual, não há que se falar em aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, já que, para se entender de modo diverso, seria imprescindível a análise dos elementos fáticos da lide, o que é inviável na via eleita, de rito célere e de cognição sumária.

2. A questão da incidência da confissão espontânea não foi analisada pelo Tribunal de origem. Impossibilidade de discussão nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte, [...] *nas hipóteses em que o réu admite a posse de drogas para uso próprio não há confissão da prática do delito de tráfico de drogas, não tendo aplicação a atenuante do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal (AgRg no REsp n. 1.641.789/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 16/4/2018).*

4. Ordem denegada.

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, denegar a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 22 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.135 - SP (2018/0034025-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Givaldo Farias dos Santos**, no qual se aponta como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação n. 0000218-69.2016.8.26.0583 – fls. 36/45).

Colhe-se dos autos que o ora paciente, surpreendido com 536,80 g de maconha e R\$ 9.200,00 (nove mil e duzentos reais) em dinheiro (fls. 39 e 42), foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, além do pagamento de 500 dias-multa (fls. 24/35).

Irresignadas, as partes apelaram. O Tribunal de origem negou provimento à apelação interposta pela defesa e deu provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de redimensionar a pena para 6 anos e 3 meses de reclusão, além do pagamento de 625 dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

No presente *writ*, a defesa pretende a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob a afirmação de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, sendo que [...] *o dinheiro encontrado era proveniente do seu ofício de vendedor de porcos*, bem como que *a faca, balança e saquinhos encontrados usava para pesar e embalar café e mel* (fl. 2). Aduz que [...] *500 gramas de entorpecentes não abastecem duas cidades como mencionado* (fl. 2). Postula a incidência da atenuante da confissão espontânea qualificada.

Sem pedido liminar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, com a concessão da ordem, de ofício, em parecer assim ementado (fl. 52):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MERA DECLARAÇÃO DE POSSE PARA USO. INVIÁVEL RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 65, III, "D" DO CP. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PACIENTE PERTENCIA A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU SE DEDICAVA AO COMÉRCIO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, POR SI SÓS, NÃO SÃO SUFICIENTES PARA COMPROVAR QUE O RÉU FAZ DA PRÁTICA DELITIVA O SEU MEIO DE VIDA. FRAÇÃO REDUTORA NO MÁXIMO PARA EVITAR O *BIS IN IDEM*. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS NÃO RECOMENDÁVEL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* E CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*, DE OFÍCIO, PARA APLICAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3), REDIMENSIONANDO AS PENAS PARA 2 ANOS E 1 MÊS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 208 DIAS MULTA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.135 - SP (2018/0034025-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O

Tribunal de origem manteve a conclusão da sentença condenatória de que o ora paciente se dedica a atividades criminosas nos seguintes termos (fls. 43/44):

[...]

E não era mesmo o caso de aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei antidrogas, porquanto, como bem fundamentado pelo magistrado sentenciante, **o acusado fazia do tráfico um meio de vida.**

Havia denúncias dando conta da sua **prática de comércio ilícito não somente na cidade de Caiabu, como também em Martinópolis, sempre comercializando grandes quantidades de entorpecentes. Não bastasse, os apetrechos encontrados em sua residência, com resquícios de drogas consoante atestado pelos peritos, demonstram que Givaldo não era um traficante eventual, mas dedicava-se a esta atividade criminosa.** Assim, bem justificada a negativa da concessão do tráfico privilegiado.

[...]

Ora, com todo o respeito ao parecer do ilustre membro do Ministério Público Federal, se as instâncias ordinárias afirmam que o paciente não é um traficante eventual, não há que se falar em aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, já que, para se entender de modo diverso, seria imprescindível a análise dos elementos fáticos da lide, o que é inviável na via eleita, de rito célere e de cognição sumária.

A propósito:

HABEAS CORPUS. POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. APREENSÃO DE APENAS DUAS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS.

[...]

4. Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecida a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão das evidências concretas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita.

5. Ordem parcialmente concedida para, cassando-se o acórdão condenatório, absolver o paciente da prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

(HC n. 325.085/MS, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 12/04/2018)

Quanto ao mais, observo que o acórdão impugnado não analisou a possibilidade da incidência da atenuante da confissão espontânea, não cabendo a esta Corte, então, fazê-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Com efeito, é pacífico o entendimento no sentido de que [...] *a matéria não enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância*. (RHC n. 91.446/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 11/5/2018).

Ainda que tal óbice pudesse ser superado, observo que o paciente assumiu a posse da droga, alegando que seria para uso próprio e negando ser traficante (fl. 29).

Ora, de acordo com a jurisprudência desta Corte, [...] *nas hipóteses em que o réu admite a posse de drogas para uso próprio não há confissão da prática do delito de tráfico de drogas, não tendo aplicação a atenuante do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal*. (AgRg no REsp n. 1.641.789/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 16/04/2018).

No mesmo sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. **A confissão espontânea do sentenciado por delito de tráfico de drogas de que é mero usuário não induz a incidência da atenuante**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. Pleito de compensação com a agravante de reincidência prejudicado.

Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 433.794/MS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 2/4/2018 - grifo nosso)

Ante o exposto, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0034025-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 437.135 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002186920168260583 20170000720985 2186920168260583

EM MESA

JULGADO: 22/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

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

IMPETRANTE : LUIS ALEXANDRE ESPIGOTTI
ADVOGADO : LUIS ALEXANDRE ESPIGOTTI - SP0321117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIVALDO FARIAS DOS SANTOS

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

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, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.