



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.548 - SC (2016/0252015-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MAURICIO MARCOS RIBEIRO E OUTRO
ADVOGADO : MAURÍCIO MARCOS RIBEIRO E OUTRO(S) - SC032560
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : EMERSON CARDOSO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE QUE DEMONSTRA TRAFICÂNCIA NÃO EVENTUAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PLEITO PREJUDICADO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a quantidade de entorpecente apreendida - 34 Kg de maconha - demonstra que o paciente não é traficante ocasional, não incide a causa especial de diminuição de pena, 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*.

2. Negado o pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, resta prejudicado o pleito de alteração do regime inicial para o aberto.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.548 - SC (2016/0252015-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MAURICIO MARCOS RIBEIRO E OUTRO
ADVOGADO : MAURÍCIO MARCOS RIBEIRO E OUTRO(S) - SC032560
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : EMERSON CARDOSO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EMERSON CARDOSO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n.º 0002865-11.2015.8.24.0039).

Depreende-se dos autos que o paciente foi absolvido pelo delito tipificado no artigo 35 da Lei n. 11.343/06 e condenado, pelo juiz monocrático, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 33 e § 4º, da Lei n. 11.343/06. Eis, no que interessa, o teor da sentença:

DO RÉU EMERSON CARDOSO

Do delito de tráfico ilícito de drogas (art. 33, *caput*, Lei 11343/2006).

A culpabilidade é indiscutível, visto que tinha pleno conhecimento do caráter ilícito do fato e possuía plenas condições de portar-se de modo diverso. Porém, o grau de reprovabilidade restou adstrito ao tipo.

O réu não possui maus antecedentes, conforme se depreende da certidão acostada nos autos apensos.

Não existem nos autos elementos a retratar a conduta social do acusado ou que venham a demonstrar eventuais traços de sua personalidade, de modo que estas são desconhecidas deste julgador.

Os motivos, próprios deste tipo de infração penal, se constituem na obtenção de lucro fácil, em detrimento da saúde pública.

As circunstâncias devem ser consideradas em desfavor do réu, em face da quantidade de droga apreendida - superior a trinta e quatro (34) quilos.

As consequências embora graves, vez que as substâncias ilícitas comercializadas são de alto poder destrutivo, encontram-se adstritas ao tipo penal em apreço.

Em delitos desta natureza não há que se falar em comportamento da vítima, vez que o bem jurídico tutelado é a saúde pública.

Atento às ponderações supra, considerando como desfavorável apenas uma circunstância judicial circunstâncias - fixo-lhe a pena base ligeiramente acima do mínimo legal, ou seja, em seis (06) anos de reclusão e ao pagamento de seiscentos (600) dias-multa, à razão unitária correspondente à quantia mínima prevista no artigo 43, da Lei n.º 11.343/2006, uma vez que os autos se ressentem de maiores informações quanto à efetiva situação socioeconômica do acusado.

Na segunda fase da aplicação da pena, não vislumbro a presença de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Ainda, na terceira fase da aplicação da pena, verifico que o acusado é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário, não registra antecedentes criminais, bem como não integra organização criminosa, o que possibilita a redução da pena conforme o previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, motivo pelo qual, tratando-se de droga encontrada em grande quantidade (34 quilos de maconha), minoro a reprimenda em um sexto (1/6), tomando a pena corporal definitiva em cinco (05) anos de reclusão.

A pena de multa definitiva, por seu turno, fica estipulada em quinhentos (500) dias-multa, à razão unitária antes referida. [...]

Quanto ao réu Emerson Cardoso, fixo-lhes o regime semiaberto (CP - art. 33, § 2º, alínea 'b'), para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. (fls. 46/47 e 232/233)

Inconformados, o *parquet* e a defesa interpuseram recurso de apelação, na qual o Tribunal *a quo* deu parcial provimento aos recursos, afastando, pois, a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Confira-se trecho do mencionado *decisum*, que aqui interessa:

3.3. A pretensão ministerial afeta ao afastamento do benefício do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, reconhecido em favor de Emerson, reveste-se de pertinência, sobretudo diante da quantidade exorbitante de droga 34 (trinta e quatro) quilos de maconha que ele transportava na ocasião em que foi preso, o que evidentemente corrobora a compreensão de que o agente não pode ser qualificado como traficante ocasional.

Diante da ponderação da quantidade da droga para afastamento da minorante em tela, a exclusão do incremento procedido na reprimenda basilar fundado no art. 42 da Lei de Drogas é medida que se impõe, sob pena de *bis in idem*.

Nessa esteira, a pena de Emerson, fixada no mínimo legal na primeira etapa dosimétrica, mantida nesse patamar na segunda e derradeira fases - face a inexistência de agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou redução de pena - fica redimensionada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. (fl. 79)

Nesta via, alega a impetrante que o paciente preenche todos os requisitos, subjetivos e objetivos, previstos no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o que impõe o deferimento da benesse nele prevista.

Destaca, ainda, que "se mostrou inidônea a fundamentação que reformou a sentença de primeiro grau, afastando a causa de diminuição de pena em razão da quantidade de droga apreendida, no total de 34 (trinta e quatro) quilos de substância estupefaciente conhecida vulgarmente por '*maconha*', circunstância esta, que nos termos do v. acórdão não permite que o Paciente seja considerado como narcotraficante ocasional, digno da minorante prevista para o tráfico privilegiado".

Sustenta, por fim, que caso seja reconhecido o tráfico privilegiado, deve ser fixado o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena fixada.

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento do tráfico privilegiado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedendo-se o redimensionamento da pena do paciente e a consequente adequação do regime prisional.

Estes autos foram a mim distribuídos por prevenção ao Recurso em *Habeas Corpus* n. 60549/SC.

A liminar foi indeferida às fls. 87/89.

Foram prestadas informações às fls. 84/127 e 130/215.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Moacir Mendes Sousa, pelo não conhecimento do *writ* e pela "não concessão da ordem de ofício" (fls. 218/227).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.548 - SC (2016/0252015-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE QUE DEMONSTRA TRAFICÂNCIA NÃO EVENTUAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PLEITO PREJUDICADO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que a quantidade de entorpecente apreendida - 34 Kg de maconha - demonstra que o paciente não é traficante ocasional, não incide a causa especial de diminuição de pena, 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*.

2. Negado o pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, resta prejudicado o pleito de alteração do regime inicial para o aberto.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosas.

Na espécie, eis o que consignou a Corte de origem acerca do tema:

A pretensão ministerial afeta ao afastamento do benefício do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, reconhecido em favor de Emerson, reveste-se de pertinência, sobretudo diante da quantidade exorbitante de droga 34 (trinta e quatro) quilos de maconha que ele transportava na ocasião em que foi preso, o que evidentemente corrobora a compreensão de que **o agente não pode ser qualificado como traficante ocasional** (fl. 79) (grifou-se).

Verifica-se que a Corte de origem negou a aplicação da referida benesse por entender, com arrimo em elementos concretos dos autos, que o paciente não se tratava de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traficante ocasional, dedicando-se à atividade criminosa do tráfico de drogas com habitualidade.

Tal conclusão, como é cediço, não pode ser revista sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na espécie, o v. acórdão atacado afastou a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, afirmando, expressamente, que o paciente se dedica a atividade criminosa. Para se infirmar tal assertiva, seria necessário o revolvimento probatório, o que não é possível na via cognitiva do habeas corpus (Precedentes).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, ostentando condições judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena. Impossibilidade, portanto, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 305.713/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE RECURSO PRÓPRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada à paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que foram apontados elementos concretos que indicaram a dedicação da acusada a atividades criminosas. As instâncias ordinárias mencionaram a variedade e a grande quantidade de drogas apreendidas, a existência de fortes indícios de ligação da acusada com o grupo criminoso conhecido como o Primeiro Comando da Capital (PCC), a apreensão de diversos elementos diretamente relacionados ao tráfico de drogas, a ausência de comprovação de exercício de atividade lícita.

3. Para se afastar a conclusão de que a paciente não se dedicava a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. No caso, o juiz sentenciante determinou a imposição do regime inicial fechado, sem apontar nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidenciasse a necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso de execução.

6. Transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar o caso em exame, aferindo a eventual possibilidade de, com base nas particularidades do caso concreto, fixar à acusada regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

7. Mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado e determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

(HC 277.140/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014)

No mais, negado o pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, resta prejudicado o pleito de alteração do regime inicial para o aberto.

Tem-se, assim, que a irresignação não merece prosperar.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0252015-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 372.548 / SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028651120158240039 20150871663 28651120158240039 82015000859492

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MAURICIO MARCOS RIBEIRO E OUTRO
ADVOGADO	: MAURÍCIO MARCOS RIBEIRO E OUTRO(S) - SC032560
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: EMERSON CARDOSO (PRESO)
CORRÉU	: JONATAS ALBERTO LUCIO
CORRÉU	: RONALDO TAVARES

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, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.