



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.594 - MG (2010/0197188-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CLAUDIO VINICIO DOS SANTOS BATISTA
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CLAUDIO VINICIO DOS SANTOS BATISTA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, necessário o preenchimento de todas as condições elencadas na lei, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

2. Não há constrangimento ilegal na não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, quando evidenciado pelas circunstâncias em que se deram a prisão que o réu dedicava-se a atividades criminosas.

3. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

DOSIMETRIA. ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. ENVOLVIMENTO DE MENOR. RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Destacando a Corte impetrada a presença de elementos suficientes e concretos a demonstrar o envolvimento de adolescente na prática do crime de tráfico de drogas imputado ao paciente, devidamente justificada a aplicação do previsto no art. 40, VI, da Lei Antitóxicos.

2. Para concluir-se pela ausência de envolvimento de menor na traficância atribuída ao condenado, necessário o exame aprofundado do elenco de provas, providência vedada no *habeas corpus*.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E IMPOSIÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIOS OBJETIVAMENTE INVIÁVEIS. PREJUDICIALIDADE DO *MANDAMUS* NESSES PONTOS.

1. Ausente ilegalidade na aplicação da pena do paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos e o estabelecimento do regime aberto para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviáveis na hipótese, de acordo com os arts. 44, I, e 33, § 2º, c, ambos do CP.

2. Ordem denegada, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e à imposição do regime aberto para o início do resgate da sanção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e à imposição do regime aberto para o início do resgate da sanção. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.594 - MG (2010/0197188-9)

IMPETRANTE : CLAUDIO VINICIO DOS SANTOS BATISTA
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CLAUDIO VINICIO DOS SANTOS BATISTA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de CLAUDIO VINICIO DOS SANTOS BATISTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que negou provimento à Apelação Criminal n.º 1.0024.08.990514-5/001, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à reprimenda de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n.º 11.343/06.

A impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Tribunal impetrado não poderia ter afastado a incidência da minorante inculpada no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, tendo que vista que o paciente é primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades delituosas e tampouco integra qualquer organização criminosa.

Aduz que *"registrar notas desabonadoras, sem processos transitados em julgado, não é motivo suficiente pra lhe ser negado o benefício do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 e da substituição da pena a despeito de possuir antecedentes criminais"* (fls. 13).

Assevera que com a incidência da minorante, o delito em questão perderia ser caráter de hediondo e a pena imposta ao paciente não seria superior a quatro anos, preenchendo, portanto os requisitos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e para a imposição do regime inicial aberto.

Afirma que não ficou provada satisfatoriamente a participação do menor ou adolescente no tráfico em que condenado o paciente, salientando que "referido menor só foi colocado no bojo dos fatos pela polícia na tentativa de agravar a situação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do réu, nada mais" (fls. 14), devendo ser afastada a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06.

Requer, assim, a concessão da ordem constitucional, para que seja aplicada em favor do paciente a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, decotada a majorante prevista no art. 40, VI, da mesma lei, determinada a substituição da sanção reclusiva por penas alternativas e fixado o regime inicial aberto.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.594 - MG (2010/0197188-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeira instância, à sanção de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 25-2-2008, conforme consta da exordial acusatória:

O denunciado Cláudio, ao avistar os policiais militares, dispensou algo no chão, sendo tal objeto posteriormente apreendido pelos milicianos, tratando-se de 01 (um) invólucro contendo certa quantidade de substância semelhante à cocaína, sob a forma de seu subproduto crack, conforme descrito no laudo de constatação preliminar de drogas às fl. 21.

Durante busca pessoal no adolescente M. M. de S., foram arrecadados em seu poder 01 (um) invólucro contendo certa quantidade de substância semelhante à cocaína, sob a forma de seu subproduto crack, conforme descrito no laudo de constatação preliminar de drogas às fls. 21, bem como a quantidade de R\$ 5,00 (cinco reais) em dinheiro e 01 (uma) arma de fogo, marca Taurus, calibre 38, com 05 (cinco) munições calibre 38, a qual encontrava-se na cintura do adolescente M. M. de S.

O menor M. M. de S. Informou aos policiais militares que a propriedade do revólver era do denunciado Cláudio, alegando, ainda, ter recebido a supracitada substância do mesmo, a fim de ser, posteriormente, vendida nas proximidades da região da "Chácara", no aglomerado do Cafezal. (fls. 15-16)

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso, mantida, na íntegra, a sentença condenatória.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, o sentenciante assim se manifestou:

Ressalta-se que o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 prevê uma causa especial de diminuição de pena. Entretanto, sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação se restringe ao preenchimento de certos requisitos, tais como, a primariedade, bons antecedentes, não se dedicar o réu à atividade criminosa e nem integrar organização.

*Contudo, no presente caso, tenho que o réu, apesar de ser primário, **já vinha se dedicando à prática criminosa**, tendo em vista que era conhecido no meio em que vive como traficante de drogas, além de não juntar aos autos quaisquer comprovantes de atividade laboral lícita. Além disso, o réu estava, ainda que de forma eventual, associado com menor inimputável para a prática do delito, não sendo então, aconselhável a aplicação do benefício. (fls. 38)*

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o édito condenatório considerando o seguinte:

Acompanho o voto do Em. Des. Relator no que tange à não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, contudo, com fundamento diverso.

Isso porque, verifico, pela CAC de fls. 85/86, que o apelante não ostenta maus antecedentes, porquanto não possui nenhuma condenação com trânsito em julgado, conforme inclusive, reconhecido pelo Nobre Juiz Sentenciante.

Ora, os maus antecedentes estarão configurados quando o réu registrar condenação por crime anterior, sendo necessário o trânsito em julgado da decisão, excluindo os casos de reincidência. Certo é que dessa forma se respeita o princípio da não culpabilidade uma vez que, não sendo a decisão definitiva, ou seja, faltando o trânsito em julgado, ela pode ser alterada, existindo a possibilidade do réu ser absolvido em instância superior.

[...]

Assim, apontamentos em inquérito policial e processos em andamento não podem servir para macular os antecedentes do réu.

*Porém, a despeito de não possuir maus antecedentes, verifico **pelas provas carreadas aos autos e em consonância com o exposto na r. Sentença combatida, que o apelante se dedica às atividades criminosas.***

*Os policiais ouvidos em juízo confirmaram que o apelante é conhecido no meio policial em razão de seu envolvimento no mundo do tráfico, afirmando que ele é pessoa temida apontando-o, inclusive, como autor de diversos homicídios. **Comprovada está, pois, a sua dedicação às atividades criminosas.** (fls. 96/98 - destacamos)*

E assim, decidindo, não se pode acoimar de ilegal o aresto impetrado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois infere-se que o Tribunal a quo deixou de aplicar o redutor sob o entendimento de que o paciente não se cuidava de traficante ocasional, haja vista a existência de provas nos autos indicando atividade organizada para a prática do narcotráfico, dada a participação de menor no ilícito, o qual foi surpreendido ainda portando ilegalmente arma de fogo, circunstâncias que, somadas, autorizam a conclusão de que se dedicava a atividades criminosas.

E, como já se decidiu:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PENA DEFINITIVA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O RÉU. PACIENTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS, SEGUNDO RECONHECIDO PELO JUIZ DA VEC. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Tal dispositivo faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

3. No caso concreto, sua aplicação se mostra inviável, uma vez reconhecido, pelo Juiz da VEC, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tanto assim que foi surpreendido com razoável quantidade de droga (20 pedras de crack e uma porção de maconha), que era comercializada por adolescentes, denotando atuação verdadeiramente organizada para a mercancia ilícita.

4. Conclusão diversa demandaria o revolvimento de fatos e provas, providência vedada em sede de Habeas Corpus, que possui rito célere e pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes.

5. Parecer do MPF pela concessão do writ.

6. Ordem denegada, no entanto.

(HC 149.526/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destacamos)

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PENA CONCRETIZADA: 8 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. APREENSÃO DE 1.55 KG DE COCAÍNA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ATENUAÇÃO DA PENA PELA CONFISSÃO. INVIABILIDADE ANTE A AFIRMAÇÃO DE POSSE DE SACOLA ONDE FOI LOCALIZADA A SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, PORÉM DESCONHECIMENTO DE SEU CONTEÚDO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. Na hipótese, inviável a aplicação do redutor do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06 no caso concreto, pois, apesar da primariedade do acusado, há dedicação à atividade criminosa como impedimento à pretensão redutiva, consoante afirmado pelo douto sentenciante.

[...]

4. Ordem denegada, em consonância com parecer ministerial." (HC n.º 139.635/SP, QUINTA TURMA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 29-10-2009, DJe 30-11-2009). (Grifos próprios)

Desta forma, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçaram a sua incidência *in casu*, e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o paciente efetivamente se dedicaria ou não a atividades criminosas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44, 59 E 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL.

[...]

4. Não há constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus quando a instância ordinária entende que o acusado não preenche os requisitos necessários para a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, uma vez que incabível na via eleita a dilação probatória que se faz necessária para reconhecer a presença da condição subjetiva exigida e que o condenado não se dedica à atividade ou integra organização criminosa.

[...]

7. Habeas corpus denegado" (HC n.º 73.652/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 3-4-2008 - grifamos)

No que diz respeito ao almejado afastamento da causa especial de aumento prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/06, melhor sorte não socorre a impetrante.

Com efeito, dispõe o mencionado dispositivo legal que, *verbis*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

In casu, a Corte impetrada consignou que "a prática delitiva, como devidamente comprovado e exposto acima, envolvia sim, opostamente ao que sugere a defesa, o adolescente M.M.S., este que tem a menoridade comprovado pela Certidão de Nascimento colacionada às fls. 83" (fls. 66/67), acrescentando ainda que:

Aliás, patente que o menor foi aliciado exatamente para obnubilar o seu parceiro na propriedade da droga, tanto que assumiu a propriedade do material ilícito apreendido, o que, aliás, tem sido a estratégia usualmente realizada pelo tráfico para tentar subtrair a resposta penal. (fls. 67)

Assim, verifica-se que a Corte de origem destacou que se encontram presentes nos autos elementos suficientes e concretos a demonstrar o envolvimento de adolescente na prática do crime de tráfico de drogas imputado ao paciente e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, que o condenado não teria induzido, instigado, convidado ou mesmo convocado menor para realizar o comércio ilícito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estupefacientes que lhe foi atribuído, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Desta feita, encontrando-se devidamente justificada a aplicação do previsto no art. 40, VI, da Lei Antitóxicos, não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita.

Mantida a reprimenda do paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos e o estabelecimento do regime aberto para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviáveis na hipótese, de acordo com os arts. 44, I, e 33, § 2º, c, ambos do CP.

Ante o exposto, denega-se a ordem, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e à imposição do regime aberto para o início do resgate da sanção.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0197188-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 188.594 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024089905145 24089905145

EM MESA

JULGADO: 25/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLAUDIO VINICIO DOS SANTOS BATISTA
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CLAUDIO VINICIO DOS SANTOS BATISTA

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e à imposição do regime aberto para o início do resgate da sanção."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.