



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 387.622 - SP (2017/0025184-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : VICTOR HUGO ALMEIDA DA SILVA (PRESO)
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO MAMORU UENO E OUTRO(S) - SP340173

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso levaram à conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas.

REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS QUE JUSTIFICAM O MODO MAIS GRAVOSO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Fixada a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, diante da quantidade e variedade das drogas apreendidas, correto o estabelecimento do regime inicial mais gravoso, no caso o fechado, nos termos dos artigos, 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 06 de junho de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 387.622 - SP (2017/0025184-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : VICTOR HUGO ALMEIDA DA SILVA (PRESO)
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO MAMORU UENO E OUTRO(S) - SP340173

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por VICTOR HUGO ALMEIDA DA SILVA contra decisão que não conheceu do *habeas corpus*, por não se verificar ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior.

Sustenta o agravante que o *decisum* deveria ser reformado, porquanto, o *habeas corpus* seria meio idôneo para sanar a apontada ilegalidade a que estaria submetido.

Alega que faria jus à incidência da causa especial de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, em razão do preenchimento dos requisitos legalmente previstos e, com o consequente redimensionamento da reprimenda, ao regime prisional mais brando.

Requer, assim, o provimento do agravo para que seja reduzida a pena e alterado o modo inicial de execução.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 387.622 - SP (2017/0025184-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Na hipótese, não se conheceu do *habeas corpus*, por não se verificar ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Irresignados, MPF e defesa interpuseram recurso de apelação perante a Corte estadual, a qual deu parcial provimento ao recurso ministerial para redimensionar sua reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão, e pagamento de 583 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

Impetrou-se *habeas corpus* contra o aludido acórdão, pleiteando a sua reforma e, por conseguinte, a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas e a alteração do regime inicial para o aberto.

Posteriormente, em decisão monocrática, o *mandamus*, não foi conhecido:

"No caso dos autos, a Corte a quo, ressaltando a dedicação a criminalidade - revelada pela grande quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos - 145 g de cocaína, dividida em 246 eppendorfs, 121 g de crack, particionado em 281 porções, 363 g de cocaína à granel, distribuída em 2 sacos plásticos e 2 tijolos de maconha, pesando 939 g -, mantida em depósito especialmente destinado a guarda de produto do crime, do qual tinha as chaves (e-STJ fls. 30/32), afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena, haja vista o não preenchimento dos requisitos legais.

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu 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 rechaçou a sua incidência in casu, sendo de relevo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destacar que concluir em sentido contrário demandaria reexame aprofundado de provas, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

[...]

No que tange ao regime inicial, cumpre salientar que, a teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, sua escolha não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da reprimenda corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto, especialmente o contido no art. 59 do CP.

Assim, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que deixou de fixar o regime semiaberto, pois, embora a reprimenda tenha sido definitivamente estabelecida em 5 anos de reclusão, constata-se a existência de circunstância judicial desfavorável, tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal - 6 anos de reclusão (fls. 36), o que justifica a imposição do modo prisional mais gravoso."(e-STJ fls. 122/127)

No que concerne ao afastamento da minorante, conforme destacado na decisão agravada, deve-se esclarecer que, o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; **c) não se dedique às atividades criminosas;** e d) não integre organização criminosa.

In casu, verifica-se que o Tribunal *a quo*, entendendo que o agravante se dedicaria a atividades ilícitas, afastou a incidência da causa especial de diminuição de pena, haja vista a ausência de preenchimento dos requisitos legais, conforme se nota da leitura do seguinte trecho do aresto impugnado, a saber:

"[...] entendo que deve ser afastado o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, visto que o réu guardava grande quantidade e variedade de entorpecentes como cocaína, crack e maconha, substâncias de alta nocividade, o que afasta a figura do pequeno traficante. Além disso, o réu não comprovou ocupação lícita, ônus que lhes competia, de modo que tudo indica a dedicação às atividades criminosas, fazendo do crime seu meio de vida." (e-STJ fl. 37)

Desse modo, pelo cotejo dos elementos que instruíram os autos, a Corte de origem decidiu pela não aplicação do redutor ao recorrente, por entender que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedicava a atividades delituosas, em estrito acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, sendo tal justificativa suficiente para impedir a redução na pena.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRECEDENTES. PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREJUDICADOS.

[...]

2. Nos termos do disposto no 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 às atividades criminosas nem integre organização criminosa. A razão de ser do chamado tráfico privilegiado consiste em punir com menor rigor o "traficante de primeira viagem", vale dizer, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida.

3. Na hipótese, a Corte de origem deixou de reconhecer a minorante em virtude da existência de prova testemunhal e documental a demonstrar que o acusado dedica-se à atividade criminosa, não se tratando de traficante eventual, razão pela qual manteve a conclusão do Juízo sentenciante quanto ao não preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que constitui fundamentação idônea para a não aplicação da benesse. Ademais, a desconstituição do entendimento lançado pelos juízos ordinários, no ponto, ensejaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

4. Não reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas), ficam prejudicados os pedidos de fixação de regime inicial aberto de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 346.518/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CRITÉRIO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. CRITÉRIO IDÔNEO. SURSIS. QUANTIDADE DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou, motivadamente, o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico ilícito de drogas, não só pela quantidade e pela natureza da droga apreendida, mas também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto.

6. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC 321.613/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016)

Por fim, no tocante ao pleitos de alteração do regime inicial de cumprimento da pena, não há que se falar em ilegalidade no caso, tendo em vista que fixada a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, diante da quantidade e variedade do entorpecente apreendido, correto o estabelecimento do regime inicial mais gravoso, no caso, o fechado, nos termos dos artigos, 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N.º 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N.º 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há falar em nulidade em razão da ocorrência do interrogatório como primeiro ato da audiência de instrução e julgamento. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinário, sumário e sumaríssimo -, no especial rito da Lei n.º 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.

2. Embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, é de ver que a incidência da atenuante da menoridade relativa reduziu o quantum de pena ao seu mínimo (5 anos de reclusão). Assim, verifica-se que as providências ora pleiteadas, de redução da pena-base e reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, seriam inócuas, no caso em testilha, em razão da incidência da Súmula n.º 231 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, 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.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas - 23 invólucros de maconha, 87 invólucros de crack, 41 invólucros de cocaína e 19 frascos de lança-perfume (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus denegado.

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 08/05/2017)

Ante o exposto, não havendo ilegalidade a ser sanada, de ofício, por este Colegiado Superior, **nega-se provimento ao agravo regimental.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0025184-2

AgRg no
HC 387.622 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00205512620158260050 205512620158260050 5042015

EM MESA

JULGADO: 06/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RICARDO MAMORU VENO E OUTRO
ADVOGADO : RICARDO MAMORU UENO E OUTRO(S) - SP340173
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR HUGO ALMEIDA 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 : VICTOR HUGO ALMEIDA DA SILVA (PRESO)
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO MAMORU UENO E OUTRO(S) - SP340173

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.