



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.931 - SP (2016/0200207-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : CARLOS JOEL MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KEVIN MIRANDA SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. ENVOLVIMENTO COM TRÁFICO ORGANIZADO. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, possuía envolvimento com o tráfico organizado e fazia do comércio de drogas o seu meio de vida, 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. *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, 06 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.931 - SP (2016/0200207-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : CARLOS JOEL MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KEVIN MIRANDA SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de KEVIN MIRANDA SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Crime nº 0081945-05.2013.8.26.0050).

Segundo colhe-se dos autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, pela prática do crime descrito no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Irresignados, o Ministério Público e a defesa interuseram recursos de apelação, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso do ora paciente e dado provimento ao apelo ministerial para, afastada a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, condenar o paciente às penas de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, nos seguintes termos:

(...)

As reprimendas, em relação ao réu Kevin, foram individualizadas e devidamente justificadas, comportando, no entanto, alguns reparos, consoante postulado no recurso interposto pelo Ministério Público.

Na primeira fase do cálculo, verifica-se que as penas básicas foram fixadas na fração de 1/6 (um sexto) acima dos patamares mínimos cominados à espécie, conforme o pleito ministerial, ao argumento de que grande número de pessoas e famílias seriam afetadas em razão da conduta do réu. Todavia, a meu aviso as sanções devem retornar ao patamar mínimo, uma vez que os elementos inerentes ao próprio tipo penal, assim como a opinião do Juiz sobre o desvalor em abstrato da figura penal, em particular acerca dos efeitos nefastos que o crime de tráfico acarreta à sociedade, não se prestam para exasperar a pena na primeira fase do cálculo dosimétrico.

E, com o retorno da pena-base ao mínimo legal, não é possível a aplicação das circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa (fls. 08 e 143), consideradas pela MMA. Juíza sentenciante em favor do acusado Kevin, pois tais atenuantes não têm o condão de trazer a pena para aquém do mínimo legal, consoante orientação constante na Súmula nº 231 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Na última etapa do cálculo, assiste razão à combativa Promotora de Justiça, posto que a redução das penas operada pela culta Magistrada sentenciante, na fração máxima de 2/3 (dois terços), não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder subsistir. Nessa seara, anoto que a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não poderia ser aplicada no caso em tela, haja vista que tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de "primeira viagem", e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do acusado, surpreendido com grande quantidade de maconha em sua residência, uma parte fracionada em porções individuais e prontas para a comercialização, não sendo razoável pensar que alguém que esteja iniciando nesse hediondo comércio traga consigo tamanha quantidade de droga e uma balança de precisão (cf. fls. 15/16). Registre-se, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena e, no caso vertente, o réu Kevin, conquanto primário, demonstra acentuada periculosidade, na medida em que na medida em que tinha em depósito grande quantidade de entorpecentes (repita-se: 826,0g de maconha). Releva notar, ainda, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, "caput", sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos autos.

Destarte, as reprimendas definitivas do réu Kevin ficam redimensionadas para 05 (cinco) anos de reclusão, com pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso mínimo.

(...)

Para que não fique sem registro, a despeito da atual orientação jurisprudencial emanada do Excelso Pretório, acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de tráfico de drogas, no caso em tela o *quantum* da pena aplicada traduz impedimento à concessão do benefício, ausente, pois, o requisito objetivo previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Por derradeiro, impõe-se o acolhimento do pleito secundário do Ministério Público, para o fim de fixar o regime inicial fechado para desconto da reprimenda, em relação a ambos acusados. De fato, a fixação do regime inicial fechado, na hipótese dos autos, é o que convém, efetivamente, para coibir a infração praticada pelo réu, sendo imperioso observar que as circunstâncias do caso concreto, bem analisadas nos autos, não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso (art. 33, § 3º, do CP), prejudicado, nessa parte, o recurso defensivo do réu Kevin. A propósito, consoante orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, "(...) A verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006)" (HC nº 193.057/SP, Relator o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 29/9/2011).

Daí o presente *mandamus*, em que pleiteia o impetrante, liminarmente e no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mérito, o restabelecimento da sentença na parte que aplicou ao paciente a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

A liminar foi indeferida à fl. 19.

Foram prestadas informações às fls. 23/36.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Xavier Pinheiro Filho, pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.931 - SP (2016/0200207-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA. ENVOLVIMENTO COM TRÁFICO ORGANIZADO. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, possuía envolvimento com o tráfico organizado e fazia do comércio de drogas o seu meio de vida, 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. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

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 criminosa.

Na espécie, verifica-se que o Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, afastou a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas, possuía envolvimento com o tráfico organizado e fazia do comércio de drogas o seu meio de vida. Confira-se (fl. 34):

Na última etapa do cálculo, assiste razão à combativa Promotora de Justiça, posto que a redução das penas operada pela culta Magistrada sentenciante, na fração máxima de 2/3 (dois terços), não poder subsistir. **Nessa seara, anoto que a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4o, da Lei nº 11.343/2006, não poderia ser aplicada no caso em tela, haja vista que tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de "primeira viagem", e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do acusado, surpreendido com grande**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de maconha em sua residência, uma parte fracionada em porções individuais e prontas para a comercialização, não sendo razoável pensar que alguém que esteja iniciando nesse hediondo comércio traga consigo tamanha quantidade de droga e uma balança de precisão (cf. fls. 15/16). Registre-se, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena e, **no caso vertente, o réu Kevin, conquanto primário, demonstra acentuada periculosidade, na medida em que na medida em que tinha em depósito grande quantidade de entorpecentes (repita-se: 826,0g de maconha)**. Releva notar, ainda, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, "caput", sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos autos.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, 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. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.
INVIABILIDADE. (...)

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, 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*.

(...)

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do *habeas corpus*. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do *habeas corpus* para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0200207-7

HC 364.931 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00819450520138260050 160613 16062013 819450520138260050

EM MESA

JULGADO: 06/09/2016

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. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS JOEL MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KEVIN MIRANDA SANTOS (PRESO)
CORRÉU : PAULO HENRIQUE NOBRES DA SILVA

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.