



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.538 - SC (2015/0304631-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SILVESTRE MACHADO MENDES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique às atividades delituosas nem integre organização criminosa.

3. O fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 está em consonância com o entendimento desta Corte, eis que escorado nas circunstâncias do delito e sobretudo na grande quantidade e variedade de drogas apreendidas (8,45g de "maconha", 554,52g de "crack" e 35,66g de "cocaína"), que pressupõe a dedicação do paciente à atividade criminosa.

4. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do apenado à atividade criminosa constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 14 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.538 - SC (2015/0304631-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SILVESTRE MACHADO MENDES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de SILVESTRE MACHADO MENDES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos autos da Apelação Criminal n. 0003329-92.2015.8.24.0020.

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), tendo absolvido o paciente quanto à imputação prevista no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público apelaram, em que o Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento aos recursos. Eis a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE E A INCOLUMIDADE PÚBLICAS. TRÁFICO (ART. 33 DA LEI 11.343/06) E POSSE ILEGAL DE ACESSÓRIO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI 10.826/03). APREENSÃO NA RESIDÊNCIA DO AGENTE DE 8,8G DE "MACONHA", 35,8G DE "COCAÍNA", 554.52G DE "CRACK" E 01 (UM) SILENCIADOR ARTESANAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO E ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE POSSE ILEGAL DE ACESSÓRIO DE USO RESTRITO. RECURSOS DE DEFESA E ACUSAÇÃO.

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DEFENSIVO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. CONFISSÃO NA FASE INDICIARIA QUE, EMBORA RETRATADA EM JUÍZO, VEM CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. APREENSÃO DE APETRECHOS LIGADOS AO NARCOTRÁFICO (BALANÇA DE PRECISÃO E CADERNO DE CONTABILIDADE DA VENDA DE ENTORPECENTES). OUTROSSIM, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA INCOMPATÍVEL COM O USO PESSOAL. CONDENAÇÃO MANTIDA.

APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE CONFESSOU, NA FASE POLICIAL, EXERCER O TRÁFICO HÁ 02 (DOIS) MESES. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA QUE DENOTAM DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRETENSÃO AFASTADA, COM PREJUÍZO AOS DEMAIS PEDIDOS.

CRIME DE POSSE ILEGAL DE ACESSÓRIO DE USO RESTRITO. PUGNADA A CONDENAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVAM A FUNCIONALIDADE DO SUPOSTO SILENCIADOR ARTESANALMENTE PRODUZIDO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS (fl. 129).

No presente *writ*, sustenta-se a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente, uma vez que as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, na terceira fase da dosimetria, sob o argumento de não estar comprovado pelo paciente o preenchimento dos requisitos para a obtenção do direito. Aduz que a fundamentação de envolvimento do paciente com o narcotráfico não constitui motivação idônea para justificar o afastamento da redutora, eis que elementar do tipo penal.

Assevera que o Paciente é tecnicamente primário, possui bons antecedentes, não integra organização criminosa, sendo discutida apenas a suposta dedicação às atividades criminosas.

Desse modo, requer a concessão da ordem para anular o acórdão do Tribunal de origem, reconhecendo a figura do tráfico privilegiado previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 50/51).

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 59/93 e 97/138).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 145/147).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 343.538 - SC (2015/0304631-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Da leitura dos autos, verifica-se que o Magistrado de piso, ao dosar a reprimenda imposta ao paciente, fixou a pena-base no mínimo legal, afastando a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Na ocasião foi aplicada a pena total de 5 (cinco) anos de reclusão, fixado o regime prisional semiaberto.

O Tribunal de origem, apreciando os recursos da defesa e do Ministério Público, negou provimento aos apelos e reiterou os fundamentos lançados pelo Juízo de primeiro grau para afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Transcrevo, no ponto, o seguinte excerto do acórdão impugnado:

[...]

2.1 Do tráfico privilegiado (art. 33, §4º da Lei 11.343/06)

Como pretensão subsidiária, o apelante requer o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, e a aplicação da fração em seu patamar máximo.

O Magistrado singular afastou fundamentadamente o privilégio (fl. 231):

Compulsando os autos, vejo que o acusado não faz jus à redução da pena, muito embora se trate de réu primário e que não registra antecedentes criminais. Isso porque as circunstância do delito e tanto a **natureza quanto a quantidade da droga demonstram que fazia do tráfico de drogas verdadeiro meio de vida.**

Nesse panorama, noto que Silvestre em nenhum momento comprovou o exercício de qualquer atividade lícita à época da prisão, o que somado à apreensão de **mais de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meio quilo de crack e quase 150 gramas de cocaína, demonstram que o acusado não se enquadra no perfil de traficante eventual ou de primeira viagem. Isso porque a quantidade deixa a evidenciar o envolvimento intenso do acusado com o comércio espúrio, seja pelo poderio financeiro em adquirir tão expressiva quantidade de drogas, seja também quantidade e variedade da droga apreendida em seu poder é demonstrativa, por si só, da dedicação do réu ao tráfico, já que lhe permitiria atender uma gama considerável de consumidores e elevados ganhos financeiros.

Assim, "A comprovação da dedicação do acusado a atividades criminosas obsta a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06". (TJSC, Apelação Criminal n.º 2014.085417-6, de Lages, rei. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 21-05-2015). A decisão apresenta-se irretocável.

Consoante disposição legal expressa, para a redução da pena pleiteada é necessário que "o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06).

No caso concreto, **foram apreendidos em poder do apelante grande variedade e expressiva quantidade de droga, consistente em 8,45g de "maconha", 554,52g de "crack" e 35,66g de "cocaína".**

Ademais, Silvestre admitiu ter dispendido R\$ 3.000,00 (três mil reais) na compra dos entorpecentes e não comprovou possuir fonte de renda lícita.

Somado a essas circunstâncias, destaca-se que o próprio apelante afirmou na fase policial que **"estava traficando nos últimos dois meses"**.

Nesse cenário, constata-se que **os elementos demonstram de forma inequívoca que o agente se dedicava à atividade criminosa**, mormente porque fazia do tráfico seu meio de vida, não se tratando, o caso em apreço, de uma prática criminosa ocasional, como pretende fazer crer a defesa.

[...]

Assim, sendo inaplicável o benefício requerido, tornam-se prejudicados os pedidos sucessivos de fixação de regime aberto e substituição da pena, uma vez que mantido o quantum da pena (fls. 136/137).

Da análise do trecho acima transcrito, verifica-se que o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, qual seja, a dedicação do paciente às atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela grande



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade e variedade de droga apreendida (8,45g de "maconha", 554,52g de "crack" e 35,66g de "cocaína"), está em consonância com o entendimento desta Corte.

Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, conforme consignado as instâncias ordinárias entenderam pela inaplicabilidade do dispositivo, porquanto a quantidade das drogas apreendidas, bem como as circunstâncias do delito, fazem presumir a dedicação do paciente à atividade criminosa.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA.

[...]

TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO PRIVILEGIADO. PREJUDICIALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza do entorpecente apreendido constituem elementos que denotam a dedicação do réu a atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

2. Delimitado pelo Tribunal de origem que o acusado foi flagrado transportando 17kg de maconha, o reconhecimento da sua dedicação a atividades criminosas não enseja o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

3. Afastada a incidência do §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, resta prejudicada a análise da questão referente ao caráter hediondo do tráfico privilegiado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1445238/MS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 13/10/2015).

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. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

[...]

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 02/02/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, o Juiz sentenciante, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na variedade e natureza das drogas apreendidas - 22 pinos de cocaína (15g) e 26 papérolas de maconha (51,8g) -, o que não se mostra desproporcional.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido (HC 296.067/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, a reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. *Habeas corpus* denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0304631-2

HC 343.538 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00033299220158240020 20150664518 33299220158240020

EM MESA

JULGADO: 14/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: SILVESTRE MACHADO MENDES (PRESO)

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, não conheceu do pedido."

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