



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.909 - SP (2012/0116765-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON CARLOS DE FREITAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que não preenchidos os requisitos legais para obtenção da benesse e não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito e considerações vagas. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. No caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o MM Juízo das Execuções Criminais competente aplique o regime de cumprimento de pena adequado.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de junho de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.909 - SP (2012/0116765-0)

IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON CARLOS DE FREITAS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFERSON CARLOS DE FREITAS, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os autos que Paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa. Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal de origem, que por sua vez, negou provimento ao recurso.

Requer-se, na presente impetração, em suma, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33. § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, à razão de 2/3, seja a pena iniciada em regime prisional menos gravoso, e que a pena privativa de liberdade seja substituída por reprimendas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 40/41.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as judiciosas informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 49/51, opinando pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.909 - SP (2012/0116765-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que não preenchidos os requisitos legais para obtenção da benesse e não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito e considerações vagas. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. No caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o MM Juízo das Execuções Criminais competente aplique o regime de cumprimento de pena adequado.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

No caso dos autos, o Paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, nos seguintes termos:

"ISSO POSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação e CONDENO JEFERSON CARLOS DE FREITAS, qualificado nos autos, por infração ao artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06; e ao artigo 307 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, ambos c/c artigo 69, "caput", deste mesmo diploma legal, já que autônomas as infrações.

Passo à individualização das penas do réu condenado, ou seja, Jeferson Carlos de Freitas:

Jeferson, ao que se verifica da certidão de fls. 99, é primário, pois não definitiva a condenação que foi imposta pelo 4º Tribunal do Júri desta Capital.

De rigor, pois, o apenamento mínimo.

Fica, ele, desta forma, pela prática do crime previsto no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, apenado com 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso legal.

Com o registro de que a pena pecuniária, no patamar fixado em lei, não fere a Constituição Federal, pois se trata de opção legislativa – não vedada pela Carta Magna – em desfavor de autores do grave delito de tráfico de drogas, que se vêem apenados mais duramente, inclusive sob a ótica patrimonial.

A redução das penas, porém, como bem anotado pelo Ministério Público, é incabível, pois tinha, o condenado, em seu poder, para fins de comércio, expressiva quantidade de variados entorpecentes, a revelar comprometimento com organização criminosa, não se tratando, portanto, de traficante ocasional.

Quanto ao crime de falsidade ideológica, fica fixada a pena definitiva em 10 (dez) dias-multa, no piso legal, à vista da primariedade do condenado e de sua relativa confissão.

O regime prisional inicial será o fechado, pois praticado gravíssimo delito, que intranquiliza a paz social, além do que totalmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, mostrando-se, desta forma, o mais adequado à espécie, observada, contudo, em sede de execução, o direito a progressão de regime, pois tem aplicação a Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, que alterou a Lei nº 8.078/90 e permitiu a progressão de regime nos denominados crimes hediondos e equiparados.

Preso em flagrante delito e mantida a custódia no curso do processo, o sentenciado Jeferson Carlos de Freitas não poderá recorrer em liberdade, pois com maior razão agora se justifica sua permanência na prisão, porquanto íntegros os motivos ensejadores da segregação cautelar iniciada com o flagrante." (fls. 17/18)

Busca-se, no presente writ, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo; a fixação do regime inicial semiaberto; e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O Tribunal de origem negou ao Paciente a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, mediante a seguinte fundamentação, *ad litteram*:

"Verifica-se, ainda, ser de todo inviável a aplicação do art. 33, § 40, da Lei n. 11.343/06, não havendo se falar na possibilidade legal de diminuição da pena. Com efeito, a enorme quantidade de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidas, evidenciando não se tratar de traficante ocasional, inviabiliza a aplicação do redutor da pena, exatamente como constou na r. sentença." (Fl. 82)

Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Deste modo, afigura-se não ser possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do Paciente à atividade criminosa, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é cabível na via estreita do writ. No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada." (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.

2. **Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.**

3. **A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.**

4. *Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver.*" (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008; sem grifo no original.)

De outra parte, no que diz respeito ao regime inicial de cumprimento de pena, a sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal de origem, estabeleceu o fechado, alegando que foi *"praticado gravíssimo delito, que intranquiliza a paz social, além do que **totalmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais**".*

Contudo, verifica-se que houve um equívoco do MM Juízo processante, porque ao fixar a pena-base, não valorou nenhuma circunstância judicial desfavoravelmente e, uma vez fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Desta forma, ambas fundamentações que justificavam o regime prisional estabelecido não são idôneas, evidenciando constrangimento ilegal no ponto.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I, II e V, CP). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, CONFIRMATÓRIO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO, COM FUNDAMENTO NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO RÉU E NA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. POSSIBILIDADE. ARTS. 59, III, E 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

V. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito" (HC 55.364/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJU de 09/04/2007), podendo configurar-se **"contradição fixar-se a pena-base no mínimo legal, diante da ausência de motivos para a sua exasperação, e, posteriormente, com base em circunstâncias não consideradas na primeira fase da aplicação da pena, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal"** (HC 35.032/SP, Rel. Min. PAULO MEDINA, Sexta Turma, DJU de 14/03/2005).

VI. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (Súmula 440/STJ). Em igual sentido dispõem as Súmulas 718 e 719 do STF.

VII. No caso, a pena-base do paciente foi fixada, pela sentença - mantida pelo acórdão impugnado -, acima do mínimo legal, e, com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, que serviram de fundamento para majorar a pena-base, o Juízo de 1º Grau estabeleceu regime prisional mais gravoso do que o cabível, em razão da sanção imposta - o qual foi mantido, pelo acórdão ora hostilizado -, o que não configura constrangimento ilegal, eis que em consonância com o art. 59, III, c/c art. 33, § 3º, do Código Penal. Além disso, o acórdão impugnado destacou que a consecução do crime deu-se com restrição à liberdade das vítimas, demonstrando-se a gravidade concreta do modus operandi do delito.

VIII. Com efeito, além da violência própria ao tipo penal de roubo, o réu, ora paciente, demonstrou, com a restrição à liberdade das vítimas, maior periculosidade - como destacado pelo acórdão impugnado -, o que se revela fundamento suficiente para a manutenção do regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso. Precedentes.

IX. Regime prisional mais gravoso, estabelecido com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (circunstâncias e consequências do crime), que serviram como fundamento para majorar a pena-base (art. 59, III, c/c art. 33, § 3º, CP).

X. Ordem não conhecida." (HC 202800/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe de 01/10/2012; sem grifo no original.)

Por fim, quanto ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* da pena aplicada.

Ante o exposto, CONCEDO parcialmente a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação, determinar que o MM Juízo das Execuções Criminais competente aplique o regime de cumprimento de pena adequado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0116765-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 244.909 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15922009 4838426120108260000

EM MESA

JULGADO: 25/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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	: RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEFERSON CARLOS DE FREITAS
CORRÉU	: DÉBORA REGINA NASTARI DOS SANTOS
CORRÉU	: LEANDRO DE LIMA SANTOS

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.