



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.332 - SP (2015/0299876-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAILSON TONETTO GAZATTO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. O acórdão impugnado afastou, a partir de dados concretamente extraídos dos autos, a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por entender que o réu se dedica a atividades criminosas. Para concluir de modo diverso, seria necessário amplo reexame do conjunto fático-probatório colacionado aos autos, expediente inviável nesta estreita via processual.
3. Contudo, verifica-se flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, considerando a quantidade de pena imposta 5 (cinco) anos; a primariedade do condenado; o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e a quantidade relativamente pequena da droga apreendida, portanto, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11.343/2006.
4. Ressalte-se não ser cabível, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando-se a quantidade de pena imposta, superior a 4 (quatro) anos, nos termos dos arts. 44, I, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento pena.

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 e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.332 - SP (2015/0299876-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAILSON TONETTO GAZATTO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **DAILSON TONETTO GAZATTO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 5 (cinco) meses, pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 34-39).

Interposta apelação pelo Órgão Ministerial, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso para fixar à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, visto que trazia consigo 4 (quatro) embalagens contendo cocaína (e-STJ, fls. 51-62).

Alega o impetrante a existência de constrangimento ilegal em desfavor do paciente pela não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo e pela imposição de regime mais rigoroso, diante do *quantum* da reprimenda imposta, baseada apenas na gravidade abstrata do delito; e pela negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Razão pela qual, requer a concessão da ordem.

A liminar foi deferida para que o paciente aguarde em regime semiaberto o julgamento deste *habeas corpus*, se, por outro motivo, não estiver preso (e-STJ, fls. 94-95).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem (e-STJ, fls. 111-116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.332 - SP (2015/0299876-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAILSON TONETTO GAZATTO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. O acórdão impugnado afastou, a partir de dados concretamente extraídos dos autos, a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por entender que o réu se dedica a atividades criminosas. Para concluir de modo diverso, seria necessário amplo reexame do conjunto fático-probatório colacionado aos autos, expediente inviável nesta estreita via processual.
3. Contudo, verifica-se flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, considerando a quantidade de pena imposta 5 (cinco) anos; a primariedade do condenado; o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e a quantidade relativamente pequena da droga apreendida, portanto, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11.343/2006.
4. Ressalte-se não ser cabível, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando-se a quantidade de pena imposta, superior a 4 (quatro) anos, nos termos dos arts. 44, I, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Em relação à causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, assim consignou a Corte de origem (e-STJ, fls. 60-61):

"Por fim, na terceira fase, algumas considerações a respeito da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, que assim versa:

'§ 4º Nos delitos definidos no 'caput' e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'.

Para redução da pena, essencial que o réu seja **"primário"**, apresente **"bons antecedentes"**, comprove que **"não se dedique às atividades criminosas"**, assim como, **"nem integre organização criminosa"**.

Evidente que essa causa de redução da pena está reservada àquele que age por um impulso, um desvio, em situação isolada no tráfico de drogas. E mais, os parâmetros para a graduação da redução (1/6 a 2/3) devem ser objetivos e extraídos das diversas circunstâncias que envolvam o caso concreto, podendo variar dentro do seu campo de incidência.

Deve mesmo ser levado em conta que o § 4º do art. 33, tem a sua referência justamente no caráter isolado da conduta realizada, pressupondo mesmo não disponha o réu no seu passado sinais indicativos de que esteja fazendo do crime um meio de vida, atuando com profissionalismo.

Essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder.

Ao julgador compete a análise do impulso, do fator determinante da conduta objetivamente tratada, que lhe permita concluir tratar-se mesmo de caso de um criminoso meramente ocasional, ou mesmo, se vem tomando aquela conduta como estilo de vida, para que possa, não apenas determinar a gradação da redução da pena, como até mesmo o total afastamento da causa de redução.

No caso em apreço, o Apelado não possui registro de processos anteriores por tráfico de drogas, aliás, é primário e não possui maus antecedentes, no entanto o conjunto probatório, em especial as ligações telefônicas interceptadas, evidencia que ele estava fazendo do tráfico um meio de vida, até porque não conseguiu provar a prática de nenhuma atividade lícita, assim não tem direito ao redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006. Assim, torno definitivas as penas."

No caso, a Corte estadual afastou a aplicação da minorante por entender que o acusado se dedica à atividade criminosa, com arrimo nos fatos da causa. Para concluir, de modo diverso, a necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida."

(HC 316.802/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015.)

Contudo, quanto ao regime prisional, o Tribunal local fixou o regime fechado com fundamento na vedação legal, *verbis* (e-STJ, fls. 61-62)

"Fixo o regime prisional fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade uma vez que decorre de texto expresso de lei (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), que deve ser respeitado.

O *quantum* da pena aplicada não permite a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos" (art. 44, I, do Código Penal).

Nesse ponto, verifica-se flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Assim, considerando a quantidade de pena imposta 5 (cinco) anos, a primariedade do condenado, o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e a quantidade relativamente pequena da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11.343/2006.

A propósito:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Considerando a quantidade de pena imposta (5 anos), a primariedade da condenada e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena."

(HC 320.278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015.)

Ressalte-se não ser cabível, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando-se a quantidade de pena imposta, superior a 4 (quatro) anos, nos termos dos arts. 44, I, do Código Penal.

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. No entanto, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0299876-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 342.332 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029519220128260083 20140000477788 29519220128260083

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAILSON TONETTO GAZATTO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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