



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.597 - SP (2016/0306028-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : APARECIDA AUXILIADORA DA SILVA
ADVOGADO : APARECIDA AUXILIADORA DA SILVA - SP118785
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO BARBOZA GRACINDO JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL PELO DELITO DE TRÁFICO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. *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. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias antecedentes negaram, motivadamente, a aplicação do redutor, diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada na natureza e na quantidade de droga apreendida, assim como na existência de outra sentença condenatória ainda não definitiva, também, pelo mesmo delito. Logo, 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.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas. 6. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de droga apreendida, como posto no acórdão impugnado (Precedente).

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.597 - SP (2016/0306028-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : APARECIDA AUXILIADORA DA SILVA
ADVOGADO : APARECIDA AUXILIADORA DA SILVA - SP118785
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO BARBOZA GRACINDO JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JOÃO BARBOZA GRACINDO JUNIOR**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, assim como rejeitou os embargos de declaração respectivos.

Neste *writ*, a impetrante alega manifesta ilegalidade na dosimetria da pena, pois as instâncias ordinárias afastaram, indevidamente, o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entenderem que a habitualidade delitiva do paciente estaria evidenciado no registro de processo em curso, portanto, em manifesto confronto com a Súmula 444/STJ. Aduz que, fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível o estabelecimento do regime inicial mais grave com fundamento na gravidade abstrata e na hediondez do delito.

Requer, assim, a aplicação da minorante no grau máximo, bem como a alteração do regime prisional.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 44).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 53-54 e 65-89).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 93-98).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.597 - SP (2016/0306028-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : APARECIDA AUXILIADORA DA SILVA
ADVOGADO : APARECIDA AUXILIADORA DA SILVA - SP118785
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO BARBOZA GRACINDO JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL PELO DELITO DE TRÁFICO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. *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. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias antecedentes negaram, motivadamente, a aplicação do redutor, diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada na natureza e na quantidade de droga apreendida, assim como na existência de outra sentença condenatória ainda não definitiva, também, pelo mesmo delito. Logo, 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.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas. 6. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de droga apreendida, como posto no acórdão impugnado (Precedente).

7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

No caso, não se identifica o alegado constrangimento sustentado pela defesa.

Da análise da sentença condenatória, verifica-se que o Juiz sentenciante fixou a pena-base em 5 anos de reclusão, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tendo negado ao paciente a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas pelos seguintes motivos:

O réu é primário. Contudo, deixo de reconhecer o benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, eis que JOÃO respondeu a processo por tráfico de entorpecentes perante este Juízo e foi beneficiado com a liberdade provisória em 23.10.2013, com posterior condenação a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias- multa, no mínimo legal (fls. 132), sendo preso em flagrante em razão deste processo em 04.12.2014, restando demonstrado, pois, que se dedica a atividades criminosas, razão pela qual não faz jus ao redutor de pena, conforme bem suscitado pelo digno representante do Ministério Público, Doutor Ivan Nascimento de Castro. (e-STJ, fls. 14-15).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve afastada a incidência do citado redutor, nos seguintes termos:

Apenamento adequado, impassível de alterações.

Pena-base fixada no mínimo legal, e, ausentes circunstâncias modificadoras, assim tornada definitiva.

E - ao contrário do alegado pela defesa - não há mínima possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A uma porque, embora tecnicamente primário, o acusado possui uma condenação, ainda sem o trânsito em julgado, pelo mesmo delito, demonstrando assim a habitualidade na prática do tráfico.

A duas porque, nada obstante tenha a novel legislação anti-drogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), meramente facultativa a situação ("...as penas poderão ser reduzidas..." g.do a.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, vez que este foi detido cm poder de grande quantidade de entorpecentes, de natureza nefasta, após reiteradas delações anônimas dando conta de suas atividades ligadas ao comércio de drogas, levando a crer que já vinha desenvolvendo a atividade ilícita há algum tempo.

O que denota habitualidade constante e reiterada, a revelar que o réu não pode ser tratado igualmente a outros.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, impossível a aplicação do redutor. (e-STJ, fl. 76).

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas ou integrem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

No caso, observa-se que as instâncias antecedentes negaram, motivadamente, a incidência do redutor ao paciente, considerando, além da quantidade e da natureza da droga apreendida, a existência de outra ação penal em curso pelo mesmo delito, o que revelaria a habitualidade delitiva do agente no comércio ilícito de entorpecentes.

Desse modo, assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, com fulcro em elementos colhidos nos autos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade reiterada, 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* (HC 324.460/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 11/9/2015).

Vale lembrar, ademais, que, conforme precedentes desta Corte, a existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva, como no caso em apreço.

A propósito, os seguintes julgados de ambas as Turmas desta Corte que respaldam esse entendimento:

- [...] 1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.
2. Certo é que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possuem o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade. Contudo, não há óbice a que processos em andamento ou mesmo condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possam, à luz das peculiaridades do concreto concreto, ser considerados elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades criminosas, notadamente quando verificado que as anotações anteriores também são relativas ao crime de tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa.

4. Importante a observação de que não basta a existência de uma condenação anterior ou de um processo em andamento para autorizar a conclusão de que o acusado se dedica a atividades criminosas, notadamente quando o crime anterior em nada interferir na compreensão de que se trata de um pequeno traficante ou de um traficante ocasional.

5. É possível que o julgador que, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo - inclusive os depoimentos de testemunhas ou mesmo a confissão do acusado - para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas.

6. A conclusão pela inviabilidade de reconhecimento da referida minorante não demanda, na espécie, o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada às anotações constantes na folha de antecedentes penais do acusado (AgRg no AREsp 938.492/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).

[...] 2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela dedicação do paciente a atividades criminosas, levando em consideração as provas obtidas nos autos, e o fato de estar sendo processado em outras ações pelo delito de tráfico de drogas, em consonância com o entendimento firmado por esta Corte (HC 363.946/SP, de minha relatoria, julgado em 04/10/2016, DJe 18/10/2016).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão ao impetrante, pois o Tribunal de origem trouxe fundamento válido para a definição do modo mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grave, consubstanciado na natureza e na quantidade do entorpecente apreendido – 25 g de *crack* (e-STJ, fls. 75-79).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, não se mostra manifestamente ilegal a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), uma vez que amparado em fundamentação idônea – a natureza e a quantidade da droga –, nos exatos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

– A quantidade e natureza da droga apreendida (na hipótese, 22 pedras de *crack*) constituem elementos idôneos para obstar a aplicação da causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06), bem como para justificar o regime inicial fechado. Precedentes.

– Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 331.768/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 19/04/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0306028-3

HC 379.597 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00226461320148260196 20160000531568 226461320148260196

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : APARECIDA AUXILIADORA DA SILVA
ADVOGADO : APARECIDA AUXILIADORA DA SILVA - SP118785
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO BARBOZA GRACINDO JUNIOR (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.