



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 303.785 - SP (2014/0228928-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : DANIEL BIDOIA DONADE  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FLÁVIO RODE

### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO JULGADO. PRETENSÃO QUE DEMANDA EXAME DE PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. É sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, consequentemente, tratamento mais benéfico do que o mercador habitual.

3. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), dependendo das circunstâncias do caso concreto.

4. Na hipótese, apesar de ser o paciente tecnicamente primário, em decorrência do decurso do prazo depurador de cinco anos, as peculiaridades do caso concreto levaram a instância ordinária a concluir que ele se dedicava a atividades delituosas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional. Assim, a inversão do julgado demandaria a incursão no acervo fático-probatório, inviável na via eleita.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

### ACÓRDÃO



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de fevereiro de 2015 (Data do julgamento).

**MINISTRO GURGEL DE FARIA**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 303.785 - SP (2014/0228928-1)**

### RELATÓRIO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de FLÁVIO RODE, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 157, § 2º, II e V, do Código Penal, à pena total de 12 (doze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 616 (seiscentos e dezesseis) dias-multa.

Irresignados, apelaram a defesa e o Ministério Público, tendo a Corte de origem, por unanimidade de votos, dado parcial provimento ao recurso defensivo a fim de reduzir as penas impostas ao réu, fixando-as em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, para o crime de roubo, e 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa para o delito de tráfico de drogas, e, por maioria de votos, negado provimento ao recurso ministerial.

No presente *writ*, busca-se, em suma, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, em seu grau máximo, considerando a primariedade do paciente e a pequena quantidade de droga apreendida (125,0 gramas de maconha).

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 303.785 - SP (2014/0228928-1)**

### VOTO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Como é sabido, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Para afirmar que o agente se dedica a atividades criminosas, o magistrado deve examinar sua vida pregressa, sopesando sua conduta social, a habitualidade com que ele participou de episódios delitivos, bem como as circunstâncias fáticas que envolvem o tráfico de drogas.

A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico – como embalagens para porções individualizadas–, a quantidade de droga apreendida e a circunstância de estar ele respondendo a outros processos criminais.

Nesse contexto, impõe-se transcrever os fundamentos que levaram o Tribunal de origem a negar a aplicação da causa de diminuição da pena tratada no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (fls. 25/26):

Na dosimetria, com a devida vênia, entende-se que, em razão do tempo decorrido, as certidões de fls. 146 e 172, apontadas na sentença, não mais são aptas a gerar a reincidência nem mesmo podem configurar maus antecedentes, pois seus efeitos penais não podem se perdurar para além do decurso do prazo depurador. (...)

Por isso, serão as penas-bases reduzidas a quatro anos de reclusão para roubo, a cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa para o tráfico (...)

(...)

Quanto ao tráfico, apesar do afastamento dos efeitos das certidões acima mencionadas, entende-se que a redução não pode ser aplicada porque o acusado se decide à atividades criminosas, conforme se verifica neste processo, em que ele também está sendo condenado pela prática de roubo.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, mostra-se incabível a redução da pena nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Com efeito, apesar de ser o paciente tecnicamente primário, em decorrência do decurso do prazo depurador de cinco anos, as peculiaridades do caso concreto levaram a instância ordinária a concluir que ele se dedicava a atividades delituosas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

De mais a mais, "para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional" (AgRg no HC 212049/SP, Quinta Turma, relator o Ministro Jorge Mussi, DJe, 16/10/2013).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS ENTRE O CORRÉU E O AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO, EM RAZÃO DE REMOÇÃO DO MAGISTRADO TITULAR. AUSÊNCIA DE VÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, é necessário que se trate de Réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Se a Corte de origem, soberana na análise de provas, concluiu que o Acusado se dedicava, com habitualidade, ao tráfico de drogas, a pretensão de revisão da recusa do benefício necessariamente esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 395152/PB, Relator Ministra LAURITA VAZ, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, DJe 13/05/2014)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES DO STF. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. Não obstante o paciente seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, verifica-se que a Corte estadual negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais, em razão da habitualidade com que vinha ocorrendo a comercialização da droga, levaram a crer que o paciente se dedicaria a atividades criminosas, especialmente ao narcotráfico, sendo certo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o sentenciado não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 240029/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, DJe 18/12/2012)

Assim, não se vislumbra manifesta ilegalidade apta a causar constrangimento à liberdade de locomoção do ora paciente, porquanto devidamente expostos os motivos para o afastamento da aludida minorante, destinada àqueles que não se dedicam a atividades criminosas, o que não é o caso dos autos.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0228928-1

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 303.785 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00423057320118260564 17302011 39 423057320118260564

EM MESA

JULGADO: 24/02/2015

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : DANIEL BIDOIA DONADE  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : FLÁVIO RODE

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

#### **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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.