



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.406 - SP (2014/0150910-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ENOQUE RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 é exigido do acusado que: seja primário, tenha bons antecedentes, não integre organização criminosa e não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há ilegalidade na dosimetria da pena, pois, não obstante o paciente seja primário e possuidor de bons antecedentes, o Tribunal estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição, com fundamento nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a concluir que o acusado se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao narcotráfico.

3. A variedade e a expressiva quantidade de entorpecentes – não valoradas para a fixação da pena-base –, associadas às demais peculiaridades do caso, são aptas a impedir a aplicação do redutor.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação desse dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 16 de outubro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.406 - SP (2014/0150910-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ENOQUE RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ENOQUE RODRIGUES DOS SANTOS, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0045512-75.2008.8.26.

O paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de **5 anos e 10 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, além de multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo, com a finalidade de comércio, 15 papелotes de cocaína e 80 pedras de crack, nas proximidades de estabelecimentos de ensino (fls. 15-16). Em grau de recurso, por maioria de votos, o Tribunal estadual negou provimento à apelação da defesa.

Nesta Corte, a impetrante assevera que a quantidade e a diversidade da droga não impedem a redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por falta de expressa previsão legal, além de destacar que foram encontradas apenas alguns gramas de droga com o paciente.

Argumenta que deve ser fixado regime inicial menos gravoso para o cumprimento da pena e reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, na espécie, foi fixado o regime com fundamento no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Dessa forma, requer: 1) a aplicação da causa especial de diminuição da pena na fração máxima; 2) a fixação de regime prisional diverso do fechado e 3) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.406 - SP (2014/0150910-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 é exigido do acusado que: seja primário, tenha bons antecedentes, não integre organização criminosa e não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há ilegalidade na dosimetria da pena, pois, não obstante o paciente seja primário e possuidor de bons antecedentes, o Tribunal estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição, com fundamento nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a concluir que o acusado se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao narcotráfico.

3. A variedade e a expressiva quantidade de entorpecentes – não valoradas para a fixação da pena-base –, associadas às demais peculiaridades do caso, são aptas a impedir a aplicação do redutor.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a invocação desse dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

5. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **constato**, na espécie em exame, **a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal** passível de engendrar a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

I.

O paciente foi condenado à pena de **5 anos e 10 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, além de multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006. A pena foi assim aplicada pelo juiz de primeiro grau, *in verbis*:

Provadas a autoria e a materialidade do crime, não há como deixar de condenar o réu; este que, nascido aos 03.04.89, na data do fato (17.05.08), contava com 19 anos, sem registrar antecedente infracional ou criminal conhecidos. Não há dúvida de que o crime foi praticado nas proximidades da Escola Estadual Professor Manoel da Silveira Porto Filho (fls. 27 e 30), estabelecimento de ensino referido pelas testemunhas presenciais do fato. Não há, portanto, como se deixar de considerar essa causa de aumento de pena. Por isto e considerando o fato de o réu, longe de admitir um mínimo de arrependimento, imputou aos policiais a prática do crime. Assim, não demonstrou mérito algum para que fosse beneficiado com a redução das penas. Por outro lado, nada justifica sejam adotadas, como base, penas em quantidade superior às mínimas (5 anos de reclusão e 500 dias-multa) e sobre estas, acréscimo superior a um-sexto. O resultado, (5 anos e 10 meses de reclusão; 583 dias-multa) se torna definitivo. (fls. 28-29)

A defesa interpôs apelação criminal, buscando a absolvição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente e a redução da pena, pelo "reconhecimento da atenuante da menoridade relativa", pelo "afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III", e pela "aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33, ambos da Lei n. 11.343/06" (fl. 34). O Tribunal de Justiça de São Paulo, em recurso de apelação interposto pela defesa, não reconheceu a minorante legal pelos seguintes fundamentos:

Com efeito, o apelante foi surpreendido na posse de **significativa quantidade e diversidade de substância entorpecente, consistente em 15 papелotes de cocaína (13,9 g.) e 80 pedras de crack (32,8 g.)**, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, dedicando-se ele a essa nefasta atividade nas **proximidades de estabelecimentos de ensino**, a revelar a elevada danosidade social de sua conduta.

Importante considerar que o apelante **não alegou ser usuário de substância entorpecente, não demonstrou ocupar-se de alguma atividade lícita e revelou que estava desempregado e a realizar a mercancia proibida**, como destacado pelo policial Francisco.

Ora, tais circunstâncias bem evidenciam que Enoque estava a dedicar-se ao tráfico de entorpecentes como meio de vida, havendo fortes indícios de que já se encontrava bem enfronhado nesse seguimento da criminalidade, máxime em se considerando a **expressiva quantidade de drogas que tinha em seu poder - bastante para atingir um universo de quase uma centena de usuários -, o que evidentemente não lograria conseguir se se tratasse de mero principiante.**

Por tudo isso, afigura-se de todo escoreita a postura do douto Magistrado de Primeiro Grau em não aplicar o redutor de que trata o artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, fixando, assim, de maneira suficientemente justificada, as penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. (fls. 40-41)

II.

Sobre a pretendida aplicação da minorante inculpada no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, constato que o juiz sentenciante, após analisar as circunstâncias do crime, consignou que o réu "não demonstrou mérito algum para que fosse beneficiado com a redução das penas". (fl. 28)

O Tribunal estadual, por seu turno, concluiu que a **quantidade e a diversidade da droga apreendida** (15 papелotes de cocaína e 80 pedras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de crack, totalizando 46.7g), a **prisão** do paciente **em local conhecido como ponto de tráfico** e a **proximidade de estabelecimento de ensino**, associados à falta de alegação de ser usuário ou de demonstração de atividade lícita, "**bem evidenciam que Enoque estava a dedicar-se ao tráfico de entorpecentes** como meio de vida, havendo fortes indícios de que já se encontrava bem enfronhado nesse seguimento da criminalidade, **máxime em se considerando a expressiva quantidade de drogas que tinha em seu poder - bastante para atingir um universo de quase uma centena de usuários - , o que evidentemente não lograria conseguir se se tratasse de mero principiante** (fls. 40-41).

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

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.

Cumprе destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 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, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no artigo 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "a *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (HC n. 202.617/AC, Relator Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU** (Desembargador convocado do TJ/RJ), 5ªT., DJe de 20/6/2011).

Por isso mesmo, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos do acusado que: seja primário, tenha bons antecedentes, não integre organização criminosa e não se dedique a atividades delituosas.

No caso vertente, não obstante o paciente seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto levaram o Tribunal estadual a concluir que **se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao narcotráfico**, tendo em vista a variedade e a quantidade de drogas apreendidas, associadas à falta de demonstração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade lícita e à prisão em flagrante em local conhecido como ponto de tráfico, na proximidade de estabelecimento de ensino, reveladoras de que **não se trata de traficante ocasional**.

Dessa forma, não constato nenhum constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada ao paciente a aplicação da minorante legal, tendo em vista a indicação de elementos concretos que evidenciam a sua **dedicação ao tráfico de drogas**.

Aliás, cumpre consignar que a quantidade e a variedade do entorpecente apreendido não foram valoradas na aplicação da pena-base, fixada no mínimo legal.

Dessarte, consoante entendimento deste Superior Tribunal "a expressiva quantidade e variedade de entorpecentes apreendida em poder do acusado é hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta" (AgRg no AREsp 359.220/MG, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, 6ªT., Dje de 17/9/2013)

III.

Em relação ao regime prisional, constato o constrangimento ilegal apontado na impetração.

Com efeito, o juiz de primeiro grau assim decidiu a questão:

O regime imposto é o inicial fechado, em conformidade com o advento da Lei n 11 . 464, de 28/03/2007, que alterou o art 2º da Lei nº 8.072/90, fixando o regime inicial fechado, para os crimes definidos como hediondos.

No acórdão estadual, por sua vez, consignou-se que o regime prisional inicial fixado é o legal (Lei n. 11.464/07).

Dos trechos transcritos, verifico que a fixação do regime inicialmente fechado foi fundamentada exclusivamente na gravidade abstrata do crime cometido e na determinação legal, prevista no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Contudo, quando do julgamento do HC n. 82.959/SP (DJ 1º/9/2006), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal declarou, *incider tantom*, a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou outros a eles equiparados deveriam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI.

Por essas razões, a Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), seria possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no artigo 33 do Código Penal.

Vale dizer, mesmo para os crimes hediondos ou outros a eles equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

E, se dúvida existia acerca da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, essa incerteza foi superada. Mais recentemente, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos, do Código Penal, o que **não ocorreu na espécie**, à vista da fundamentação meramente *ope legis* empreendida pela instância ordinária.

Considerando que a condenação do paciente **transitou em julgado**, cabe ao **Juízo das Execuções** avaliar o caso em exame.

Nesse ponto, pois, deve ser concedido *habeas corpus*, de ofício,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, consoante o disposto no artigo 33 do Código Penal.

IV.

Finalmente, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifico que as instâncias ordinárias **sequer analisaram a matéria**, não decorrendo daí nenhuma ilegalidade, pois a pena privativa de liberdade aplicada ao réu foi superior a 4 anos de reclusão, fora, portanto, do limite legal objetivo para a obtenção da benesse.

Por expressa previsão legal do artigo 44, I, do CP, as penas restritivas de direitos só substituem a privativa de liberdade quando não superior a quatro anos e atendidos os demais requisitos legais.

V.

À vista do exposto, **não conheço** da impetração, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.

Entretanto, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, **conceder** a ordem postulada, apenas para que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, consoante o disposto no artigo 33 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0150910-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.406 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00455127520088260050 050080455123 27542008 455127520088260050 50080455123
8462008

EM MESA

JULGADO: 16/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ENOQUE RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.