



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.274 - SP (2018/0225584-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO DOS SANTOS JUVENAL (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. 493,3G DE MACONHA E 5,5G DE COCAÍNA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. PRISÃO ANTERIOR PELO MESMO DELITO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 440/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É possível a utilização da diversidade e da quantidade das drogas apreendidas – 493,3g de *maconha* e 5,5g de *cocaína* – para, em conjunto com as demais circunstâncias do delito, afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da dedicação do acusado a atividades ou organizações criminosas.

2. A utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, não constitui constrangimento ilegal. Precedentes.

3. A revisão da conclusão alcançada pelas instâncias ordinárias acerca da dedicação do Paciente a atividades criminosas exigiria aprofundado exame fático-probatório, o que não é possível no *habeas corpus*.

4. Considerando a primariedade do Paciente, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e o *quantum* da pena imposta, deve ser aplicado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e da Súmula n.º 440/STJ.

5. Em razão do *quantum* da pena imposta – acima de quatro anos – é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Ordem parcialmente concedida a fim de alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta 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 Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 21 de março de 2019 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.274 - SP (2018/0225584-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO DOS SANTOS JUVENAL (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO DOS SANTOS JUVENAL, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0016984-16.2017.8.26.0050).

Consta nos autos que o Paciente foi condenado com incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 20-27).

Inconformada, a Defesa recorreu ao Tribunal de origem, que negou provimento à apelação defensiva, nos termos da seguinte ementa (fls. 39):

"TÓXICO - TRÁFICO DE DROGAS – Insuficiência de provas. Não configurada. Negativa de autoria e versão apresentada que não restou comprovada. Depoimentos dos adolescentes que se mostraram contraditórios com as afirmações do réu e dos policiais, o que tornou frágil a tentativa de favorecer o réu. Quantidade, variedade de drogas e abordagem em ponto conhecido de drogas que encaminham certeza quanto à conduta de tráfico.

DOSIMETRIA DE PENA – causa especial de redução da pena – não aplicada – ausência de requisito. Substituição da pena privativa de liberdade e regime mais brando – não aplicável – recomendável pelo histórico do apelante que seja mantida a negativa. RECURSO NÃO PROVIDO."

Nas razões deste impetração, a Defensoria Pública impetrante sustenta ilegalidade na não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 ao caso em apreço, sob o argumento de que *"processos em andamento não podem interferir na aplicação da pena, em observância ao princípio da presunção de inocência. Trata-se de princípio basilar do Estado de Direito como garantia processual penal, que visa à tutela da liberdade pessoal"* (fl. 9).

Alega, ainda, que *"as circunstâncias do art. 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06 lhe foram favoráveis. Assim, não há razão para se estabelecer regime mais severo para início de cumprimento de pena"* (fl. 10).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta, por fim, que, com redimensionamento da pena para patamar inferior a 4 (quatro) anos, será possível a substituição da sanção privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Pleiteia, no mérito, a concessão da ordem para reduzir a pena em razão da aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, abrandar o regime prisional e substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Informações dispensadas (fls. 53-56).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. Mario Luiz Bonsaglia, opinou pela concessão parcial da ordem, *"somente para fixar o regime prisional inicial semiaberto"* (fl. 56).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.274 - SP (2018/0225584-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. 493,3G DE MACONHA E 5,5G DE COCAÍNA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. PRISÃO ANTERIOR PELO MESMO DELITO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 440/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É possível a utilização da diversidade e da quantidade das drogas apreendidas – 493,3g de *maconha* e 5,5g de *cocaína* – para, em conjunto com as demais circunstâncias do delito, afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da dedicação do acusado a atividades ou organizações criminosas.

2. A utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, não constitui constrangimento ilegal. Precedentes.

3. A revisão da conclusão alcançada pelas instâncias ordinárias acerca da dedicação do Paciente a atividades criminosas exigiria aprofundado exame fático-probatório, o que não é possível no *habeas corpus*.

4. Considerando a primariedade do Paciente, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e o *quantum* da pena imposta, deve ser aplicado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e da Súmula n.º 440/STJ.

5. Em razão do *quantum* da pena imposta – acima de quatro anos – é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Ordem parcialmente concedida a fim de alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

VOTO

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

De início, no que tange à aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, as instâncias ordinárias indeferiram a aplicação da minorante com base na quantidade e natureza da droga apreendida – "**1 tijolo de maconha com 493,3g e 7 papелotes de cocaína com 5,5g**" (fl. 20), em conjunto com outras circunstâncias relevantes do caso concreto, especialmente o fato de o Paciente já haver sido preso anteriormente pelo delito de tráfico de drogas.

Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto da sentença condenatória:

"Não incide a causa de diminuição prevista pelo parágrafo 4º ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 33, concebida para adequação da pena a conduta apenas eventual e de pequeno vulto, não sendo esse o caso dos autos.

Embora seja primário, é de se ver que o réu vinha já em liberdade provisória após ter sofrido, apenas um mês antes, prisão em flagrante por tráfico. Levava consigo, na posse de menor, em local de intenso movimento, grande quantidade de maconha (tijolo de meio quilo) junto com material próprio para embalagem de porções individuais, além de porções já prontas de cocaína e boa quantia em dinheiro, prenunciada pelas circunstâncias do evento atuação em tráfico organizado, conduta incompatível com a benesse legal.

Não bastasse isso, não fez prova adequada de dedicação a ocupação lícita e de desenvolvimento de vida regrada e ordeira, ausente comprovação, que lhe cabia, de bons antecedentes (cuja presença não decorre apenas da ausência de maus antecedentes e demanda prova positiva a cargo da defesa)." (fls. 462-464, sem grifos no original.)

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é possível a utilização da diversidade e da quantidade das drogas apreendidas, na terceira fase da dosimetria, para, em conjunto com as demais circunstâncias do delito, afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em razão da dedicação do acusado a atividades ou organizações criminosas.

Nesse sentido, confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

1. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e nocividade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por conta da dedicação do paciente à atividade criminosa, que foi evidenciada pelas circunstâncias do delito.

2. O redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastado, no caso, em razão das circunstâncias da apreensão (disposição em tablete e barra, materiais apreendidos - eppendorfs utilizados para embalar drogas para posterior venda -, a partir de denúncia anônima, em ponto conhecido de venda ilegal), além da quantidade e diversidade da droga encontrada em poder do ora agravante (57,10 g de cocaína, 264,51 g de crack e 183,21 g de maconha). A tese recursal de que não haveria respaldo probatório para a conclusão adotada no sentido de que o agravante teria envolvimento com organização criminosa, para ser acolhida, demandaria ampla dilação em fatos e provas, o que não se harmoniza com o rito do habeas corpus, de cognição sumária.

3. Regime fechado mantido e devidamente fundamentado ao se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerar a expressiva quantidade, diversidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas.

4. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 387.889/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 28/08/2018, sem grifos no original.)

Também é pacífico nesta Corte Superior que *"é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006"* (AgRg no AREsp 1.243.873/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 02/08/2018).

Portanto, não se constata ilegalidade na fundamentação utilizada pela Corte de origem para negar ao Paciente a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sendo certo que a revisão da conclusão alcançada pelas instâncias ordinárias acerca da dedicação do Paciente a atividades criminosas exigiria aprofundado exame fático-probatório, o que não é possível neste *writ*.

De outra parte, no tocante à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, a imposição do regime fechado decorreu de uma fundamentação vaga e genérica acerca da gravidade inerente a todo e qualquer delito de tráfico de drogas.

Assim, considerando a primariedade do Paciente, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e o *quantum* da pena, é possível a aplicação do **regime inicial semiaberto**, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e da Súmula n.º 440/STJ.

Por fim, em razão do *quantum* da pena imposta – acima de quatro anos – é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem, apenas para alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0225584-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 467.274 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00169841620178260050 169841620178260050 20180000569646

EM MESA

JULGADO: 21/03/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO DOS SANTOS JUVENAL (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.