



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.211 - SP (2015/0253507-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉ EUGÊNIO MARCONDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME RIBEIRO DO AMARAL (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INDÍCIOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 44, I, CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciem a dedicação à atividade criminosa, sendo imprópria a via do *habeas corpus* à revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias. Precedentes.
3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.
4. A análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos resta prejudicada, visto que o *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de maio de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.211 - SP (2015/0253507-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ANDRÉ EUGÊNIO MARCONDES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GUILHERME RIBEIRO DO AMARAL (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de GUILHERME RIBEIRO DO AMARAL contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em regime inicial fechado.

Interposta apelação, foi negado provimento ao recurso, mantendo-se incólume a condenação.

Sustenta a impetrante, em suma, a necessidade de aplicação do redutor contido no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 105/106, tendo as informações sido prestadas às fls. 114/132.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 170/173 pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.211 - SP (2015/0253507-1)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Como visto, foi o paciente condenado pela prática de tráfico de drogas às penas de 5 anos e 500 dias-multa, tendo sido negada a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos seguintes:

Correta a não aplicação do redutor, destinado somente àqueles que se caracterizara como traficantes de primeira viagem, o que à evidência não é o caso do acusado, pois, como ele próprio declarou em seu interrogatório judicial, era ele o responsável pela embalagem e distribuição da droga e em sua residência foram encontradas 18 cápsulas de cocaína e outras 352 ainda vazias, a evidenciar que o réu se dedica a atividades criminosas, fazendo do tráfico o seu meio de vida.(fl. 96).

De início, cumpre esclarecer que é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de drogas, **a depender das peculiaridades do caso concreto**, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

2. Não obstante a acusada seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto - notadamente, a natureza, a diversidade e a elevada quantidade de drogas apreendidas (2.146,0 g de cocaína e de 1.590,0 g de crack) - levam a crer que a recorrida se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico, porquanto evidente que não se trata de traficante ocasional.

3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda 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 e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015 - grifos).

É exatamente o que ocorre na espécie, em que o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso – em especial, a quantidade e a natureza da droga, bem como dinheiro, materiais para embalagem de droga e anotações contábeis do tráfico –, as quais evidenciariam o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo tratar-se de réu confesso responsável pela embalagem e distribuição da droga [...], a evidenciar que o réu se dedica a atividades criminosas, fazendo do tráfico o seu meio de vida (fl. 96), sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O enfrentamento de teses jurídicas na via restrita pressupõe que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. **Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.**

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO DO JULGADO. VIA INADEQUADA.

1. O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. Não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos, afirmou tratar-se de réu que se dedicava às atividades criminosas, havendo indícios, inclusive, de que integrava organização criminosa, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

3. Ademais, a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, em face da incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.

4. Ordem denegada (HC 158.918/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012).

Em seguida, pugna o impetrante pela fixação do regime menos gravoso.

É bem verdade que a previsão legal que determinava a aplicação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

Entretanto, na espécie, verifica-se que perante a sentença, confirmada em 2ª Instância, foi fixado o regime prisional fechado com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Nos termos do que dispõe a Lei 8.072/90, com redação alterada pela Lei nº 11.464, de 28.03.2007 (DOU 29.03.2007), bem como que o sentenciado se encontrava trabalhando para o vil comércio e na posse de boa quantidade de entorpecente, o regime inicial somente pode ser o fechado. (fls. 78).

Como visto, o regime prisional mais gravoso imposto, no caso o fechado, foi mantido em razão da quantidade da droga apreendida em poder do acusado, situação, esta, que reflete



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o entendimento firmado pelo STJ, de que as circunstâncias quantidade, natureza e variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. (I) - TESE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. (II) - DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 1º DO CP, E 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OFENSA AOS ARTS. 59 DO CP, E 42 DA LEI Nº 11.343/06. (I) - DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. (II) - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 2º, DO CP. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AO ART. 5º, XXXIX, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. *É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.*

4. *A jurisprudência deste STJ é pacífica no sentido de que não há violação ao artigo 59 do Código Penal, nem tampouco ao artigo 42 da Lei de Drogas, quando o aumento da pena-base está devidamente fundamentado na natureza e na grande quantidade da droga apreendida, posto que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida.*

5. *É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, ainda que o quantum da pena, em tese, autorize o semi-aberto, tendo em vista a natureza e a grande quantidade da substância entorpecente apreendida, estas não só impedem a fixação do regime menos gravoso, mas, antes de mais nada, recomendam o regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta.*

6. *A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.*

7. *Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1386042/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 10,6 GRAMAS DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

03. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 8 (oito) anos, poderá ser estabelecido regime semiaberto para o seu cumprimento inicial desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas a natureza (potencial de lesividade à saúde) e a quantidade das substâncias apreendidas (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. Habeas corpus não conhecido. Concessão, no entanto, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade (HC 321.935/MS, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015).

Por fim, mantidos os termos do acórdão impugnado, resta prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0253507-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 338.211 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00107915820148260577 107915820148260577 20150000591334 35914 3592014

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉ EUGÊNIO MARCONDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME RIBEIRO DO AMARAL (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, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.