



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.352 - SP (2015/0086670-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DIOGO CÉSAR PERINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HERICA REGINA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA DE 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA O NÃO RECONHECIMENTO. PLEITOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA E DE READEQUAÇÃO DO REGIME PREJUDICADOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Caso em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, com base na quantidade e nocividade da droga apreendida (2,587 Kg de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que a paciente dedica-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

– Mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

– Do mesmo modo, resta prejudicado o pedido de readequação do regime, pois não houve a pleiteada redução da pena decorrente da aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Ademais, a quantidade considerável da droga apreendida com a paciente recomenda o regime mais gravoso do que a pena comporta,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para fins de prevenção e repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.352 - SP (2015/0086670-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DIOGO CÉSAR PERINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HERICA REGINA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de HERICA REGINA DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 0002676-34.2014.8.26.0032.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena total de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11. 343/2006 (e-STJ fls. 24/29).

Irresignada, a defesa interpôs recurso perante a Corte local, que negou provimento ao apelo e manteve íntegra a condenação (e-STJ fls. 31/38).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/20), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs à paciente constrangimento ilegal, pois não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, com lastro na quantidade da droga apreendida.

Aduz, ainda, ser inadmissível estabelecer o regime inicial fechado com fundamento na gravidade abstrata do delito, postulando a fixação do regime aberto, com base nas Súmulas 718 e 719, ambas do STF. Destaca, por fim, que, uma vez reconhecido o tráfico privilegiado, a nova pena aplicada permitirá a aplicação do art. 44 do Código Penal.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a fixação do regime prisional aberto e a respectiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição por penas restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 41/42).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 53/55).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.352 - SP (2015/0086670-3)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena e a aplicação do art. 44 do Código Penal.

No caso, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito, o sentenciante condenou a paciente pela prática do delito de tráfico de entorpecentes e, quanto à reprimenda, fixou a pena-base em 7 anos e 6 meses de reclusão, ante a quantidade da droga apreendida. Na segunda fase, presente a atenuante da confissão, reduziu a pena em 1/6, fixando-a em 6 anos e 3 meses de reclusão, pena esta que se tornou definitiva, ante a ausência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de causas modificadoras. Na ocasião, não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, com base na seguinte fundamentação:

Não é caso de reconhecer-se a redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, posto que a ré se dedicada a atividade criminosa, tanto que foi presa em flagrante e está sendo condenada por tráfico de entorpecente, ocasião em que transportava grande quantidade de pasta-base de "cocaína", o que evidencia que a ré exerce o tráfico de drogas como meio de vida (e-STJ fl.28).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, manteve a sentença recorrida e, quanto ao privilégio, assentou que:

Na terceira fase, foi bem afastada pela r. sentença a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

O dispositivo legal em apreço exige que o agente, além de primário, não se dedique a atividades criminosas ou integre organização com essa finalidade, ou seja, é destinado apenas e tão somente ao traficante de menor quilate, que se engaja pela primeira vez no tráfico ilícito de entorpecentes, o “traficante de primeira viagem”, nas palavras de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Não é essa a hipótese retratada nos autos. Consoante as peculiaridades do caso concreto, em especial a significativa quantidade de droga apreendida, mais de dois quilos e meio de cocaína, evidente que a ré é parte de uma organização muito maior, pois há pessoas encarregadas de fornecer e preparar a droga para o transporte e há pessoas que ao receber a “encomenda” transportada pela ré, faria a sua partição e distribuição aos pontos de venda, agora sim aos pequenos traficantes.

Não se afasta, assim, a sua integração a uma organização criminosa maior. A atuação da ré é peça significativa na cadeia do tráfico, o que afasta o benefício legal. (e-STJ fls. 34/36)

Pela leitura dos trechos destacados, observa-se que houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedica-se à atividade criminosa, ante a elevada quantidade e nocividade da droga apreendida, qual seja, 2,587 Kg de cocaína, e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006.

Sobre a possibilidade de a quantidade da droga apreendida embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

(...)

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NÃO APLICADA (§ 4º). QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTO INIDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e variedade de droga apreendida. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando. (HC 242.216/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador convocado do TJ/SP – Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 12/11/2015) – (grifei).

Por oportuno, embora não suscitado pela defesa, destaque-se que a quantidade e a nocividade da droga apreendida, apesar de utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, por indicar a dedicação dos pacientes à atividade criminosa, não inocorrendo, assim, *bis in idem*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido *bis in idem* na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de *bis in idem*. Precedentes do STF.

8. *Writ não conhecido*. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - (grifei).

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, as instâncias ordinárias concluíram que a paciente dedica-se a atividade criminosa, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de modo que modificar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. *Ordem não conhecida*. (HC 316.802/SP, Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015) – (grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Do mesmo modo, resta prejudicado o pedido de readequação do regime, pois não houve a redução da pena decorrente da aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.434/2006.

Ademais, observa-se que o regime fechado, mais gravoso do que a pena aplicada comportaria, foi mantido pelo acórdão recorrido com base em fundamentação específica (e-STJ fls. 37/38), ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida, circunstância que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade a ser sanada na presente via.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. HABEAS CORPUS 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. A quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006, no estabelecimento do regime de cumprimento de pena e justifica a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

3. No caso, a Corte estadual aplicou a minorante da Lei de Drogas, na fração de 1/3 (um terço), fixou o regime inicial fechado e não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituiu a pena corporal com fundamento na diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas, 49 (quarenta e nove) invólucros de "crack"; 70 (setenta) porções de maconha e 299 (duzentos e noventa e nove) epperndorfs de cocaína, o que não se mostra desproporcional, portanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 332.409/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por este Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0086670-3

HC 321.352 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00026763420148260032 20150000103217 26763420148260032 2982014

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DIOGO CÉSAR PERINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HERICA REGINA DA SILVA

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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.