



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.678 - SP (2014/0293343-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : RODRIGO ANTONIO ALVES
ADVOGADO : RODRIGO ANTÔNIO ALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVANDRO MENDES DA SILVA JÚNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* 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. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade de droga, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (30 porções de cocaína, 17 pedras de *crack* e 3,08 g de maconha), que foram inclusive sopesadas na terceira fase da dosimetria da pena (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada (5 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.678 - SP (2014/0293343-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : RODRIGO ANTONIO ALVES
ADVOGADO : RODRIGO ANTÔNIO ALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVANDRO MENDES DA SILVA JÚNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **EVANDRO MENDES DA SILVA JÚNIOR**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo da defesa a fim de, reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea, diminuir a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, mantido os demais termos da sentença.

Nesta Corte, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, pois a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi negada ao paciente sem qualquer prova concreta de sua dedicação ao tráfico de entorpecentes. Defende que, preenchidos os requisitos legais, sua aplicação é direito subjetivo do réu. Aduz que a fixação do regime prisional deve pautar-se não pela gravidade do delito, mas pelas circunstâncias expressas no art. 59 do CP. Logo, sendo todas favoráveis ao paciente, é ilegal a fixação do regime inicial fechado. Sustenta, por fim, contrariedade ao entendimento firmado nas Súmulas 718/STF e 440/STJ.

Requer, assim, a concessão da ordem para que se seja aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, se fixado regime menos gravoso, e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 97-113), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 117-124).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.678 - SP (2014/0293343-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : RODRIGO ANTONIO ALVES
ADVOGADO : RODRIGO ANTÔNIO ALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVANDRO MENDES DA SILVA JÚNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* 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. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.
3. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade de droga, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (30 porções de cocaína, 17 pedras de *crack* e 3,08 g de maconha), que foram inclusive sopesadas na terceira fase da dosimetria da pena (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).
6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada (5 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

A incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada sob a seguinte motivação:

"Constou, expressamente, do v. Acórdão que: "Para que não fique sem registro, observo que não era mesmo caso de reconhecimento do tráfico privilegiado, seja em razão da quantidade e variedade da droga apreendida, seja porque o próprio réu admitiu se dedicar às atividades criminosas desde os 15 anos de idade". De fato, comprovada pelas provas dos autos a dedicação do réu à atividade criminosa, tendo em vista, principalmente, as circunstâncias da prisão e a elevada quantidade de droga apreendida, resta inviabilizado o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06." (e-STJ, fl. 107.)

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

Os Tribunais Superiores têm decidido também que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese dos autos, observa-se que o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a sua própria confissão, a natureza, a variada e a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015.)

Quanto ao regime prisional e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a Corte de origem assim consignou:

"No mais, a r. sentença monocrática foi mantida, especialmente no tocante à vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e quanto ao regime prisional imposto. De fato, a quantidade de pena aplicada inviabiliza a substituição da pena corporal por penas alternativas, consoante dispõe o artigo 44, inciso I, do Código Penal e o regime inicial fechado decorre da quantidade e natureza do entorpecente apreendido — 74,65 gramas de cocaína, sendo trinta porções acondicionadas em cápsulas plásticas e um pequeno tijolo embalado em um segmento de material plástico transparente, 4,91 gramas de cocaína na forma de "crack", sendo dezessete pedras embaladas em fragmentos de papel alumínio, e mais uma porção de 3,08 gramas da substância "Cannabis sativa L", vulgarmente conhecida por maconha - que evidenciou maior culpabilidade e censurabilidade da conduta praticada pelo ora embargante. Bem se percebe, pois, que o regime inicial fechado, fixado na r. sentença monocrática, é, de fato, necessário e suficiente para a correta reprovação e prevenção do crime praticado pelo ora embargante Evandro Mendes da Silva Júnior" (e-STJ, fls. 107-108).

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, observar o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, observa-se que o acórdão impugnado considerou a natureza e a quantidade de droga apreendida na escolha do regime prisional fechado, em consonância com as diretrizes estabelecidas nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas.

Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, não se mostra ilegal a imposição do regime mais severo com fundamento na natureza e na expressiva quantidade de droga apreendida (30 porções de cocaína, 17 pedras de *crack* e 3,08g de maconha), uma vez que tais circunstâncias foram elencadas pelo próprio legislador como prevaletentes, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).

[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0293343-3

HC 308.678 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012012820138260404 12012820138260404

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO ANTONIO ALVES
ADVOGADO : RODRIGO ANTÔNIO ALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVANDRO MENDES DA SILVA JÚNIOR (PRESO)

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

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.