



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.472 - SP (2015/0109783-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON DE LIMA NEVES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. AGENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). 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 expressiva quantidade de droga apreendida, a dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes, 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 tecnicamente 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 expressiva quantidade da droga apreendida (1,215kg de maconha e 342,1g de cocaína), sopesada na terceira fase da dosimetria (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.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.472 - SP (2015/0109783-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON DE LIMA NEVES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ROBSON DE LIMA NEVES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (um) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo 1.215kg de maconha e 342,1g de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

A defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provido a fim de fixar a pena para 5 (cinco) anos de reclusão mais 500 (quinhentos) dias-multa.

Inconformada, a impetrante manejou o *writ* em análise, no qual alega que: a) sendo primário o agente e ausente qualquer prova de sua dedicação à atividade criminosa, deve ser a pena reduzida no máximo legal, pela incidência da minorante do § 4º do art. 33. da Lei 11.343/06; b) "a manutenção de regime inicial fechado é evidentemente inconstitucional, pois desrespeita os princípios da proporcionalidade, da individualização da pena e da culpabilidade"; e c) preenchidos os requisitos legais, o paciente tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem para que seja aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no patamar máximo, seja fixado o regime aberto e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 34-38).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 46-63), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão de ordem para fixar o regime semiaberto (e-STJ, fls. 86-89).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.472 - SP (2015/0109783-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON DE LIMA NEVES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. AGENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). 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 expressiva quantidade de droga apreendida, a dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes, 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 tecnicamente 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 expressiva quantidade da droga apreendida (1,215kg de maconha e 342,1g de cocaína), sopesada na terceira fase da dosimetria (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.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

O Juízo sentenciante afastou a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob a seguinte motivação:

"Deixo de aplicar a redução da pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, do referido diploma legal, por não estarem preenchidos os requisitos legais, tendo em vista que o réu ostenta anterior condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, destacando ainda a considerável quantidade de substância entorpecente apreendida, a denotar que o réu, por certo se dedica às atividades criminosas, em especial ao tráfico ilícito de entorpecentes." (e-STJ, fls. 21-22.)

Por sua vez, o Tribunal de origem, ao prover parcialmente o recurso da defesa para reduzir a pena, consignou:

"O réu, à época dos fatos, era primário. Assim sendo, deve a pena-base ser fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Outrossim, embora reconhecida a primariedade do acusado, os demais elementos contidos nos autos, em especial a excessiva quantidade de entorpecente apreendido (1.560,5 gramas), não autorizam a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois, como assentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, "Deve se ver que a *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo." (HC 190426/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJ 04.04.2011.); (e-STJ, fls. 29-30.)

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, verifica-se que a Corte estadual, ao manter afastada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, concluiu, em decisão devidamente fundamentada, pela dedicação do paciente ao tráfico de drogas, tendo em vista a excessiva quantidade da droga com ele apreendida (1,215kg de maconha e 342,1g de cocaína). Além disso, convém anotar que o paciente "ostenta anterior condenação por tráfico ilícito de entorpecentes", como destacado na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão de primeiro grau.

Assim, concluído pelas instâncias antecedentes, 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.

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.)

No que tange à aplicação do regime inicial de cumprimento de pena, o Tribunal *a quo* assim decidiu:

"O crime de tráfico ilícito de drogas exige a aplicação de regime prisional mais severo, pois, além de ser equiparado a hediondo pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, é imprescindível uma resposta penal rigorosa do Poder Judiciário em razão da grave lesão que causa à saúde pública, bem como, pela intranquilidade e insegurança que traz para a sociedade atual.

Desta forma, outro não poderia ser senão o regime inicial fechado." (e-STJ fl. 30.)

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Como se observa, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado com fundamento em meras considerações genéricas quanto a gravidade do crime de tráfico de drogas.

A reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

Entretanto, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a prevenção e reparação do delito, haja vista a expressiva quantidade de droga apreendida (1.215 kg de maconha e 342,1 g de cocaína), devidamente valorada na fixação do índice de redução da pena pela incidência da minorante da Lei de Drogas.

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: 2015/0109783-4

HC 323.472 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 08300527820098260050 10110 20150000117536 8300527820098260050

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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
ADVOGADA	: JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROBSON DE LIMA NEVES
CORRÉU	: ALYNE MIQUELE

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