



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.226 - SP (2014/0028180-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI LEITE DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DO ACERCO PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. No caso, o Juiz singular deixou de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento que, diante da natureza e da quantidade da droga apreendida 55 (cinquenta e cinco) porções de cocaína, indica "a prática de atividade criminosa por parte do acusado".
3. A quantidade e natureza da droga apreendida, aliada a outros elementos indicativos do tráfico constantes nos autos, demonstra a dedicação do agente à atividade criminosa e justifica o afastamento da aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
4. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. Diante do *quantum* de pena aplicada (5 anos de reclusão), o paciente não faz jus à substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
6. Afastada a vedação legal e considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis, com a fixação da pena-base no mínimo legal, sem a indicação de nenhum fundamento concreto revelador de que a conduta do acusado transcende a gravidade inerente ao tipo penal, não deve subsistir a fixação de regime mais gravoso para o cumprimento da sanção penal, nos termos do art. 33 e parágrafos, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.226 - SP (2014/0028180-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI LEITE DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **DAVI LEITE DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa (e-STJ fls. 151/164).

Inconformadas, as partes apelaram. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar o paciente à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multas (e-STJ fls. 260/278).

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, ser necessário o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime aberto de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 313/325 e 328/362), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem (e-STJ fls. 367/372).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.226 - SP (2014/0028180-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI LEITE DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DO ACERCO PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. No caso, o Juiz singular deixou de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento que, diante da natureza e da quantidade da droga apreendida 55 (cinquenta e cinco) porções de cocaína, indica "a prática de atividade criminosa por parte do acusado".

3. A quantidade e natureza da droga apreendida, aliada a outros elementos indicativos do tráfico constantes nos autos, demonstra a dedicação do agente à atividade criminosa e justifica o afastamento da aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Diante do *quantum* de pena aplicada (5 anos de reclusão), o paciente não faz jus à substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Afastada a vedação legal e considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis, com a fixação da pena-base no mínimo legal, sem a indicação de nenhum fundamento concreto revelador de que a conduta do acusado transcende a gravidade inerente ao tipo penal, não deve subsistir a fixação de regime mais gravoso para o cumprimento da sanção penal, nos termos do art. 33 e parágrafos, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

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 da ordem de ofício.

Como visto, o paciente foi condenado, em segunda instância, pela prática de tráfico de drogas às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multas, sendo vedada a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos seguintes:

"A primariedade do apelante não é causa bastante para que se opere tal redução, devendo ser examinado todos os requisitos subjetivos para que tal se dê, o que não se encontra presente no caso em tela.

Vale ressaltar que o apelante, foi surpreendido após denúncia anônima com grande quantidade de entorpecentes, ressaltando a maneira como a droga estava disposta, já preparado para a entrega à terceiros, aliada a minudente confissão policial, a indicar a prática de atividade criminosa por parte do acusado, fatores que contra-indicam tal aplicação, que fica afastada.

Frise-se ainda que o artigo 33, § 4º, da referida Lei, emprega o termo 'poderão', o que seguramente indica não ser obrigatória a redução, que, aliás, seria proibida em caso de agente não primário ou sem bons antecedentes, e que se dedique a atividades criminosas, ou integrem organizações criminosas.

Ocorre, porém, que mesmo em casos que não haja tal proibição, a aplicação de tal causa não é obrigatória, pelo que impossível seu reconhecimento no caso em tela.

Feitas tais considerações e afastada a causa de diminuição contida no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 temos que a pena a ser imposta ao apelante perfaz um total de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso. O regime prisional imposto, inicial fechado, o foi de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto, nada havendo que se modificar neste sentido.

Temos ainda que foi bem afastada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, ou concessão de sursis.

Isto mesmo com a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei 11.343/06, possibilitando, em um caso concreto, a conversão da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Tal decisão acabou originando a Resolução nº 5 de 2012 do Senado Federal que declarou suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

No entanto, o crime sob exame continua sendo grave e hediondo, pelo que tal substituição não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime, portanto, não deverá ser aplicada no caso em tela." (e-STJ fls. 276/278).

No caso, o TJSP deixou de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento que, diante da natureza e da quantidade da droga apreendida 55



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cinquenta e cinco) porções de cocaína, indica "a prática de atividade criminosa por parte do acusado". Assim, a quantidade e natureza da droga apreendida, aliada a outros elementos indicativos do tráfico constantes nos autos, demonstra a dedicação do agente às atividades criminosas e justifica o afastamento da aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A respeito do tema, confirmam-se os seguintes julgados: HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 13/10/2015; HC 319.335/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 22/09/2015.

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em face do *quantum* de pena aplicada, 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o paciente não faz jus à substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime prisional, entretanto, verifica-se que o paciente sofre flagrante constrangimento ilegal, visto que o magistrado sentenciante fixou o regime fechado com fundamento na vedação legal.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse contexto, afastada a vedação legal e considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis, com a fixação da pena-base no mínimo legal, sem a indicação de nenhum fundamento concreto revelador de que a conduta do acusado transcende a gravidade inerente ao tipo penal, não deve subsistir a fixação de regime mais gravoso para o cumprimento da sanção penal, nos termos do art. 33 e parágrafos, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. No entanto, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0028180-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.226 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00643229020108260224 2240120100643227 23482010 643229020108260224

EM MESA

JULGADO: 27/10/2015

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
ADVOGADO : RAFAEL PITANGA GUEDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI LEITE DA SILVA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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