



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.799 - SP (2016/0047639-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : ANGELO DI BELLA NETO
ADVOGADO : ANGELO DI BELLA NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON APARECIDO GONCALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO E PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E CONDUZIRAM À CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA, QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE E DESPROPORCIONALIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, CONDENADO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de desclassificação da conduta de traficante para usuário, por demandar o exame aprofundado do conteúdo probatório. Precedentes.

3. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

4. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos.

6. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes – 23,4 g de cocaína –, que não se mostra exacerbada para justificar, de forma isolada, a fixação de regime mais gravoso.

7. Hipótese em que o paciente, primário, foi condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

8. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.799 - SP (2016/0047639-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ANGELO DI BELLA NETO
ADVOGADO : ANGELO DI BELLA NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON APARECIDO GONCALVES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFFERSON APARECIDO GONÇALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 3004034-10.2013.8.26.0099).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo (e-STJ fls. 17/26).

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram apelações, sendo o recurso defensivo parcialmente provido para deferir a restituição de um bem e o do *Parquet* parcialmente provido para afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão e multa, fixado o regime inicial fechado (e-STJ fls. 27/45).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/16), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impõe constrangimento ilegal ao paciente, pois não desclassificou a conduta a ele atribuída para uso de entorpecentes, em descompasso com a prova constante dos autos. Além disso, afastou a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, embora preenchidos os seus requisitos. Outrossim, aduz que o regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, sendo hipótese de fixação de regime mais brando. Em consequência do pretendido redimensionamento da pena, defende cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos.

Ao final, formulou pedido liminar para que seja expedido contramandado de prisão e, no mérito, pede a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 ou, subsidiariamente, o redimensionamento da pena do paciente, mediante a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, restabelecendo-se a sentença condenatória, além da fixação do regime inicial aberto ou semiaberto e a respectiva substituição por pena restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 51/52).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 62/86.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 90/94, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para que seja fixado o regime inicial semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.799 - SP (2016/0047639-1)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal em virtude da não desclassificação da conduta atribuída ao paciente para o crime de uso de substância entorpecente, do afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, da fixação do regime inicial fechado e negativa de substituição da pena privativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de liberdade por restritiva de direitos.

No que tange ao pleito de desclassificação da conduta, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, nos termos seguintes (e-STJ fls. 36/37):

Diante desse quadro, considerando a natureza e quantidade das drogas apreendidas (83 pinos de cocaína, pesando 23,4 g), a forma de acondicionamento, em porções individuais, próprias para o comércio, somadas ao contexto fático (imagens das câmeras de monitoramento apontando movimentação de pessoas em contato com os processados, ao redor do veículo GM/Kadet branco, despertando a atenção dos policiais, além da apreensão de dinheiro sem comprovação de origem lícita, e drogas na posse de ANA CAROLINA, FELIPE e VAGNER, mais as que foram dispensadas pelo grupo, e localizadas no veículo de JÉFFERSON, sendo todos vizinhos e conhecidos, unindo esforços em conjunto para atenderem a demanda, eis que o local tinha grande fluxo de pessoas), clara está a situação de traficância em concurso, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência de provas ou desclassificação para o crime previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/06.

E, como cediço, o *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de desclassificação da conduta de traficante para usuário, por demandar reexame fático-probatório. Nesse sentido:

[...] TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição ou desclassificação da conduta imputada ao paciente para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais as instâncias ordinárias formaram convicção pela prolação de decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repressiva em desfavor do acusado.

[...]

3. *Habeas Corpus não conhecido.*

(HC 338.201/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 19/4/2016)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTRARRAZÕES. DESNECESSIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE AUTORIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

[...]

3. *A via habeas corpus - ação de índole constitucional marcada por cognição sumária e rito célere - não permite dilação probatória, motivo por que não é adequada para apreciação de pleito absolutório ou de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de entorpecente fundado em insuficiência de provas.*

[...]

5. *Recurso ordinário em habeas corpus não provido.*

(RHC 58.582/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 1º/9/2015)

Em relação à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue a fundamentação exarada pela Corte local para afastar a respectiva incidência (e-STJ fls. 39/40):

Para redução da pena, essencial que o réu seja “primário”, apresente “bons antecedentes”, comprove que “não se dedique às atividades criminosas”, assim como, “nem integre organização criminosa”.

Evidente que essa causa de redução da pena está reservada àquele que age por um impulso, um desvio, em situação isolada no tráfico de drogas. E mais, os parâmetros para a graduação da redução (1/6 a 2/3) devem ser objetivos e extraídos das diversas circunstâncias que envolvam o caso concreto, podendo variar dentro do seu campo de incidência.

Deve mesmo ser levado em conta que o § 4º do art. 33, tem a sua referência justamente no caráter isolado da conduta realizada, pressupondo mesmo não disponha o réu no seu passado sinais indicativos de que esteja fazendo do crime um meio de vida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atuando com profissionalismo. Essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder.

Ao julgador compete a análise do impulso, do fator determinante da conduta objetivamente tratada, que lhe permita concluir tratar-se mesmo de caso de um criminoso meramente ocasional, ou mesmo, se vem tomando aquela conduta como estilo de vida, para que possa, não apenas determinar a gradação da redução da pena, como até mesmo o total afastamento da causa de redução.

No caso, a natureza e quantidade das drogas apreendidas (83 pinos de cocaína, pesando 23,4g), somadas ao fato de que os processados não comprovaram ocupação lícita regular, e comercializavam as drogas em local de grande fluxo de pessoas, indicam que estavam inseridos na atividade criminal de forma permanente, pois não se importavam com as regras de convívio em sociedade, valores familiares e muito menos com a Justiça, sendo de rigor o afastamento do benefício, resultando, para todos, as penas definitivas em 05 anos de reclusão e, 500 dias-multas, no valor diário mínimo.

Dessa forma, ressaí da transcrição supra que o Tribunal *a quo* formou a sua convicção com base no conjunto probatório, como a quantidade de pinos de cocaína apreendidos, do fluxo de pessoas no local da apreensão, além de o paciente não possuir ocupação lícita, concluindo por sua dedicação à atividade criminosa, o que impede a aplicação do redutor. Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, também nesse ponto, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*. Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE REGISTRA MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. MODO DE CUMPRIMENTO DE PENA ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM.

[...]

2. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida (64 pedras de crack), assim como nos demais elementos colhidos na instrução (condenação com trânsito em julgado por crime doloso), que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 300.175/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 15/4/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO, ESPECIAL OU DE REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE PELA VIA DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. RECONHECIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. ELEVAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, VII, DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E MUDANÇA PARA REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PENA DEFINITIVA QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Tendo sido reconhecido pelo Tribunal a quo, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, a dedicação do paciente em atividade criminosa, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, circunstância cuja reapreciação enseja a valoração de prova, o que é incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 207.874/RJ, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 6/11/2015)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO E MINORANTE PREVISTA NO ART. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

[...]

3. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

4. Rever a conclusão do sentenciante - de que o paciente integrava organização criminosa (Comando Vermelho) e exercia o tráfico de drogas de modo profissional e habitual - demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 184.136/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 8/9/2015)

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. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 acusado, que este 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.

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

(HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015)

No que toca ao regime prisional, segue a fundamentação exarada pelo Tribunal local para fixá-lo em inicial fechado (e-STJ fls. 41/43):

Deve ser fixado o regime prisional inicial fechado, eis que decorre de disposição expressa de lei (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), que deve ser respeitada, evitando-se, mesmo que de forma indireta, o reconhecimento da negativa de vigência, além disso, as circunstâncias em que o crime foi cometido, em local com grande fluxo de pessoas, e ante a quantidade e qualidade das drogas apreendidas, também não autorizam a imposição de regime mais brando, revelando a perigosidade incomum de seus agentes.

Sobre os efeitos nocivos da cocaína, merece destaque o quanto consignado pelo eminente Desembargador GERALDO WOHLERS, insigne integrante desta Colenda Terceira Câmara de Direito Criminal, quando do julgamento do Agravo em Execução nº 7001829-94.2014.8.26.0198, aos 27.01.2015, amparado em precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça:

[...]

As 23,4g de cocaína apreendidas seriam suficientes para confecção de cerca de 1.170 doses letais, que serviriam para alimentar o vício de número excessivo de usuários. Tais circunstâncias não podem ser desprezadas no momento da imposição do regime de cumprimento de pena, bem como na análise do cabimento da causa especial de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Dessa forma, constata-se que o regime de cumprimento da reprimenda foi motivado pela vedação legal e pela quantidade de droga apreendida.

Entretanto, como cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (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; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

Ademais, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seja firme no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, na espécie, a quantidade de droga apreendida – 23,4 g de cocaína – não se mostra exacerbada para justificar, de forma isolada, a fixação do regime mais gravoso.

Em consequência, resulta ilegal o primeiro e desproporcional o segundo fundamento utilizado pela Corte local para fixar o regime prisional mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, tratando-se de réu primário, condenado à pena superior a 4 e não excedente a 8 anos, com análise favorável das circunstâncias judiciais, o paciente faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Por fim, mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0047639-1

HC 349.799 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20160000037198 30040341020138260099

EM MESA

JULGADO: 05/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANGELO DI BELLA NETO
ADVOGADO	: ANGELO DI BELLA NETO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEFFERSON APARECIDO GONCALVES
CORRÉU	: ANA CAROLINA FERREIRA
CORRÉU	: VAGNER ANTONIO DA SILVA LOPES
CORRÉU	: FELIPE HENRIQUE FERREIRA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.