



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.336 - SP (2014/0001068-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON HONORATO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AVENTADA *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. *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 pelas instâncias ordinárias, com fulcro nos elementos colhidos na instrução (apreensão de "balança de precisão, prensa, várias cápsulas plásticas tipo *eppendorf* etc."), 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. Não há falar em *reformatio in pejus* quando, embora o Tribunal de origem tenha utilizado a quantidade de droga apreendida, como reforço argumentativo para manter afastada a causa especial de diminuição de pena, houve a indicação de outros elementos concretos dos autos, também empregados pelo Juiz singular, que, por si só, indicam o profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas.

5. *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 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), 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.336 - SP (2014/0001068-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON HONORATO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **WELLINGTON HONORATO DOS SANTOS** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e à pena de 1 (um) ano de detenção, no regime semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 12 da Lei n. 10.826/2003, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade.

A defesa interpôs apelação, suscitando, em síntese, nulidade da sentença, diante a ausência de fundamentação na fixação das penas, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao referido pleito.

Nesta Corte, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, sob o argumento de que, ao considerar a quantidade de droga para manter a não aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal *a quo* teria, em recurso exclusivo da defesa, inovado em sua fundamentação, violando a proibição da *reformatio in pejus*.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante no patamar máximo.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 26-33).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 41-57), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ, fl. 60).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.336 - SP (2014/0001068-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON HONORATO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AVENTADA *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. *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 pelas instâncias ordinárias, com fulcro nos elementos colhidos na instrução (apreensão de "balança de precisão, prensa, várias cápsulas plásticas tipo *eppendorf* etc."), 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. Não há falar em *reformatio in pejus* quando, embora o Tribunal de origem tenha utilizado a quantidade de droga apreendida, como reforço argumentativo para manter afastada a causa especial de diminuição de pena, houve a indicação de outros elementos concretos dos autos, também empregados pelo Juiz singular, que, por si só, indicam o profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. O Juízo de 1º grau procedeu à individualização da pena nos seguintes termos:

"Na fase do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, e do artigo 59, do Código Pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não vislumbro motivo que justifique a exasperação da pena-base do porte ilegal de arma fixada em um ano de detenção e dez dias-multa. Considerando a substancial quantidade de droga apreendida, a pena-base do tráfico fixada em oito anos de reclusão e oitocentos dias multa. Como confissão do réu foi apenas parcial e relativa à posse ilegal de arma, crime cuja pena foi fixada no piso, ela não poderia ser reduzida abaixo disso, nos termos da Súmula 231 do STJ. Porém, em se tratando de confissão incompleta, entendo que não se pode considerá-la como atenuante. Não entendo aplicável a regra do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 à hipótese dos autos, diante da notícia de que **Wellington era o responsável pelo 'abastecimento do bairro de Pimentas em Guarulhos, o que se pode concluir examinando as fotografias de fls. 61/64 que apontam a existência de diversos objetos utilizados na preparação da droga para venda, a comprovar que ele se dedica a atividades criminosas.'** (e-STJ, fls. 14-15, grifou-se.)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao negar provimento ao recurso defensivo, utilizou-se dos seguintes argumentos no tocante à não incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de drogas:

"O apelante não faz jus à aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006, visto que a expressiva quantidade de cocaína (11.125 kg de cocaína em pó), **aliada à apreensão de objetos utilizados na preparação da substância para comercialização (balança de precisão, prensa, várias cápsulas plásticas tipo eppendorf etc)** evidencia que ele se dedicava às atividades criminosas." (e-STJ, fl. 24, grifou-se.)

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. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

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 as instâncias ordinárias negaram ao paciente a redução da pena levando em conta dados fáticos dos autos, que revelaram a dedicação do agente ao narcotráfico, especificamente a apreensão de objetos utilizados na preparação da substância para comercialização (balança de precisão, prensa, várias cápsulas plásticas tipo eppendorf etc).

Desse modo, apontados elementos concretos que, por si sós, indicam o profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas, a discussão de que teria ocorrido *reformatio*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

in pejus, em razão do reforço argumentativo trazido pelo Tribunal *a quo* (a gigantesca quantidade de droga encontrada – 11.125kg de cocaína em pó), se torna irrelevante.

Ainda que esse não fosse o caso, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nos sentido de que a Corte revisora pode manter afastada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento diverso, desde que constante na sentença condenatória, sem que incorre na indevida *reformatio in pejus*.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RÉU QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL FUNDAMENTADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. A não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de conjunto probatório apto a afastar ao menos um dos critérios, que são autônomos, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Nesse juízo, não se pode ignorar que a norma em questão tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, caput e § 1º, daquele mesmo diploma legal em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, razão pela qual, evidentemente, não estaria apto a usufruir do referido benefício. 2. As instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, pela dedicação do recorrente a atividade criminosa, circunstância que não pode contraditada em sede de *habeas corpus*, instrumento que não se presta para o revolvimento do conjunto fático probatório. Precedentes. 3. Mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a manutenção da decisão recorrida, em sede de apelação, ainda que por outros fundamentos. No particular, a não aplicação da minorante foi mantida, sob perspectiva diversa, com esteio circunstâncias fáticas apontadas na própria sentença condenatória. Desse modo, não há falar em *reformatio in pejus*. 4. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o quantum da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33 § 3º). Nesse contexto, não há ilegalidade na decisão que, mediante fundamentação jurídica adequada, estabelece o regime inicial mais grave, como medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(RHC 129811, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 04-12-2015 PUBLIC 07-12-2015.)

Com efeito, assentado pelas instâncias ordinárias, com fulcro nos elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividade criminosa, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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.)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0001068-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 286.336 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00194959420118260050 050110194950 194959420118260050 4532011 50110194950 70

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WELLINGTON HONORATO DOS SANTOS (PRESO)

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