



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.158 - SP (2015/0200020-6)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE PAULO DE SOUZA SA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CABIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto.

3. *In casu*, embora o paciente seja primário, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor por considerar que o paciente dedicava-se a atividades criminosas, destacando o Tribunal de origem a intensa reprovabilidade da conduta do agente, que foi surpreendido com 26 (vinte e seis) porções de cocaína.

4. Admite-se a fixação de regime mais gravoso para o crime de tráfico de drogas em razão da natureza e da quantidade da substância apreendida.

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 24 de novembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.158 - SP (2015/0200020-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de JOSÉ PAULO DE SOUZA SÁ, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 28/37).

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo*, por maioria dos votos, negou provimento ao recurso defensivo (fls. 46/64).

Pugnando pela prevalência do voto vencido, no sentido de desclassificar a conduta criminosa para uso, foram opostos embargos infringentes, que foram desprovidos (fls. 68/80).

No presente *mandamus*, alega a impetrante ser inidônea a determinação de cumprimento de pena em regime inicial fechado e sustenta que a pena deve ser reduzida em 2/3, diante da existência de circunstâncias favoráveis dispostas no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e no art. 59 do Código Penal.

Requer, liminarmente, que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento definitivo do presente *writ* ou, subsidiariamente, que cumpra a pena em regime mais brando.

No mérito, pugna pela anulação do acórdão guerreado, a fim de que seja prolatada nova decisão, ou, alternativamente, que seja aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, estabelecendo-se como regime inicial o aberto ou o semiaberto.

Liminar indeferida às fls. 86/87.

Informações prestadas (fls. 97/98 e 137/138).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 172/177).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.158 - SP (2015/0200020-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Requer o impetrante, em síntese, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e o estabelecimento do regime inicial aberto ou semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

In casu, o Juiz sentenciante deixou de aplicar o referido redutor e fixou o regime inicial fechado pelos seguintes fundamentos (fls. 33/36):

Ante o exposto, **julgo procedente a ação, para condenar JOSÉ PAULO DE SOUZA SA, portador do R.G./ILR.G.D. nº 71.141.139, (...), à pena de cinco anos de reclusão e ao pagamento de quinhentos dias-multa, cada um destes fixado em 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, a ser atualizado em execução, como incurso nas penas cominadas no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006.**

Independente do trânsito em julgado, já elaborado o laudo e não mais interessando ao processo a apreensão, oficie-se ao setor competente para que encaminhe a arma apreendida ao Comando do Exército, para destruição, nos termos do que dispõe o artigo 25 da Lei nº 10.826/2003.

Caso ainda não haja determinação nesse sentido, oficie-se autorizando a incineração do entorpecente, preservando-se material para eventual contraprova até o trânsito em julgado.

Com fundamento no artigo 59 do Código Penal, e **observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06**, fixei a pena-base em cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no mínimo legal, ausentes motivos para rigor maior (fls. 1/25 do apenso próprio).

Desconsidere a circunstância atenuante aplicável qual seja, a **menoridade** do réu, porque o seu reconhecimento implicaria vedada redução da pena aquém do mínimo legal.

A questão é pacífica (Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça).

O réu é primário.

Afinal, completou 18 anos pouco antes dos fatos.

Contudo, há prova de que se dedicava antes a atividades criminosas, razão pela qual é inaplicável a redução prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Quando menor, já sofreu medida de internação pela prática de **roubo**.

Note-se que a vedação legal não está condicionada a previa investigação nem a processo legal.

A lei, ao lado da menção à primariedade, trata de envolvimento com *atividades criminosas*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nada mais exige.

Ante a pena aplicada, desnecessária a discussão sobre o cabimento da suspensão condicional da pena e da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos na hipótese.

A pena pecuniária foi fixada pelos mesmos critérios, e o valor de cada dia-multa foi estabelecido no mínimo em atenção à situação econômica do réu (interrogatório judicial), observado o artigo 43 da Lei 11.343/2006.

A pena será cumprida **inicialmente em regime fechado**, ante o disposto no artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, de constitucional idade não afastada por decisão que vincule o juízo.

A Corte *a quo*, por sua vez, negou provimento à apelação defensiva, pelos fundamentos a seguir expostos (fls. 58/60):

Passo à análise das penas que, adiante-se, tampouco comporta reparo.

As penas do acusado foram devidamente fixadas, no mínimo legal, e, apesar da menoridade relativa do acusado, mantida no patamar raso tendo em vista o contido na Súmula 231 do STJ.

Busca a defesa a aplicação do redutor no patamar máximo.

Em que pesem as alegações da combativa Defesa, temos que, no caso sob exame, o redutor de pena não é cabível.

A nova Lei de Drogas recrudesceu o tratamento aplicado aos traficantes, agravando a dosagem penal, passando a variar de 05 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Da mesma feita passou a criar uma causa de redução, diminuindo o rigor da norma, a fim de beneficiar o chamado "pequeno traficante", desde que atendesse a determinados requisitos.

Com efeito, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na superveniente legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organizações criminosas.

No presente caso, o réu foi surpreendido com 26 porções de cocaína, sendo evidente que não pode ser tido como pequeno traficante.

Com efeito, a aplicação do redutor de pena no presente caso dar-se-ia em afronta ao princípio da individualização das penas, sendo evidente que o acusado, ante as circunstâncias do caso em comento, não poderia ser beneficiado com mesma redução de pena daquele vende algumas poucas porções de maconha, por exemplo.

Aqui, deve-se considerar a intensa reprovabilidade da conduta do paciente, havendo necessidade, assim, de que seja apenado com maior rigor.

E que a traficância por ele realizada possuía capacidade de atingir a um sem-número de usuários e alimentar o vício de inúmeras pessoas, sendo certo, ainda, que a cocaína é substância cujo potencial lesivo não é desprezível, e tem devastado a nossa sociedade, sendo cada vez maior a quantidade de pessoas em grave situação de dependência química em razão do uso deste entorpecente.

Assim, estes fatores, aliados à ausência de comprovação de ocupação lícita, demonstram que o réu se dedicava à atividade criminosa, eis que vinha fazendo do tráfico seu meio de vida, não preenchendo, assim, os requisitos do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Ante a quantidade de penas fixadas, inviável a absolvição.

Por fim, mantenho o **regime inicial fechado** para o cumprimento das sanções, ante a gravidade dos fatos.

E que o paciente foi detido em posse de significativa quantidade de entorpecentes, cujo potencial lesivo não pode ser desprezado.

[...]

Isto posto, **por maioria de votos, NEGOU-SE PROVIMENTO** à apelação interposta, mantida a r. sentença condenatória tal qual lançada, vencido o Exmo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sr. Des. Relator que dava parcial provimento nos termos que constarão da declaração de voto.

É sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, àquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, consequentemente, tratamento mais benéfico do que o dispensado ao traficante habitual.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, dependendo das circunstâncias do caso em concreto.

Para afirmar que o agente se dedica a atividades criminosas, o magistrado terá – como fizeram as instâncias ordinárias – de analisar a vida pregressa do agente, sopesando sua conduta social, o envolvimento em outros delitos, bem como as circunstâncias fáticas que envolvem o delito de tráfico de drogas perpetrado.

A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico (v.g., embalagens para porções individualizadas de entorpecente), a quantidade de droga apreendida e a circunstância de ele estar respondendo a outros processos criminais.

Na hipótese, embora o paciente seja primário, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor por considerar que o paciente se dedicava a atividades criminosas, destacando o Tribunal de origem a intensa reprovabilidade da conduta do agente, que foi surpreendido com 26 (vinte e seis) porções de cocaína.

Assim, não se vislumbra manifesta ilegalidade apta a causar constrangimento à liberdade de locomoção, porquanto devidamente expostos os motivos para o afastamento da aludida minorante, destinada aos que não se dedicam às atividades criminosas, o que não é o caso do ora paciente.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, CONSIDERANDO A QUANTIDADE DE DROGAS E OUTROS ELEMENTOS FÁTICOS QUE INDICAVAM A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À PRÁTICA DELITIVA. FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (AgRg no AREsp n. 628.686/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 2/3/2015).

(...)

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.346.329/SC, Relator Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 23/04/2015)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR USO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PECULIARIDADES DO CASO. REINCIDÊNCIA, DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ARTIGO 33, § 2º, B, DO CP. COMPATIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(...)

IV - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa. (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o *quantum* da redução da pena.

V - No caso dos autos, as circunstâncias do crime - dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas (24,87g de crack e 54,72g de maconha) - justifica o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente dedicar-se-ia a "atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. (Precedentes). Ademais, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, hipótese não ocorrida no caso em concreto, ante a comprovação da reincidência.

VI - Revela-se adequado, na hipótese, consoante o disposto no art. 33, § 2º, "b", a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 anos e reincidente. Habeas Corpus não conhecido. (HC 306.858/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 25/03/2015)

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, admite-se a fixação de regime mais gravoso para o crime de tráfico de drogas em razão da natureza e da quantidade da substância apreendida, a manifestar a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, *ex vi* do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (HC 124108, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 13-11-2014 e HC 121389, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 07-10-2014, e AgRg no REsp. 1.376.334/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 29/08/2014).

In casu, a quantidade e a natureza da droga apreendida justificam a necessidade de fixação de regime mais rigoroso.

A propósito, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:

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 41KG DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 3 (TRÊS) ANOS E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que o habeas corpus será concedido "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 4 (quatro) anos, não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso (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). A posse de significativa quantidade de cocaína (41 kg) justifica a imposição do regime fechado para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade (Lei 11.343/2006; STJ, AgRg no HC 280.819/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/03/2014; HC 288.654/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/08/2014).

03. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 308.855/MT, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015)

PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Consoante jurisprudência desta Corte, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto para estabelecer a fração de diminuição da pena pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

2. O exame da pretensão recursal, de aplicação da minorante no patamar máximo, implica a necessidade de revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos. Súmula n. 7 do STJ.

3. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

4. O regime inicial fechado foi devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida - mais de 2 kg de cocaína -, bem como da valoração negativa das consequências do crime.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 642.863/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 26/06/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0200020-6

HC 333.158 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00479933520138260050 479933520138260050

EM MESA

JULGADO: 24/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE PAULO DE SOUZA SA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.