



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 517.745 - SP (2019/0183259-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GEAZI FERNANDO RIBEIRO
ADVOGADO : GEAZI FERNANDO RIBEIRO - SP346960
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AGNALDO GODOY SCHIMDT JUNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
3. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantidade e na variedade das drogas - 146 comprimidos de ecstasy e 20,50g de cocaína -, assim como nos demais elementos constantes dos autos (apreensão de dinheiro, munição e arma de fogo), que o paciente se dedica a atividade criminosa, a alteração desse entendimento – para 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. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
5. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).
6. *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 Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 517.745 - SP (2019/0183259-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GEAZI FERNANDO RIBEIRO
ADVOGADO : GEAZI FERNANDO RIBEIRO - SP346960
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AGNALDO GODOY SCHIMDT JUNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **AGNALDO GODOY SCHIMDT JUNIOR**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 637 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para absolver o acusado do delito de posse ilegal de arma de fogo, reconhecida a agravante do art. 40, IV, da Lei de Drogas, redimensionando a sanção para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa, mantido o modo prisional fechado.

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante que a quantidade de entorpecente apreendido não constitui elemento suficiente para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

Aduz que o regime fechado foi estabelecido com amparo na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em contrariedade às Súmulas 718 e 719 do STF.

Requer, assim, a aplicação da minorante, a fixação do modo prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 121-123).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 128-135).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 517.745 - SP (2019/0183259-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GEAZI FERNANDO RIBEIRO
ADVOGADO : GEAZI FERNANDO RIBEIRO - SP346960
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AGNALDO GODOY SCHIMDT JUNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantidade e na variedade das drogas - 146 comprimidos de ecstasy e 20,50g de cocaína -, assim como nos demais elementos constantes dos autos (apreensão de dinheiro, munição e arma de fogo), que o paciente se dedica a atividade criminosa, a alteração desse entendimento – para 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. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem manteve afastado o tráfico privilegiado em decisão assim motivada:

"Não era mesmo o caso de concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, eis que embora seja o réu primário e não possua maus antecedentes, a quantidade das drogas arrestadas 146 comprimidos de ecstasy e 20,50g de cocaína em pó, sua forma de acondicionamento; o encontro de importante quantia em erário e, ainda, a posse de arma de fogo demonstraram, com segurança, que fazia ele do tráfico seu meio de vida, como se profissão fosse.

Dedicava-se, pois, às atividades criminosas hipótese expressamente prevista no bojo do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas como empecilho à concessão da redutora" (e-STJ, fl. 98).

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 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 integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, a Corte de origem negou a aplicação da minorante por entender que há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva do paciente em atividades criminosas, haja vista a **quantidade e a diversidade das drogas encontradas** - 146 comprimidos de *ecstasy* e 20,50g de cocaína -, assim como a **apreensão de dinheiro em espécie (R\$ 1.089,00), sem comprovação de origem lícita, de munição intacta e de um revolver calibre .22**.

Portanto, assentado pela instância ordinária, soberana na análise dos fatos, que o paciente é habitual na prática delitiva, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir o redutor da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTOS CONCRETOS.

1. O Tribunal de Justiça, ao analisar as circunstâncias dos autos - quantidade e natureza da droga, balança de precisão e certa quantia em dinheiro - afirmou que o acusado se dedicava à atividade criminosa.

2. Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido, em observância ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que havendo demonstração de que o paciente se dedica à atividade criminosa, mostra-se inaplicável a minorante em questão.

3. As instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta para a fixação do regime fechado (circunstância judicial negativa (consequências do crime - fl. 206), evidenciada pela apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecentes (665,32 g de maconha, 9 comprimidos de ecstasy e 41 micropontos de LSD).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 382.406/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2017, DJe 15/3/2017);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE 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. DENEGAÇÃO DA ORDEM. [...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*. [...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Vale anotar, ainda, que não há se falar em *bis in idem*, pois, além da quantidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da natureza da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas.

No que se refere ao pedido de alteração do regime prisional, melhor sorte não assiste ao impetrante.

O Tribunal de origem fixou o inicial fechado pelos seguintes fundamentos:

"Em acréscimo à gravidade abstrata do delito, tem-se que a quantidade das substâncias arrestadas, sua diversidade e sua natureza e, ainda, a apreensão de arma de fogo evidenciaram maior reprovabilidade na conduta do sentenciado, sendo que outra não pode ser a resposta estatal no caso em concreto.

[...]

Não bastasse e bastaria, as basilares foram fixadas acima do patamar mínimo legal, sendo que, ex vi do artigo 33, § 3º, do Código Penal, 'É de ser mantido o regime mais gravoso, no caso, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos de reclusão, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, tendo em vista a existência de circunstâncias desfavoráveis ao Recorrente...' (STJ REsp 1.321.431/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 02/12/2013)" (e-STJ, fls. 103-104).

Na identificação 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 por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos, o regime fechado é o adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confirmam-se:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0183259-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 517.745 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005035120158260598 20170000808932 5035120158260598

EM MESA

JULGADO: 10/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GEAZI FERNANDO RIBEIRO
ADVOGADO : GEAZI FERNANDO RIBEIRO - SP346960
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AGNALDO GODOY SCHIMDT JUNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer.