



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 543.461 - SP (2019/0331121-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO - SP0264935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON DONIZETE DOS SANTOS (PRESO)
OUTRO NOME : WELLINGTON DONIZZETI DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DA DROGA. 602G DE MACONHA. REGIME DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem que o paciente se dedicava a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto, demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. A quantidade da droga demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 06 de fevereiro de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 543.461 - SP (2019/0331121-2)

IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO - SP0264935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON DONIZETE DOS SANTOS (PRESO)
OUTRO NOME : WELLINGTON DONIZZETI DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de WELLINGTON DONIZETE DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0000347-95.2018.8.26.0618.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas).

O Tribunal *a quo*, por maioria, negou provimento à apelação da defesa.

No presente *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que o paciente preenche todos os requisitos exigidos à aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06), bem como à fixação de regime mais brando.

Requer, assim, a redução da reprimenda, a alteração do regime prisional, com a consequente substituição da pena por restritiva de direitos.

Indeferido o pedido de liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 373/378).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 543.461 - SP (2019/0331121-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, policiais, em cumprimento de busca e apreensão, surpreenderam o paciente tendo em depósito 602,79g de maconha, entorpecente encontrado oculto na laje da residência. O juízo de primeiro grau, ao condená-lo por tráfico de drogas, deixou de aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. O Tribunal *a quo*, por sua vez, ratificou a sentença penal condenatória, sob a seguinte fundamentação:

Sentença:

[...]

Por fim, a grande quantidade de entorpecente apreendido, acondicionado em um bloco massivo, indica que sua venda seria realizada ao longo do tempo, e não em uma só ocasião, comprovando que há sim dedicação rotineira do increpado a atividades criminosas, embora faltem elementos para aferir ser ele integrante de organização criminosa. Logo, não faz jus à causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Deve o acusado, portanto, responder pelo crime tipificado no artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06.

Passo à aplicação da pena.

Atento aos elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei de Tóxicos, verifico que o acusado não ostenta maus antecedentes (fls. 177). No entanto, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. Assim, considerando a expressiva quantidade de droga apreendida (602,79g de maconha) o que aumenta a culpabilidade, bem como as consequências do delito, aumento a pena base em 1/6, ficando em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Ausentes agravantes e atenuantes. A confissão qualificada oferecida não serve para atenuar a pena.

À míngua doutras causas modificadoras da reprimenda, torno-a definitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausentes sinais de riqueza, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.

Diante da quantidade de pena aplicada, incabíveis a substituição da pena por restritiva de direitos e a sursis.

Deverá, ainda, o acusado iniciar o cumprimento da pena de reclusão no regime fechado, diante da presença de circunstância desfavorável, nos termos do artigo 33, §2º, b, e §3º do CP. (fls. 284/285)

Acórdão:

[...]

Inicialmente, porque, a meu ver, a quantidade de “maconha” apreendida deixa mais do que evidente que se trata de traficante habitual e não ocasional, ou seja, o destinatário da causa de diminuição de pena.

Basta pensar que a droga poderia ser dividida em mais de 600 porções, o que deixa evidente que havia dedicação às atividades criminosas.

Em segundo lugar, não se pode concordar que, por não ter o magistrado de origem analisado com a devida atenção a causa de diminuição de pena, “deve-se aplicar aquilo que for mais favorável ao réu, a saber, a aplicação da benesse, em patamar máximo, à conta de 2/3, ainda que não seja o mais apropriado”.

Ora, fosse tal raciocínio possível e, a rigor, inexistiria motivos para a defesa sequer opor embargos de declaração.

Sempre bastaria aguardar o trânsito ao Ministério Público e recorrer pedindo a exclusão da acusação por falha do julgador.

Além disso, tenho pela aplicação analógica do inciso IV do § 3º do art. 1.013 do CPC-2015 c/c o art. 3º do CPP, segundo o qual poderá o Tribunal decidir ainda que resolva por “decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação”.

Assim, decreta-se a nulidade por falta de fundamentação, mas supro-a para negar aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Consequentemente, mantém-se o regime inicial fechado, nos termos do § 3º do art. 33 do CP, haja vista a pena privativa de liberdade ser superior a 4 anos e haver circunstância judicial negativa.

Ante o exposto, novamente com as vênias ao Exmo. Desembargador Relator sorteado, voto para negar provimento ao recurso interposto (fls. 353/355).

O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade de drogas apreendidas, especialmente quando atrelada a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indica a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º.

Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora paciente faz jus à referida minorante, o que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedado em *habeas corpus*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. **E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório.** Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece da impetração, substitutiva do recurso cabível, quando não há manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. **A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita.

[...]

5. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016).

Esse mesmo elemento (quantidade de droga) demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. 112 PORÇÕES DE COCAÍNA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.***

[...]

- Não obstante fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.

*- Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que **o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, observado o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.***

Habeas corpus não conhecido (HC 300.274/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 6/11/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES QUE CONSTITUEM FATOR IMPEDITIVO PARA O RECONHECIMENTO DA MINORANTE. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Com efeito, esta Corte tem se posicionado no sentido de considerar a condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, aliada à natureza e à quantidade da droga, como fator impeditivo para o reconhecimento da minorante, por evidenciar a dedicação a atividade criminosa, óbice previsto no § 4º do referido preceito de regência. (Precedentes).

III - Ademais, verifica-se que a circunstância judicial referente a quantidade da droga apreendida (500g de maconha) foi valorada em desfavor do paciente, o que demonstraria, inclusive, a aplicação do regime inicial fechado, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

IV - Finalmente, em decorrência do quantum da pena do paciente e da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há falar em possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido (HC 362.591/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/2/2017, DJe 14/3/2017).

[...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo, contudo, na reprimenda final (HC 340.991/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 8/6/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0331121-2

HC 543.461 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003479520188260618 20491837620188260000 3479520188260618

EM MESA

JULGADO: 06/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO - SP0264935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON DONIZETE DOS SANTOS (PRESO)
OUTRO NOME : WELLINGTON DONIZZETI DOS SANTOS
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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).