



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 518.688 - SP (2019/0187885-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA -
SP242824
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO GUSTAVO SOUZA OLIVEIRA (PRESO)
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 E NATUREZA DE DROGAS. REGIME. 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 percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. A quantidade e a natureza da droga demonstram 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 Felix Fischer.

Brasília, 05 de setembro de 2019(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 518.688 - SP (2019/0187885-7)

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA -
SP242824
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO GUSTAVO SOUZA OLIVEIRA (PRESO)
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 JOÃO GUSTAVO SOUZA OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0021392-41.2017.8.26.0344).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, à pena de 8 anos de reclusão em regime fechado. Em apelação da defesa, houve a absolvição quanto ao segundo delito, reduzindo-se a pena para 5 anos de reclusão em regime fechado (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06).

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 pena, a alteração do regime prisional e a consequente substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Indeferido o pedido de liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 46/49).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 518.688 - SP (2019/0187885-7)

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 surpreenderam o paciente, juntamente com um corréu, transportando aproximadamente 70g de cocaína. O Juízo de primeiro grau, ao condená-lo por tráfico de drogas, deixou de aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. O Tribunal *a quo*, ratificou tal decisão, conforme se extrai dos seguintes trechos:

[...]

Depois, no que concerne ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, é preciso ter em conta que para a concessão da causa de diminuição, além de o criminoso preencher os requisitos estabelecidos no tipo penal (agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividade criminosa e nem integre organização criminosa), ainda deve ficar demonstrado que se trata de pequeno traficante, que tenha agido de forma ocasional, pois a intenção do legislador ao permitir a redução das sanções penais, foi justamente diferenciar o infrator contumaz e renitente daquele pequeno traficante ocasional, que faz da mercancia o sustento do seu vício.

Na hipótese dos autos constata-se que os réus se dedicavam à prática de tráfico, pois foi apreendida considerável quantidade de cocaína em poder da dupla, que travou diversos diálogos (laudo pericial de fls. 260/284) sobre aquisição de entorpecente, utilização de substância para aumentar o volume da droga, entrega dos alucinógenos para o consumo de terceiro e os policiais militares Fabio e Ricardo Augusto foram enfáticos ao confirmar que não era a primeira vez que João Gustavo fornecia cocaína para Leonardo comercializá-la na cidade.

Acrescente-se a isso que não se pode desprezar que “(...) Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.” (STJ, HC 484.129/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019).

Não há se falar em abrandamento do regime de cumprimento da carcerária, pois o inicial fechado é o adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da carcerária, considerando que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.

Assim, atentando-se à gravidade do crime, a periculosidade do agente que dissemina o vício, percebe-se que o regime inicial fechado para o cumprimento da privativa de liberdade é o adequado, sendo inviável abrandamento. (fls. 33/34)

O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, especialmente quando atreladas a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indicam 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 vedado em *habeas corpus*.

Confirmam-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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

[...] 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 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: 2019/0187885-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 518.688 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00213924120178260344 213924120178260344

EM MESA

JULGADO: 05/09/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO	: LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA - SP242824
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOAO GUSTAVO SOUZA OLIVEIRA (PRESO)
CORRÉU	: LEONARDO DA SILVA GONÇALVES
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 Felix Fischer.