



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.142 - SP (2015/0199673-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA DO VAL RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON AUGUSTO PEREIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. 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*, o Tribunal de origem afastou aquele redutor considerando que o paciente, embora tecnicamente primário, em razão da quantidade e variedade de drogas que trazia, dedicava-se a atividades ilícitas.

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. Hipótese em que, embora fixada a sanção em patamar equivalente à aplicação do regime semiaberto (5 anos), a adoção de regime prisional mais gravoso justifica-se pela quantidade e natureza da droga apreendida (117,6g de maconha fracionada em 56 porções; 8,5 g de cocaína fracionada em 44 porções e 36 frascos de lança-perfume).

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

Brasília, 13 de outubro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.142 - SP (2015/0199673-2)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de DIEGO CLEITON AUGUSTO PEREIRA, em que se aponta como autoridade coatora a 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0078514-26.2014.8.26.0050 (fls. 1/6).

Consta dos autos que:

a) o Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo condenou o paciente, por ofensa ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente na época do fato (fls. 74/82); e

b) o TJ/SP negou provimento à Apelação Criminal, em que se buscava a absolvição por insuficiência de provas e, alternativamente, a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito e a fixação de regime inicial aberto (fls. 130/135).

No presente *writ*, a Defensoria alega que o paciente sofre constrangimento ilegal, porque não foi aplicada a redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o aberto.

Ao final, requer a concessão de medida *in limine litis*, com a expedição de alvará de soltura para que o paciente aguarde o julgamento da presente ação em liberdade. No mérito, pugna pela aplicação da causa especial de diminuição da Lei Antidrogas em seu patamar máximo e, em consequência, a alteração do regime inicial para o aberto.

A liminar foi indeferida (fls. 147/148).

As informações encontram-se nas fls. 156/169.

Em parecer (fls. 175/177), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.142 - SP (2015/0199673-2)

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.

O Juízo de 1º grau afastou a causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) por entender que o paciente se dedicava à traficância, circunstância que obstava a aplicação da redutora (fls. 80/81):

Por oportuno, cabe destacar que na hipótese *sub examen*, não se aplica a causa de diminuição de pena preconizada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, porquanto está mais do que patenteado nos autos, que o réu fazia do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida, bastando que se atenha à expressiva quantidade e variedade de substâncias apreendidas, sendo uma delas *crack* - considerada de alto potencial nocivo - todas já embaladas para o comércio, bem como ao fato de ter afirmado que iria transportá-las e, que receberia parte delas como forma de pagamento.

A Corte de origem, por seu turno, desproveu o apelo defensivo e ratificou a motivação da sentença condenatória quanto à inaplicabilidade do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluindo que o réu não preenchia os requisitos legais (fl. 133):

Ainda, não há que se falar na aplicabilidade do redutor constante do artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a quantidade e a natureza das drogas apreendidas

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

Para afirmar que o agente se dedica a atividades criminosas, o magistrado terá de analisar a vida pregressa do agente, sopesando sua conduta social, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habitualidade com que ele se envolveu em episódios delitivos, bem como as circunstâncias fáticas que envolvem o tráfico de drogas.

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, como embalagens para porções individualizadas (sacolés), a quantidade de droga apreendida e a circunstância de ele estar respondendo a outros processos criminais.

Nesse contexto, do trecho do aresto acima transcrito, observa-se que o Tribunal de origem fundamentou o afastamento da causa de diminuição na quantidade e na variedade de drogas encontradas em posse do paciente, em conhecido ponto de traficância – 117,6g de maconha fracionada em 56 porções, 8,5g de cocaína fracionada em 44 porções e 36 frascos de lança-perfume –, o que demonstrou sua dedicação ao tráfico de drogas.

Assim, no ponto, 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 a atividades criminosas, o que não é o caso do ora paciente.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO.INCONSTITUCIONALIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem considerou que o Paciente, condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, se dedicava à atividade criminosa do tráfico, tendo em vista que foi preso em local conhecido como ponto de venda de drogas trazendo consigo 39 gramas de "cocaína", acondicionada em 36 pequenas embalagens plásticas, a quantia de R\$ 41,00 e um rádio transmissor pendurado no pescoço.

3. Para efeito de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min.CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

4. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório. Precedentes.

[...]

9. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

(HC 253.721/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO.PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS.QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO.REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE.PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO.FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza e a diversidade das drogas apreendidas - 12 invólucros de cocaína (10,81 g), 37 porções de crack (24,82 g) e 11 porções de maconha (12,33 g) - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa e nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente se dedicava 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.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 7 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto - apreensão de significativa quantidade e diversidade de drogas, com natureza extremamente deletéria, em local conhecido como ponto de tráfico, a denotar dedicação à narcotraficância -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 316.403/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015)

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 – 117,6g de maconha fracionada em 56 porções; 8,5g de cocaína fracionada em 44 porções e 36 frascos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lança-perfume – 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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0199673-2

HC 333.142 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0078514262014 00785142620148260050 156914 15692014 785142620148260050

EM MESA

JULGADO: 13/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA DO VAL RIBEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON AUGUSTO PEREIRA

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.