



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 522.783 - SP (2019/0213722-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : TANIA UNGEFEHR
ADVOGADO : TANIA UNGEFEHR - SP388585
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON CARVALHO PEREIRA (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. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM SER O AGENTE HABITUAL NA PRÁTICA DELITIVA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. Nos termos do § 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.

3. 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 no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem ser o paciente habitual na prática delitiva ou que integre organização criminosa, e verificada a sua primariedade e seus bons antecedentes, cabe a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 2/3.

5. Estabelecida a pena final em patamar inferior a 4 anos e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (quantidade e diversidade dos entorpecentes), o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

6. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, quando negativas as circunstâncias judiciais (art. 44, III, do CP).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, resultando a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais pagamento de 194 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 522.783 - SP (2019/0213722-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : TANIA UNGEFEHR
ADVOGADO : TANIA UNGEFEHR - SP388585
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON CARVALHO PEREIRA (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 **JEFFERSON CARVALHO PEREIRA**, 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 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 647 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem acolheu, em parte, o apelo defensivo para reduzir a sanção para 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa, mantido o regime mais gravoso.

Neste *habeas corpus*, o impetrante sustenta que a quantidade de droga não é elemento suficiente para se afastar o redutor do tráfico privilegiado, a pretexto de que o paciente se dedica ao comércio espúrio.

Aduz que o regime mais severo foi estabelecido com amparo na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em contrariedade às Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF. Defende a aplicação da permuta legal.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 132-133).

Informações prestadas (e-STJ, fl. 137-138).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 166-169).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 522.783 - SP (2019/0213722-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : TANIA UNGEFEHR
ADVOGADO : TANIA UNGEFEHR - SP388585
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON CARVALHO PEREIRA (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. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM SER O AGENTE HABITUAL NA PRÁTICA DELITIVA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. Nos termos do § 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.

3. 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 no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que à míngua de elementos probatórios que denotem ser o paciente habitual na prática delitiva ou que integre organização criminosa, e verificada a sua primariedade e seus bons antecedentes, cabe a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 2/3.

5. Estabelecida a pena final em patamar inferior a 4 anos e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (quantidade e diversidade dos entorpecentes), o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

6. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, quando negativas as circunstâncias judiciais (art. 44, III, do CP).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, resultando a pena do paciente em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais pagamento de 194



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

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.

Dessarte, 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.

Em primeiro grau, o Juiz sentenciante deixou "de reconhecer a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei Especial porquanto o acusado se dedicava à traficância, haja vista ter informado aos policiais o seu 'turno' de mercancia, a indicar habitualidade da conduta criminosa" (e-STJ, fls. 70-71).

O Tribunal de origem, sobre o ponto, consignou:

"[...]"

Não era mesmo o caso de aplicar-se o redutor do mencionado § 4º, artigo 33, da Lei de Drogas, que é facultativo e não obrigatório, cabendo ao magistrado ponderar o comportamento do réu para sua aplicação. No presente caso, Jefferson demonstrou personalidade voltada ao delito, dedicando-se ao narcotráfico e participando de esquema criminoso organizado, com turno pré-estabelecido para a mercancia na via pública, próximo a estabelecimentos de ensino, portando quantidade considerável e variedade de tóxicos, deixando número indeterminado de pessoas vulnerável ao nefasto vício, não fazendo jus ao beneplácito" (e-STJ, fls. 123-124).

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 integrem organizações criminosas.

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, o Tribunal de origem negou ao paciente o tráfico privilegiado, por entender que a quantidade e a variedade das drogas encontradas e o fato de ter confessado possuir turno fixo no local para a traficância, segundo relato dos policiais, denotariam seu envolvimento reiterado na atividade criminosa.

Todavia, ao contrário do firmado pelas instâncias ordinárias, de uma leitura atenta dos autos, observa-se que as circunstâncias do delito são normais à espécie.

Embora o paciente tenha admitido ter um turno fixo para o comércio espúrio na localidade (das 04:00 às 16:00), ele narrou, na mesma oportunidade, que era o seu segundo dia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traficando e que ingressou na atividade ilícita para saldar dívida de um veículo (e-STJ, fl. 112), circunstâncias que o qualificam como pequeno e iniciante no tráfico, justamente aqueles a quem a norma em questão visa dar tratamento mais benéfico.

Ademais, revela anotar que a quantidade de substância entorpecente encontrada já foi utilizada na primeira etapa do cálculo penal (71,4g de maconha; 34,6g de cocaína e 7,7g de *crack*), para majorar a pena-base, sendo vedada nova aferição de tais elementos para definir o patamar do redutor do tráfico privilegiado, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, **em sede de repercussão geral**, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014).

Dessa forma, a múnua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente à atividade criminosa, considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima (2/3).

Passo à readequação da pena.

A pena-base parte de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, em razão da aferição desfavorável da quantidade e da variedade das substâncias, a qual retornou ao mínimo legal, na etapa seguinte, pelo reconhecimento da atenuante de confissão espontânea. Na terceira fase, majoro-a em 1/6, pela causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e, reconhecido o tráfico privilegiado, reduzo-a, na sequência, em 2/3, restando definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 194 dias-multa.

O regime inicial semiaberto é o **adequado** para o cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição negativa de circunstância judicial (quantidade e variedade das drogas) na primeira fase da dosimetria (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. PENA DE MULTA. *REFORMATIO IN PEJUS*, OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos, é inviável a imposição do regime aberto, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, a saber, a natureza das drogas apreendidas - ecstasy, LSD e cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado ao paciente, condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, sendo razoável a imposição do regime inicial intermediário.

2. Verificada a ocorrência de *reformatio in pejus* no acórdão guerreado, em razão da aplicação de multa em valor superior ao fixado na sentença condenatória, mister o restabelecimento do montante fixado em primeira instância.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000699-53.2008.8.16.0013, bem como restabelecer o valor da multa fixada pelo Juízo de primeira instância." (HC 372.695/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/2/2017, DJe 10/2/2017).

Por fim, consigne-se ser incabível a substituição da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritivas de direito, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a quantia e a variedade das drogas apreendidas.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O REGIME EXCESSIVAMENTE MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

4. A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. Precedentes.

5. No caso, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, sopesados na terceira fase da dosimetria, constitui fundamento idôneo para a fixação do regime prisional mais gravoso e para negar a substituição por restritivas de direitos. Entretanto, tais circunstâncias apenas justificam o regime intermediário, tendo em vista que o paciente é primário e a condenação não é superior a 4 anos.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, resultando a pena final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 194 dias-multa, no regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0213722-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 522.783 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00417449220188260050 20190000332337 30722018 3812018 417449220188260050

EM MESA

JULGADO: 17/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TANIA UNGEFEHR
ADVOGADO : TANIA UNGEFEHR - SP388585
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON CARVALHO PEREIRA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.