



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.452 - SP (2016/0326998-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **FABIO ROGERIO DONADON COSTA**
ADVOGADO : **FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDRE LUIZ PEREIRA DA LUZ**

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 A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* 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.
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 pelas instâncias ordinárias, com base nas circunstâncias do flagrante, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, pois, além de ter sido surpreendido com certa quantidade de droga fracionadas em pequenas porções, prontas para distribuição, em local conhecido como ponto do tráfico, houve a apreensão de arma de fogo e *ependorfs* vazios, a modificação desse entendimento – a fim de 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. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às 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. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sobretudo quando não significativa a quantidade de droga apreendida (68 porções de maconha, com peso de 49,23g), a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.
6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

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

Brasília (DF), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.452 - SP (2016/0326998-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **FABIO ROGERIO DONADON COSTA**
ADVOGADO : **FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDRE LUIZ PEREIRA DA LUZ**

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ANDRE LUIZ PEREIRA DA LUZ**, 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 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante manifesto constrangimento ilegal na dosimetria da pena, pela não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que preenchidos os requisitos legais pelo paciente. Afirma, ainda, que o regime prisional mais gravoso foi fixado com base apenas na gravidade abstrata e na hediondez do delito de tráfico.

Requer, assim, a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, bem como o abrandamento do regime prisional e, conseqüentemente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 53).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 62-64 e 67-68).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, de ofício, para determinar ao "Juízo de execução que proceda a nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do artigo 33 do CP, afastada a hediondez do delito" (e-STJ, fls. 103-108).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.452 - SP (2016/0326998-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **FABIO ROGERIO DONADON COSTA**
ADVOGADO : **FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDRE LUIZ PEREIRA DA LUZ**

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 A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* 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.
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 integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com base nas circunstâncias do flagrante, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, pois, além de ter sido surpreendido com certa quantidade de droga fracionadas em pequenas porções, prontas para distribuição, em local conhecido como ponto do tráfico, houve a apreensão de arma de fogo e *eppendorfs* vazios, a modificação desse entendimento – a fim de 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. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às 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. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sobretudo quando não significativa a quantidade de droga apreendida (68 porções de maconha, com peso de 49,23g), a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.
6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

VOTO

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

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, não se identifica o alegado constrangimento sustentado pela defesa.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve afastada a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas pelos seguintes motivos:

Ora, a natureza e a quantidade da droga apreendida (aproximadamente sessenta e oito porções individuais de maconha), a forma como estava disposta (fracionada em pequenas porções e pronta para ser distribuída), a apreensão de dinheiro, de arma de fogo, munição e de eppendorfs vazios, os locais onde se deram os fatos, conhecido ponto do tráfico, a postura dos recorrentes, que tentaram se furtar da abordagem policial, a detalhada confissão policial dos recorrentes e as inequívocas circunstâncias da apreensão e da prisão em flagrante, levam à inexorável conclusão de que os mesmos, realmente, tinham em depósito e guardavam a droga apreendida, com o evidente objetivo de entregá-la ao consumo alheio.

Assim, ante as circunstâncias do caso, que não permitem a menor dúvida do exercício do nefasto comércio e não havendo falar-se em atipicidade ou em insuficiência de provas, a condenação dos recorrentes pelo tráfico de drogas era mesmo de rigor e foi bem decretada, restando inviável a desclassificação do tráfico para o delito de porte de droga para o uso próprio, pleiteada pelo recorrente Bruno, ainda que ele, eventualmente, fizesse uso do entorpecente, conforme atestou a testemunha Silmara da Silva (fls. 257 a 258). Como cediço, a mera condição de usuário ou dependente, por si só, não possui o condão de excluir o narcotráfico.

[...]

E, de fato, não caberia o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a considerável quantidade de droga apreendida, que denota um elevado grau de reprovabilidade na conduta praticada pelos recorrentes e a necessidade de maior rigor na resposta estatal, circunstâncias inibidoras da aplicação da referida causa especial de diminuição de pena, destinada aos traficantes de 'primeira viagem' (e-STJ, fls. 47-48 – grifo nosso).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista **apenas** nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Nos termos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecidamente primários, possuem 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 (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese, segundo se observa, o Tribunal de origem negou ao paciente a benesse legal por entender que as circunstâncias do flagrante evidenciaram sua habitualidade delitiva no tráfico de entorpecentes, pois, além de ter sido surpreendido com 68 porções de maconha (49,23g) fracionadas em pequenas porções, prontas para distribuição, em local conhecido como ponto do tráfico, houve também a apreensão de arma de fogo e de *eppendorfs* vazios.

Desse modo, assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, a modificação desse entendimento – a fim de 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*.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

4. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se, no ponto, que o paciente encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 353.309/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, melhor sorte assiste ao impetrante.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

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.

In casu, embora o Tribunal *a quo* tenha apontado fundamento válido (a quantidade da droga apreendida) para a imposição do regime fechado, consoante determina os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas, tratando-se da apreensão de 68 porções de maconha (com peso 49,23g), verificada a primariedade do paciente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o modo **semiaberto** mostra-se adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 (quatro) anos, 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).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0326998-6

HC 382.452 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015304920158260637 15304920158260637

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FABIO ROGERIO DONADON COSTA
ADVOGADO	: FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDRE LUIZ PEREIRA DA LUZ
CORRÉU	: BRUNO CAIQUE DE SOUZA

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