



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.845 - SP (2014/0294834-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HAROLDO PEREIRA RODRIGUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAÍQUE DE SOUZA BLUM

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 MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.
3. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade de droga apreendida, assim como nas demais circunstâncias em que realizada a prisão em flagrante, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (39 pinos de cocaína, 48 pedras de *crack* e 07 papéletes de maconha), que foram inclusive sopesadas na terceira fase da dosimetria da pena (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).
5. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que torna inviável a sua análise neste *mandamus*, sob pena de indevida supressão de instância.
6. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 17 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.845 - SP (2014/0294834-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HAROLDO PEREIRA RODRIGUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAÍQUE DE SOUZA BLUM

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **CAÍQUE DE SOUZA BLUM** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 530 (quinhentos e trinta) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

"Apelação. Crime de tráfico de drogas. 1. Quadro probatório suficiente a evidenciar a responsabilidade penal do acusado pelo delito de tráfico de drogas com a participação de menores. 2. As circunstâncias do caso desnudam um cenário incompatível com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 3. Penas adequadamente dosadas. 4. Recurso não provido" (e-STJ, fls. 20/28).

Neste *writ*, o impetrante alega, em síntese, que foram preenchidos os requisitos constantes no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, logo a referida causa de diminuição deve incidir em seu grau máximo, qual seja, em 2/3 (dois terços). Aduz que houve contradição na escolha do regime prisional, uma vez que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao paciente, tanto que a pena-base foi mantida em seu mínimo legal.

Requer, assim, a concessão da ordem para aplicar a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 no seu grau máximo de 2/3, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 37-40).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 48-62), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 66-72).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.845 - SP (2014/0294834-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HAROLDO PEREIRA RODRIGUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAÍQUE DE SOUZA BLUM

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 MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade de droga apreendida, assim como nas demais circunstâncias em que realizada a prisão em flagrante, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (39 pinos de cocaína, 48 pedras de *crack* e 07 papéletes de maconha), que foram inclusive sopesadas na terceira fase da dosimetria da pena (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).

5. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que torna inviável a sua análise neste *mandamus*, sob pena de indevida supressão de instância.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada sob a seguinte motivação:

"Verte dos relatos dos policiais que, na data dos fatos, realizavam patrulhamento pelo local conhecido como ponto de comércio ilícito - a fim de investigar denúncia referente a tráfico de entorpecentes, quando vislumbraram os três indivíduos que comercializam as drogas na região. Ao perceberem a presença policial, os sujeitos empreenderam fuga a pé em direção a um terreno baldio, momento em que o ora réu arremessou um volume. Apreendido posteriormente, constataram tratar-se de um embrulho plástico contendo 39 pinos de cocaína. Ao alcançarem os indivíduos, foi realizada revista pessoal, tendo sido encontrada com o acusado a quantia de R\$ 30,00, ocultada em sua cueca. Com o menor Marcos Adriano da Silva foram encontradas 48 pedras de "crack", além do montante em dinheiro de R\$ 37,00, e com o adolescente Igor Demetrius dos Santos Amaro foram encontradas 07 porções de maconha e R\$ 35,00 em dinheiro. Indagados a respeito, o adolescente infrator Igor Demetrius informou que realizavam a venda da porção de "crack" a R\$ 5,00, da porção de cocaína a R\$ 10,00 e da porção de maconha a R\$ 5,00. O policial Nelson acresceu, ainda, que o acusado é conhecido dos meios policiais.

[...]

Descabido, por seu turno, cogitar-se da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Consta da denúncia corroborada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 17/23) que o acusado e os menores foram surpreendidos na posse de significativa quantidade de entorpecentes (39 pinos de cocaína, 48 pedras de "crack" e 07 papelotes de maconha).

Ademais, o policial militar Nelson disse já conhecer o acusado de outras ocorrências similares e não demonstrou o réu exercer qualquer atividade lícita. Tudo a sinalizar tratar-se de pessoa dedicada às atividades criminosas.

Cabe salientar que **'a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas', para os fins a que alude o citado artigo de lei (STF, RHC n. 94.806, relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA)**. Na realidade, a qualificação do agente como pessoa dedicada às atividades criminosas situação que afasta a incidência da causa de diminuição de pena estampada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/11 pode vir assentada na prova indiciária, tal como esta se acha definida no artigo 239 do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado (artigo 155, do Código de Processo Penal), não se exigindo prova direta desta circunstância, sob pena de inviabilização da repressão penal a este tipo de delito, dada a dificuldade de se obter uma prova deste tipo (STF, HC n. 101.519, rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUIZ FUX). Consoante salientado pelo Ministro Luiz Fux, em passagem bastante elucidativa de seu voto, '**os criminosos não circulam com uma 'carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas'**'. Deveras, na interpretação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, há que se atentar para o elemento teleológico, na dicção do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (**FRANCISCO AMARAL**, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, pp. 88/89; **JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO**, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, pp. 430/431), vale dizer, no sentido de que o escopo da lei foi de beneficiar com uma sensível redução da pena aquele agente que pela primeira vez se lança no mundo criminoso, cuja conduta não representa um maior perigo para a coletividade, de sorte que a pena reduzida, ainda que considerada a gravidade do tráfico de entorpecentes, afigura-se suficiente para a ressocialização e reprove suficientemente o comportamento. Essa não é, decididamente, a situação do réu" (e-STJ, fls. 22-28, grifo no original).

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 reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, 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, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes levando em conta as circunstâncias da prisão em flagrante, uma vez que surpreendido, em local conhecido como ponto de drogas, na companhia de dois adolescentes e com expressiva quantidade de droga (39 pinos de cocaína, 48 pedras de *crack* e 7 porções de maconha). Além disso, o paciente não comprovou atividade lícita e é conhecido, no meio policial, pela prática de outras ocorrências similares.

Assim, assentado pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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 SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.**

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida."

(HC 316.802/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015.)

Quanto ao regime prisional, a Corte de origem assim consignou:

"E o regime inicial da pena privativa de liberdade somente podia ser o fechado, tendo em vista o grau de culpabilidade da conduta (quantidade e natureza da droga, bem como concurso com adolescentes)" (e-STJ, fl. 28).

Convém destacar que a obrigatoriedade do início no regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição 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 pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, observa-se que o acórdão impugnado considerou a natureza e a quantidade de droga apreendida na escolha do regime prisional fechado, em consonância com as diretrizes estabelecidas nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas.

Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, não se mostra ilegal a imposição do regime mais severo com fundamento na natureza e na expressiva quantidade de droga apreendida (39 pinos de cocaína, 48 pedras de *crack* e 07 papелotes de maconha), uma vez que tais circunstâncias foram elencadas pelo próprio legislador como prevaletentes, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).

[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

Por fim, em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que a matéria não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, o que torna inviável a sua análise neste *mandamus*, sob pena de indevida supressão de instância.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0294834-2

HC 308.845 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00574136920128260577 2014000491148 574136920128260577

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HAROLDO PEREIRA RODRIGUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAÍQUE DE SOUZA BLUM

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