



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.273 - SP (2017/0057123-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : RODRIGO HIPOLITO FERNANDES
ADVOGADO : RODRIGO HIPOLITO FERNANDES - SP371413
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS BRAYN DE OLIVEIRA SANTOS

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. TEMA NÃO ENFRENTADO PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. . **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, haja vista a dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada pelo conjunto probatório dos autos, bem como pela quantidade de droga apreendida (394 porções de cocaína e 392 porções de crack, contendo pesos líquidos aproximados de 501,1 g e 52,8 g, respectivamente).

III - O tema referente ao regime inicial de cumprimento de pena não foi apreciado pelo Tribunal **a quo**, o que impede seu exame por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

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, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 09 de maio de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.273 - SP (2017/0057123-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS BRAYN OLIVEIRA DOS SANTOS, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que, julgada procedente a denúncia, o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no piso mínimo, em razão da prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, c.c. art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignados, Ministério Público estadual e defesa interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, o qual, por sua vez, desproveu o recurso da defesa e proveu em parte o apelo da acusação, a fim de afastar a minorante contida no §4º do art. 33 da Lei de drogas, redimensionando a pena ao patamar de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (sem ementa).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante que, *"embora o Paciente seja primário, não possua maus antecedentes e não integre organização criminosa (conforme muito bem reconhecido na r. Sentença de primeiro grau), o Tribunal a quo afastou o redutor do § 4º, do art. 33, da lei 11.343/06, sem apresentar justificativa idônea, apoiando-se tão somente em elementos abstratos e na própria condenação, para concluir que o Paciente se dedicava a atividades criminosas, motivo pelo qual identifica-se manifesta ilegalidade"* (fl. 13).

Quanto ao regime de cumprimento de pena, afirma que foi fixado apenas em razão da gravidade abstrata do crime, de maneira que, levando-se em conta o caso concreto, deveria ter sido estabelecido o regime semiaberto. No mais, afirma que a fixação do regime mais gravoso viola as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Busca, ao fim, a concessão da ordem para que *"o v. Acórdão seja cassado e*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restabelecida a r. Sentença de primeiro grau; contudo, estabelecendo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade" (fl. 19).

A liminar foi indeferida à fl. 56.

As informações foram prestadas às fls. 62-93.

A eminente representante do Ministério Público Federal, às fls. 97-100, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, ou, se caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.273 - SP (2017/0057123-9)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. TEMA NÃO ENFRENTADO PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. . **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa para a incidência dessa causa especial de diminuição de pena. É o caso dos autos, haja vista a dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada pelo conjunto probatório dos autos, bem como pela quantidade de droga apreendida (394 porções de cocaína e 392 porções de crack, contendo pesos líquidos aproximados de 501,1 g e 52,8 g, respectivamente).

III - O tema referente ao regime inicial de cumprimento de pena não foi apreciado pelo Tribunal **a quo**, o que impede seu exame por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Imperioso, portanto, examinar a existência de alguma flagrante ilegalidade.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto do v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal **a quo**, no ponto em questão:

"Por outro lado, acolhe-se a pretensão ministerial a fim de que seja afastado o redutor previsto no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06.

A incidência de tal minorante está condicionada ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais, quais sejam, primariedade, bons antecedentes e que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. E o réu esbarra nestes últimos requisitos.

Na espécie, a prova circunstancial coligida aos autos revela que a conduta do sentenciado ultrapassa a do traficante ocasional, eventual, sobretudo diante da exorbitante quantidade apreendida (um total de 786 porções, dentre cocaína em pó e em pedra), juntamente com três aparelhos de telefonia móvel, em unidade escolar conhecida como ponto de traficância.

E jamais fez prova cabal de emprego regular, declarando desemprego na primeira oportunidade em que ouvido (vide fl. 61). Então, não comprovou o desempenho de trabalho lícito. Com ele auferiria renda legal e, por tabela, teria comprado coisa defesa com dinheiro de boa origem. Mas aqui não é o que acontece. Não há explicação de como teria conseguido renda para adquirir o estupefaciente. Senão com o desempenho da mercancia ilícita. Por isso, ainda que ausentes condenações criminais transitadas em julgado, as circunstâncias concretas da prática do crime e demais elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa (STF HC 109.172/MS rel.Min. Rosa Weber j. 11.9.2012).

Respeitosamente, quantidades excessivas, como as dos presentes autos, são denotadoras de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).

Aliás, em recente julgado, o E. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no mesmo sentido, a saber: "(...) Caso em que a expressiva quantidade de droga encontrada (120kg de maconha) demonstra a dedicação do paciente às atividades criminosas e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de bis in idem. Precedentes do STF (...) (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

308682/MS rel. Min. Gurgel de Faria 5ª T. j. 8.9.2015).

Não se há confundir a teleologia do redutor, voltado para infratores de menor potencial, o que não é o caso. Oportuno remeter ao escólio do E. Des. Geraldo Wohlers, da 3ª Câm. de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apel. n. 0001734-82.2010.8.26.0568, em 19.7.2011: "(...) A diminuição hoje admitida pelo artigo 33, § 4o, da Lei nº 11.343/06 não está inquinada de inconstitucionalidade. Trata-se de mecanismo que fornece ao Magistrado maior amplitude e liberdade de atuação para aferir no caso concreto a retribuição penal a ser suportada pelo transgressor, prestigiando o princípio constitucional da individualização da pena, direito fundamental insculpido no artigo 5º, XLIV, da CF.

Todavia, referida redução não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A mens legis da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda. Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4o, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".

[...]

Data vênua, vê-se que as lições retro mencionadas, adequadas ao caso em tela, não admitem o benefício. Por isso, respeitado o convencimento do MM. Juiz, ainda que ausentes condenações criminais pretéritas, não seria caso de reconhecer o redutor, posto que as circunstâncias concretas da prática do crime e outros elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa (STF HC 109.172/MS rel. Min. Rosa Weber j. 11.9.2012).

Assim, excluído o benefício aplicado na origem em favor do acusado, e tendo em vista a aplicação da majorante do art. 40, III da Lei de Tóxicos, a pena final do sentenciado retorna ao patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 diárias de multa, mantida a unidade no piso legal" (fls. 36-41 - grifei).

Pois bem. Cumpre registrar, inicialmente, que "Não é viável, na via estreita do habeas corpus, o reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal", porquanto "O que está autorizado é apenas o controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades" (HC n. 123.210/RJ/STF, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 4/11/2014).

Assim, passo a analisar a possibilidade de aplicação da minorante prevista no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, tal como requerido pelo impetrante.

Insta asseverar, oportunamente, que os requisitos previstos na causa de diminuição (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da causa de diminuição de pena.

Na presente hipótese, verifica-se razoável o afastamento da aplicação da minorante. É que, da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, observa-se que o eg. Tribunal **a quo** valorou a **quantidade e a natureza da droga apreendida como fator apto a justificar a não incidência da fração redutora de pena**.

Com efeito, cabe ao julgador aferir, no caso concreto, **ex vi** do art. 42 da Lei 11.343/06, as circunstâncias do crime para concluir pela incidência ou não do redutor. Esta Corte tem se posicionado no sentido de considerar a quantidade de droga apreendida para afastar a aplicação da causa de diminuição, desde que observada a vedação do **bis in idem**.

In casu, foram apreendidas consideráveis quantidades de drogas com o paciente, a saber, *"394 porções de cocaína e 392 porções de crack, contendo pesos líquidos aproximados de 501,1 g e 52,8 g, respectivamente"* (fl. 21), o que seria indicativo de dedicação à atividades criminosas, conforme expressão prevista no **caput** do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Colaciono precedentes desta Corte que corroboram a tese ora aventada, **verbis**:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06 EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação das penas deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06.

[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que as circunstâncias do caso - principalmente a quantidade de droga apreendida - demonstram não se tratar de traficante eventual.

[...] (AgRg no HC n. 268.565/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/10/2014, grifei).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

[...]

2. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justifiquem a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado" (HC n. 300.550/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 6/10/2014, grifei).

Não se vislumbra, portanto, qualquer ilegalidade no que concerne à não aplicação do minorante no caso concreto.

Quanto ao **regime inicial de cumprimento de pena**, nota-se que a matéria **não foi apreciada no voto condutor do v. acórdão impugnado**, ficando esta Corte impedida de proceder a análise da matéria, sob pena de indevida **supressão de instância**.

Nesse sentido os seguintes julgados desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TEMA NÃO ENFRENTADO PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO.

[...]

3. O tema referente à possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

4. 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 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a fixação do regime aberto.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 359.659/RS, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 24/8/2016).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- A tese relativa à aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não foi enfrentada no acórdão impugnado, o que impede esta Corte Superior de conhecer dessa matéria, sob pena de supressão de instância.

[...]

- Tendo a pena privativa de liberdade sido fixada em patamar superior a 4 anos, não há se falar em substituição da reprimenda por restritivas de direitos.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 332.245/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 17/11/2015).

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0057123-9

HC 392.273 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000982120168260617 00031355620168260520 31355620168260520 982120168260617

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO HIPOLITO FERNANDES
ADVOGADO : RODRIGO HIPOLITO FERNANDES - SP371413
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS BRAYN DE OLIVEIRA SANTOS

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, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.