



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.443 - MG (2010/0195595-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DANIEL DE SOUZA RORIZ
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DANIEL DE SOUZA RORIZ
ADVOGADO : SERGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. RÉU REINCIDENTE. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPROCEDÊNCIA. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação 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, insculpida no art. 5º, LXVIII.
2. Entretanto, em hipóteses excepcionais, este Tribunal Superior tem concedido, de ofício, ordem de *habeas corpus*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, quando a ilegalidade apontada for flagrante e estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo.
3. É sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/06, 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 traficante habitual.
4. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar a organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), dependendo das circunstâncias do caso em concreto.
5. Na hipótese, o paciente não preenche os requisitos para a incidência da aludida benesse, diante do comprovado envolvimento na prática de atividades ilícitas de naturezas diversas, conforme se observa de sua extensa folha de antecedentes criminais.
6. No concernente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

7. Destarte, tendo a Corte *a quo* inviabilizado a aplicação de regime diverso do fechado apenas em virtude de norma legal considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a insurgência merece prosperar nesse ponto.

8. Outrossim, a Suprema Corte, no HC nº 97.256/RS, em casos tais, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal. No caso, mantido o *quantum* da pena em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, incabível a substituição da reprimenda, em face da ausência do requisito objetivo previsto no inciso I do aludido diploma legal.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise o regime prisional a ser imposto na espécie, afastada a vedação legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores 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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.443 - MG (2010/0195595-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, em favor de Daniel de Souza Roriz, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça daquela unidade da federação.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, por transportar no interior de um veículo 31 invólucros de maconha, pesando aproximadamente 58,10g (cinquenta e oito gramas e dez centigramas).

Transitada em julgada a condenação, a defesa ajuizou revisão criminal, tendo a Corte de origem dado parcial provimento ao pedido para, compensando a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzir a pena para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

No presente *writ*, a Defensoria alega que o paciente faz jus à causa de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, tendo em vista que o acusado preenche os requisitos descritos no referido dispositivo legal.

Afirma, ainda, ser possível a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, bem como a sua substituição por medidas restritiva de direitos.

Não houve pedido de liminar. Prestadas as informações, o Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 279-282), opinou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.443 - MG (2010/0195595-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO GURGEL DE FARIA(RELATOR):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação 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, insculpida no art. 5º, LXVIII.

Com efeito, em respeito ao sistema recursal previsto no ordenamento jurídico, esta Corte de Justiça passou a não conhecer do *habeas corpus* quando impetrado com propósito diverso do delineado constitucionalmente.

Entretanto, em hipóteses excepcionais, este Tribunal Superior tem concedido, de ofício, ordem de *habeas corpus*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, quando a ilegalidade apontada for flagrante e estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo.

É sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/06, 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 traficante habitual.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar a organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), dependendo das circunstâncias do caso em concreto.

Cumprе registrar, por oportuno, que a Lei n. 12.694/12 definiu o conceito de organização criminosa como sendo: "a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional".

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 dele estar respondendo a outros processos criminais.

Nesse contexto, impõe-se transcrever os fundamentos que levaram o Juiz sentenciante a negar a aplicação do art. 33 da Lei de Drogas (fl. 102):

Por derradeiro, observo que o acusado não faz jus aos benefícios do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, que consiste na redução da pena, uma vez que os documentos de f. 119-v e 120 demonstram já ter sofrido condenação, ostentando vasta folha criminal, inclusive com sentença de pronúncia em São Paulo.

O Tribunal de origem, por sua vez, consignou que, "embora não haja prova de que o peticionário seja integrante de organização criminosa, o mesmo é reincidente, o que impede a aplicação da referida causa especial de diminuição de pena por expressa vedação legal."

Dessa forma, mostra-se incabível a redução nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, diante do comprovado envolvimento do paciente na prática de atividades ilícitas de naturezas diversas, conforme se observa de sua extensa folha de antecedentes juntadas às fls. 80/85.

Assim, no ponto, não se vislumbra manifesta ilegalidade apta a causar constrangimento à liberdade de locomoção do ora paciente, porquanto devidamente expostos os motivos para o afastamento da aludida minorante, destinada àqueles que não se dedicam às atividades criminosas, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
3. Reconhecido pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legais para a concessão da benesse.

4. Não há falar em bis in idem em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica.

5. A reincidência do paciente impede a fixação do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 287904/SP, Relator Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 15/05/2014)

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. AGENTE REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Constatando-se a ocorrência da reincidência, ausente ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário. (HC 283870/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 17/03/2014)

De mais a mais, tendo as instâncias ordinárias concluído que o paciente não preenche os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por se tratar de réu reincidente, alterar esse entendimento demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

No concernente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Destarte, tendo a Corte *a quo* inviabilizado a aplicação de regime diverso do fechado apenas em virtude de norma legal considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, entendo que a insurgência merece prosperar nesse ponto.

Outrossim, a Suprema Corte, no HC nº 97.256/RS, em casos tais, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

No caso, mantido o *quantum* da pena em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, inviável a substituição da reprimenda, em face da ausência do requisito objetivo previsto no inciso I do aludido diploma legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem de ofício, a fim de determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise o regime prisional a ser imposto na espécie, afastada a vedação legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0195595-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 188.443 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000095093225

602008

647080964660

647090934660

EM MESA

JULGADO: 16/09/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **DANIEL DE SOUZA RORIZ**

ADVOGADO : **NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

PACIENTE : **DANIEL DE SOUZA RORIZ**

ADVOGADO : **SERGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO**

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.