



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.192 - SP (2015/0133969-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO DE OLIVEIRA FRANCA DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. 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, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (45 porções de cocaína, 26 invólucros de *crack* e 31 trouxinhas de maconha).

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada (5 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.192 - SP (2015/0133969-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO DE OLIVEIRA FRANCA DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **RONALDO DE OLIVEIRA FRANCA DA SILVA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 38-45).

A defesa interpôs apelação, contudo o recurso foi improvido (e-STJ, fls. 85-100).

Inconformada, manejou o *writ* em análise, no qual alega que a quantidade e variedade de entorpecente apreendido, por si só, não indica que o paciente é integrante de organização criminosa ou exerce atividade criminosa. Afirma, ainda, que a gravidade abstrata do delito e sua equiparação a crime hediondo não justificam a imposição do regime mais gravoso, configurando motivação inidônea (e-STJ, fls. 1-13).

Requer a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante de tráfico privilegiado e fixado o regime o regime aberto. Subsidiariamente pede a fixação do regime semiaberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 108-113).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 121-137), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 143-160).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.192 - SP (2015/0133969-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO DE OLIVEIRA FRANCA DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. 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, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (45 porções de cocaína, 26 invólucros de *crack* e 31 trouxinhas de maconha).

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada (5 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

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

"Passo à dosagem das penas. Na fase do artigo 59 do Código Penal, não se afirma que as circunstâncias judiciais sejam de todo desfavoráveis e se revela dolo normal à espécie, o que mantém as penas no piso legal. Na segunda fase, não há circunstâncias legais a se considerar. Na derradeira etapa, o fato de o réu ter admitido, ao policial militar Charles, que traficava no local, há bom tempo, permite afirmar o seu enredamento na delinquência, com desenvolvimento de atividade organizada, anotando o seu exercício em conhecido ponto de tráfico, impede a aplicação do redutor, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que implica penas definitivas de 5 (cinco) anos reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo vigente (...)" (e-STJ, fl. 44.)

Instado a se manifestar quanto à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal local consignou:

"No mais, impossível a aplicação do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. A nova Lei de Drogas recrudescer o tratamento aplicado aos traficantes, agravando a dosagem penal, passando a variar de 05 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias-multa. Da mesma feita passou a criar uma causa de redução, diminuindo o rigor da norma, a fim de beneficiar o chamado "pequeno traficante" ou traficante eventual, desde que atendesse a determinados requisitos. Com efeito, para fazer jus à aplicação do redutor previsto na superveniente legislação, o réu deve ser primário, de bons antecedentes e não pode se dedicar à atividade criminosa ou integrar organizações criminosas. No presente caso, o réu foi surpreendido trazendo consigo 102 porções de entorpecentes, além de R\$375,75 em dinheiro, sendo evidente que não pode ser tido como pequeno traficante. Ora, a traficância praticada pelo réu era capaz de atingir a inúmeros usuários e viciados, destacando-se que comercializava crack e cocaína, ou seja, substâncias de alto potencial lesivo, que vem devastando a nossa sociedade. Some-se a isso o fato de que o réu não comprovou o exercício de ocupação lícita seja por prova testemunhal, seja por prova documental - tendo os policiais destacado que ele confirmou traficar drogas há certo tempo, pois estaria desempregado. E nem poderia ser diferente, pois é evidente que tamanha quantidade de drogas não é facilmente obtida do dia para a noite e de forma isolada. Assim, é certo que o réu vinha se dedicando à atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida. razão pela qual não deve ser beneficiado com a redução de pena, que é de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser destinada ao "traficante eventual", o que certamente não é o caso do réu.

Destaque-se que não se vislumbrou a aventada nulidade quanto à confissão informal do réu - a qual não se confunde com a confissão extrajudicial, ou seja, feita na delegacia de polícia sendo expediente de praxe que policiais indaguem os suspeitos abordados, para que, querendo, expliquem o ocorrido antes de sua prisão, não havendo sequer indícios de que tenha sido coagido a falar. Desse modo, no presente caso, tanto em sede policial como em Juízo o réu foi cientificado acerca de seu direito constitucional de permanecer em silêncio e, ainda assim, optou por falar e confessou os fatos perante a autoridade policial.

Portanto, à luz das peculiaridades do caso em tela, em que pese a primariedade do réu, é inegável que as circunstâncias concretas do delito praticado impedem a aplicação do §4º, do artigo 33, da lei 11.343/06.

Frise-se que mencionado parágrafo 4º emprega o termo "poderão", o que seguramente indica não ser obrigatória a redução." (e-STJ, fls. 95-97.)

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 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 integrar organização criminosa.

Os Tribunais Superiores têm decidido também que, 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 dos autos, observa-se que o Tribunal *a quo* concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a sua própria confissão, a natureza, a variedade e a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da descrita no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 – 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 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, o Magistrado sentenciante fundamentou o modo mais gravoso nos seguintes termos:

"Diante da natureza do delito de tráfico de drogas, equiparado ao crime hediondo, estabeleço o regime fechado para o início de cumprimento da pena corporal, salientando a natureza nefasta da conduta, que avilta a saúde pública e abala, sobremaneira, a parcela ordeira da sociedade." (e-STJ, fls. 44-45.)

A Corte de origem manteve o regime fechado afirmando, *in verbis*:

"Por fim, em que pese, mais uma vez, a existência de decisões em sentido contrário - não vinculantes, diga-se dos Tribunais Superiores, de rigor o regime inicial fechado para o cumprimento das sanções, de acordo com a determinação constante no artigo 1º da Lei 11.464/07, que regula os crimes hediondos, hipótese equiparada ao caso concreto, não se vislumbrando a inconstitucionalidade do dispositivo, que visa justamente dar tratamento diferenciado a este tipo de crimes, nos termos da Constituição Federal.

De se notar que o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de tráfico de entorpecentes, além de ser o único necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 33, §3º c.c. art. 59 do Código Penal).

O ilícito do qual ora se trata tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Daí porque cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado permitirá ao réu uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta, devendo ser agraciado com a liberdade apenas quando demonstrar que de fato assimilou a terapêutica prisional e possui comprometimento com sua reabilitação." (e-STJ, fl. 99.)

Convém destacar que 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

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.

Como se observa, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado com fundamento em meras considerações genéricas quanto à gravidade do crime de tráfico de drogas.

A reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

Entretanto, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a prevenção e reparação do delito, haja vista a expressiva quantidade de droga apreendida (45 porções de cocaína, 26 invólucros de *crack* e 31 trouxinhas de maconha – e-STJ, fl. 42), além de R\$ 375,75 em espécie.

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 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, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0133969-5

HC 326.192 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00098062120148260050 98062120148260050

EM MESA

JULGADO: 12/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RONALDO DE OLIVEIRA FRANCA DA SILVA

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.