



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.828 - SP (2014/0207652-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CARLOS HIDEKI NAKAGOMI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO WILLIAM TONATTO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. RÉU CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM A NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO SEM FUNDAMENTAÇÃO E MANTIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– À luz da jurisprudência desta Corte, é de ser mantido o afastamento do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão fundamenta-se na quantidade e na variedade das drogas apreendidas, quais sejam, 42 porções de cocaína, com peso de 26,87g; 05 porções de maconha, com peso de 9,54g; e 14 porções de *crack*, com peso de 6,43g, circunstâncias aptas a indicar que o paciente dedicava-se a atividades ilícitas, a embasarem o não reconhecimento da figura do tráfico privilegiado.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por crimes hediondos e equiparados.

– Hipótese em que o regime fechado foi estabelecido, na sentença, sem fundamentação e mantido, no acórdão, com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime, que não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

– Considerando a pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal e tendo em vista a quantidade e a diversidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena do ora paciente.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para estabelecer o regime semiaberto em favor do paciente.

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.828 - SP (2014/0207652-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CARLOS HIDEKI NAKAGOMI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO WILLIAM TONATTO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de DIOGO WILLIAM TONATTO DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e multa (e-STJ fls. 30/41).

Irresignada, a defesa recorreu, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo e mantido íntegra a condenação, consoante acórdão acostado às e-STJ fls. 44/53.

No presente *writ*, pugna a defesa, inclusive liminarmente, pela aplicação da causa de diminuição de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como a concessão de regime menos gravoso.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 69/70).

Informações prestadas às e-STJ fls. 79/80 e 84/95.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 100/106).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.828 - SP (2014/0207652-9)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que negou provimento ao recurso interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.434/2006, pois o paciente atende aos requisitos legais, além do fato de a quantidade da droga apreendida não ter sido elevada.

Compulsando os autos, infere-se que o paciente foi denunciado por trazer consigo 42 porções de cocaína, envoltas em embalagens plásticas, com peso de 26,87g; 05 porções de maconha, envoltas em papel alumínio, com peso de 9,54g; e 14 porções de *crack*, tipo *eppendorfs*, com peso de 6,43g (e-STJ fls. 11/12).

O juízo *a quo*, na sentença, fixou a pena-base no mínimo legal de 5 anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 500 dias-multa e deixou de aplicar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.443/2006 nos seguintes moldes:

O acusado não faz jus à diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, art. 33, Lei n. 11.343/06, pois restou comprovado que exercia a traficância como meio de vida, pois em nenhum momento comprovou o exercício de qualquer atividade lícita.

Não bastasse isso, a expressiva quantidade e o alto potencial lesivo das drogas apreendidas (notadamente o 'crack') inviabilizam no presente caso a aplicação do referido dispositivo legal, a teor do que estabelece o art. 42 do mesmo diploma (e-STJ fl. 39).

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve a não incidência do redutor em comento, sob a seguinte fundamentação:

“Pretende o Apelante o reconhecimento do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei Especial, que está assim redigido:

“§ 4º Nos delitos definidos no 'caput' e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Para redução da pena, essencial que o réu seja 'primário', apresente 'bons antecedentes', comprove que 'não se dedique às atividades criminosas', assim como, 'nem integre organização criminosa'.

Evidente que essa causa de redução da pena está reservada àquele que age por um impulso, um desvio, em situação isolada no tráfico de drogas. E mais, os parâmetros para a graduação da redução (1/6 a 2/3) devem ser objetivos e extraídos das diversas circunstâncias que envolvam o caso concreto, podendo variar dentro do seu campo de incidência.

Deve mesmo ser levado em conta que o § 4º do art. 33, tem a sua referência justamente no caráter isolado da conduta realizada, pressupondo mesmo não disponha o réu no seu passado sinais indicativos de que esteja fazendo do crime um meio de vida, atuando com profissionalismo.

Essa causa de redução da pena deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder.

Ao julgador compete a análise do impulso, do fator determinante da conduta objetivamente tratada, que lhe permita concluir tratar-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo de caso de um criminoso meramente ocasional, ou mesmo, se vem tomando aquela conduta como estilo de vida, para que possa, não apenas determinar a gradação da redução da pena, como até mesmo o total afastamento da causa de redução.

No caso, o Apelante trazia em seu bolso 42 porções de cocaína, envoltas em embalagens plásticas, com peso de 26,87g, 05 porções de maconha, envoltas em papel alumínio, com peso de 9,54g, e, 14 porções de crack, tipo eppendorfs, o que permite concluir, com a certeza necessária, que vinha mesmo se dedicando ao tráfico de drogas, afinal um calouro- traficante não teria a seu dispor essa quantidade e variedade de drogas já em uma sua primeira investida. Ademais, a qualidade e a variedade das drogas, com potencialidade lesiva incomum, além de sua quantidade, que seria o suficiente para atingir um número considerável de usuários, impedem a concessão da benesse (e-STJ fls. 49/51).

Pela leitura dos excertos retromencionados, observa-se que as instâncias ordinárias concluíram pela não incidência do redutor, ante a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, quais sejam, 42 porções de cocaína, com peso de 26,87g; 05 porções de maconha, com peso de 9,54g; e 14 porções de *crack*, com peso de 6,43g, circunstâncias aptas, à luz da jurisprudência desta Corte, a embasarem o não reconhecimento da figura do tráfico privilegiado.

Nesse sentido, destaco:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma 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, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. 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 a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto.

3. In casu, o Tribunal de origem afastou aquele redutor considerando que a paciente, embora tecnicamente primária, em razão do local em que foi presa e pela quantidade e variedade de drogas que trazia, dedicava-se a atividades ilícitas.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Considerando a quantidade de pena imposta (5 anos), a primariedade da condenada e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 320.278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO COM BASE NO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A quantidade e variedade de droga apreendida constituem circunstância idônea que denota a dedicação do acusado a atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus. Precedentes.

- O regime fechado não se sustenta com base somente no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, devendo ser fixado com observância dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando para o cumprimento da pena. (HC 319.335/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 22/09/2015) - grifei.

Dessa forma, é de ser mantido o acórdão recorrido, no ponto referente ao não reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que utilizada motivação adequada e suficiente à matéria.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, o sentenciante estabeleceu o regime fechado sem qualquer fundamentação, tendo apenas consignado que "*a pena privativa de liberdade aplicada será cumprida em regime inicial fechado*" (e-STJ fls. 40).

O voto condutor do acórdão recorrido, por sua vez, assim fundamentou a necessidade de manutenção do regime mais gravoso:

Quanto ao regime de cumprimento de pena, vale lembrar que o fechado, decorre de disposição expressa de lei especial (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90) que, em pleno vigor, deve ser respeitada, prevalecendo sobre a regra geral contida no Código Penal (art. 33, § 2º, "b"), não merecendo prosperar o pleito do Apelante, no tocante ao abrandamento do regime (e-STJ fl. 51)

Como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, pela leitura da sentença, observa-se que o regime fechado foi estabelecido sem motivação e, por ocasião do acórdão, foi mantido sem a apresentação de fundamentação suficiente para tanto, pois, como visto, a hediondez e a gravidade abstrata do crime não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Assim, considerando a pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal e tendo em vista a quantidade e a diversidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena da ora paciente.

A propósito:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 15 EPPENDORFS CONTENDO CRACK, 2 EPPENDORFS CONTENDO COCAÍNA, 15 SACOS PLÁSTICOS CONTENDO COCAÍNA E 6 INVÓLUCROS CONTENDO MACONHA. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º) QUE NÃO PODE SER CONHECIDO PORQUANTO IMPORTARIA NO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO (CP, ART. 33, § 3º, C/C LEI N. 11.343/2006, ART. 42). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DO QUANTUM DA PENA APLICADA (CP, ART. 44). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

03. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 8 (oito) anos, poderá ser estabelecido regime semiaberto para o seu cumprimento inicial desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas a natureza (potencial de lesividade à saúde) e a quantidade das substâncias apreendidas (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. Habeas corpus não conhecido. (HC 323.525/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 02/09/2015) - grifei.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem de ofício**, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0207652-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 301.828 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00307281720128260224 10332012 20140000065039 307281720128260224

EM MESA

JULGADO: 20/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CARLOS HIDEKI NAKAGOMI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIOGO WILLIAM TONATTO 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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.