



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.687 - SP (2015/0175339-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA SAAD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURELIO DA SILVA LUIZ

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

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. A existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

3. É possível a fixação de regime prisional mais gravoso em razão da natureza, quantidade ou variedade da droga apreendida. Precedentes.

4. *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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.687 - SP (2015/0175339-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA SAAD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURELIO DA SILVA LUIZ

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de **MARCO AURÉLIO DA SILVA LUIZ**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ fl.52):

"TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. Recursos defensivos. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade estampada no laudo de exame químico-toxicológico. Perícia realizada por amostragem. Possibilidade. Inteligência da Lei nº 11.343/06, art. 50, § 3º. Precedentes desta Corte. Autoria bem delineada, pela escorreita prova oral, o que afasta a pretendida desclassificação para uso. Manutenção da majorante, relativa ao envolvimento de adolescente. Inaplicabilidade do redutor § 4º. Penas e regime preservados. Improvimento."

Alega a impetrante, em síntese, que: a) é desproporcional a afirmativa de que a quantidade de droga encontrada com o paciente indica que ele integraria organização criminosa ou se dedicaria a atividades criminosas; b) "a fixação de regime mais severo exige fundamentação idônea e concreta. Não basta, como fizeram as Instâncias inferiores, fazer referência à gravidade abstrata do crime"; c) reconhecia a causa de diminuição, presentes os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ fls. 1/21).

Requer o reconhecendo a causa de diminuição de pena, a ser aplicada em seu patamar máximo, fixando o regime aberto para início do cumprimento da pena de reclusão e substituindo-a por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.687 - SP (2015/0175339-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA SAAD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURELIO DA SILVA LUIZ

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

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. A existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
3. É possível a fixação de regime prisional mais gravoso em razão da natureza, quantidade ou variedade da droga apreendida. Precedentes.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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

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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em relação à causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei em referência, assim consignou o Tribunal de origem:

"A despeito da primariedade de MARCO, não era mesmo o caso de aplicação da minorante prevista na Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, porquanto já ostenta condenação por tráfico (certidão de fls. 116, embora ainda *sub judice*), o que também ocorre com relação a MOISÉS, diante de sua recidiva. Além disso, a quantidade, natureza e forma de acondicionamentos das drogas, além da falta de demonstração de que exerceriam qualquer função lícita, são evidentes indicadores de dedicação a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas, fazendo, do comércio ilícito de drogas, o modo de vida, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo" (e-STJ fl. 56).

No caso, a Corte estadual afastou a aplicação da minorante, em razão da quantidade de substância entorpecente encontrada em poder do paciente (30 'pinos' com 72,4 g de cocaína, além de guardar outros 79 com 72,4 g da mesma droga) e da forma como ela estava embalada. Acrescentando, ainda, que o réu registra condenação por crime análogo. Tais circunstâncias, por permitirem a conclusão pela dedicação do paciente a atividades criminosas, ampara a não incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Conforme precedentes desta Corte, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas" (HC 295.163/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2014; HC 280.204/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015).

Confirmam-se, também, os seguintes julgados:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ e 279/STF.

I - No caso dos autos, a expressiva quantidade de drogas apreendidas, além de outras provas de dedicação a atividades criminosas justifica o afastamento da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. (Precedentes).

II - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito dos recursos extraordinários.

(Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF).

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 627.113/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 09/10/2015.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO.

DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE.

CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.

AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS.

DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM O INSTITUTO DA PROGRESSÃO DE REGIME. ANÁLISE QUE DEVE SER FEITA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar o óbice apontado pelo Colegiado estadual para deixar de examinar a possibilidade de aplicação da detração, determinando ao Tribunal a quo que reavalie o regime inicial de cumprimento de pena à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código Penal."

(HC 325.174/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 30/09/2015.)

O regime de cumprimento de pena foi estabelecido aos seguintes fundamentos:

"Por fim, o regime prisional fechado deriva da gravidade concreta da conduta perpetrada, inclusive equiparada à hedionda, demonstrada pela natureza nociva dos entorpecentes apreendidos (**cocaína**)-, inexistindo, ao contrário do sustentado pela Defesa, qualquer ofensa às Súmulas n.º 718 e 719 do STF e 440 do STJ, observando-se ser impossível qualquer apreciação sobre eventual detração penal (CPP, art. 387, § 2º) em âmbito recursal, sob pena de supressão da instância, ofensa ao duplo grau de jurisdição e ao princípio do juiz natural. Mesmo que assim não fosse, inexistem elementos concretos à apreciação do requisito subjetivo, também necessário para qualquer deliberação sobre modalidade prisional menos rigorosa" (e-STJ fl. 57).

Verifica-se que o acórdão impugnado não se referiu apenas à natureza hedionda do tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado, mas também à natureza do entorpecente apreendido.

A propósito:

"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.)

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado à pena inferior a 4 anos.

Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

Não vislumbro, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0175339-3

HC 330.687 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0059973762013 00599737620138260050 20150000338338 59973762013
599737620138260050

EM MESA

JULGADO: 20/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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	: JULIANA SAAD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCO AURELIO DA SILVA LUIZ
CORRÉU	: MOISÉS VIEIRA DOS 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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.