



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.186 - SP (2014/0325065-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : JEAN CARLO AMADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN CARLO AMADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º). QUANTIDADE DE DROGA E PETRECHOS PARA O COMÉRCIO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL (ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). *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 de droga apreendida e demais petrechos relacionados ao comércio ilícito dessa substância constituem circunstâncias idôneas que denotam a dedicação do acusado a atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

– O regime fechado foi fixado com base no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Acontece que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade desse parágrafo, que prevê o regime inicial fechado para o tráfico de drogas independentemente do *quantum* de pena privativa de liberdade aplicada ao réu. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

– A manutenção da pena acima de 4 anos de reclusão afasta a possibilidade de sua substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de setembro de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.186 - SP (2014/0325065-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : JEAN CARLO AMADO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEAN CARLO AMADO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício próprio por JEAN CARLO AMADO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n. 3000229-31.2013.8.26.0396.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, e no art. 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa.

Irresignada, apelou a defesa, cujo recurso foi parcialmente provido pelo Tribunal *a quo* para absolver o paciente da conduta tipificada no art. 35 da Lei n. 11.343/06 e reduzir a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, em acórdão assim ementado (fl. 24):

APELAÇÃO CRIMINAL - Nulidade do feito - Não caracterização - Dependência toxicológica do réu não comprovada - Ausência de alegação das nulidades no momento oportuno - Eventual irregularidade na intimação da defensora dativa do corréu sanada pela sua presença na audiência - Tráfico e associação para o tráfico - Absolvição ou desclassificação para o delito do artigo 28, da Lei Federal 11.343, de 2006 - Viabilidade da absolvição apenas quanto ao crime do artigo 35, da Lei de Drogas - Impossibilidade da aplicação do redutor, em razão da quantidade de droga apreendida - Redução das penas - Preliminar de nulidade do feito rejeitada, com provimento parcial dos recursos.

No presente *writ*, sustenta o impetrante/paciente haver constrangimento ilegal, porquanto preenche os requisitos para a incidência do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a quantidade de drogas apreendidas foi pequena e não participa de organização criminosa. Aduz, ainda, que possui residência fixa e que, refeita a dosimetria da pena, merece a fixação de regime mais brando e a substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da redutora, a fixação do regime aberto ou semiaberto e a substituição da pena por restritiva de direitos .

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 112/116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.186 - SP (2014/0325065-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n.109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

No caso, o paciente foi preso em flagrante pois estava na posse de 2 (duas) porções de cocaína pesando 26g (vinte e seis gramas). O réu confessou a intenção de vender as drogas apreendidas associado com o corréu, que foi preso com 38 (trinta e oito) porções de cocaína, pesando 28g (vinte e oito gramas) e diversos apetrechos como saquinhos para embalagem e balança de precisão, com o fim de praticar o delito de tráfico de drogas.

Em primeiro grau, o Juiz não aplicou a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sob o entendimento de que paciente/impetrante se dedica à atividades criminosas, fixou o regime inicial fechado e não aplicou a substituição da pena por restritiva de direitos em razão do *quantum* da pena.

Confiram-se, aliás, os seguintes trechos da sentença:

Desta feita, havendo elementos convincentes acerca da prática do comercio ilegal por ambos os réus (ainda que mediante a divisão de tarefas), os quais se associaram para tal finalidade, a condenação dos réus pela a prática dos delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico de drogas, previstos nos artigos 33, caput, e 35 da Lei 11.343/06, é de rigor.

Por fim, é inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Isso porque os elementos dos autos demonstraram, de forma clara e abundante, que os réus dedicavam-se ativamente às atividades criminosas, exercendo de forma organizada e reiterada o tráfico de drogas, fazendo desta prática verdadeira empresa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, a quantidade e a qualidade da droga apreendida com os réus não permitem enquadrá-lo como pequeno traficante, a quem a legislação pretendeu beneficiar com a causa de diminuição de pena em destaque. Note-se que os réus estão sendo condenados pela associação para o tráfico de drogas, o que, por si só, impede a concessão do benefício.

Dessa forma, impossível beneficiar os réus com a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, uma vez que, mesmo primários, os réus dedicam-se às atividades criminosas.

[...]

A pena privativa de liberdade imposta aos réus deverá ser cumprida em regime inicial fechado, tendo em vista a quantidade da pena imposta, nos termos do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena.

Ante o exposto, julgo procedente a pretensão punitiva para condenar JEAN CARLO AMADO e JÚLIO CESAR BRUMATI, qualificados nos autos, às penas de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, ambos como incurso nos artigos 33, caput, e 35 da Lei 11.343/06 (fls. 43/44).

Interposta apelação pela defesa, asseverou o Tribunal a quo:

Não há como aplicar aos réus o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Antidrogas, em razão da quantidade de drogas apreendidas com eles, além dos outros petrechos utilizados para a prática criminosa, tendo em vista entendimento desta Colenda Câmara.

[...]

Entretanto, no caso em comento, não há possibilidade de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, ou mesmo concessão do sursis, em razão da quantidade de pena imposta, e visto que elas se mostram, na hipótese, insuficientes para dar uma resposta adequada ao delito praticado pelo acusado.

Por fim, o crime de tráfico ilícito de drogas exige a aplicação de regime prisional mais severo, pois, além de ser equiparado a hediondo pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, é imprescindível uma resposta penal rigorosa do Poder Judiciário em razão da grave lesão que causa à saúde pública, bem como, pela intranquilidade e insegurança que traz para a sociedade atual.

Fica, desta forma, mantido o regime inicial fechado.

Posto isto, rejeita-se a matéria preliminar, e dá-se parcial provimento aos recursos para absolver os apelantes da imputação contida no artigo 35, da Lei Federal nº 11.343, de 2006, com amparo no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e reduzir-lhes as penas impostas ao tráfico a 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, piso mínimo, mantida, no mais, a r. sentença (fls. 33/36).

A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade de droga apreendida – 2



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(duas) porções de cocaína pesando 26g (vinte e seis gramas), e com o corréu, a quem confessou ser associado, 38 (trinta e oito) porções de cocaína, pesando 28g (vinte e oito gramas) –, bem como pelos apetrechos encontrados - saquinhos para embalagem e balança de precisão -, elementos hábeis a impedir a incidência dessa minorante, conforme os seguintes precedentes:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO DE DROGAS. (I) - REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) - **QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.** ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL FIXADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

*2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à minguada do preenchimento dos requisitos legais.***

3. A ausência de particularização dos artigos supostamente violados, inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, em face da deficiência da fundamentação do apelo raro. Súmula 284/STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

*PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. **MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO APLICAÇÃO JUSTIFICADA.** 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. Pacífico o entendimento desta Corte Superior que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade e a natureza da droga justificam a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servindo o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para determinar que o juízo da execução proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 199.932/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/2/2015, DJe 23/2/2015)

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*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

(...)

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

Quanto ao regime prisional e a substituição da pena por restritiva de direitos, o juiz de primeiro grau entendeu por fixar o regime fechado e não conceder a substituição da pena devido ao *quantum* da pena aplicado - 10 (dez) anos de reclusão.

O Tribunal reduziu a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, porém manteve a não substituição por restritiva de direitos em virtude da pena imposta e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado em razão da hediondez do delito.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que prevê o regime inicial fechado para o tráfico de drogas independentemente do *quantum* de pena privativa de liberdade aplicada ao réu. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06. 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. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. **REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

(...)

4. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito. Do mesmo modo, foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com fulcro, tão somente, na vedação legal e gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos de reclusão, bem como para que, afastada a fundamentação referente à hediondez e à gravidade abstrata do delito, bem como o óbice do art. 44 da Lei de Drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

(HC 289.702/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que o paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, pois a pena privativa de liberdade foi fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0325065-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 311.186 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20140000724735 30002293120138260396

EM MESA

JULGADO: 08/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JEAN CARLO AMADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN CARLO AMADO (PRESO)
CORRÉU : JULIO CESAR BRUMATI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.