



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.328 - SP (2016/0188789-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : JORGE AUGUSTO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE AUGUSTO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pressupõe a ocorrência, cumulativa, de 4 requisitos: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Na hipótese dos autos, a reincidência do réu afasta, de plano, a concessão do benefício.

3. A via estreita do *habeas corpus* não é adequada para pleitear a subsunção da conduta de tráfico para o delito de porte de substância para uso próprio, por demandar revolvimento fático-probatório, incompatível com o seu rito célere e de cognição sumária

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2016(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.328 - SP (2016/0188789-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : JORGE AUGUSTO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE AUGUSTO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado de próprio punho em benefício de JORGE AUGUSTO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0008624-63.2013.8.26.0590).

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, mais o pagamento de 583 dias multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Inconformada, a defesa interpôs recurso no Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, em acórdão assim ementado:

Apelação Criminal - TRÁFICO DE DROGAS. Preliminar. Inépcia da denúncia. Inocorrência. A acusação tem assegurada a formação da sua opinio delicti após o fim do inquérito policial. Nulidade da sentença. Indeferimento. Todos os requisitos formais do artigo 381 do Código de Processo Penal foram preenchidos. Mérito. Conjunto probatório que inviabiliza a absolvição ou desclassificação para uso. Depoimentos de policiais militares seguros e harmônicos. Pena e regime bem aplicados. Manutenção - Negado provimento ao recurso (fl. 26).

No presente *writ*, o impetrante alega estar sofrendo constrangimento ilegal sob o argumento de preencher os requisitos legais para incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação do delito, subsumindo sua conduta no art. 28 da Lei de Drogas (porte de entorpecente para uso próprio).

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento dos pedidos (fl. 48).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.328 - SP (2016/0188789-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a primeira controvérsia diz respeito à incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Confiram-se, a propósito, fragmentos das decisões proferidas nas instâncias ordinárias:

Sentença:

[...]

O réu já foi condenado definitivamente pelo crime de tráfico de drogas, conforme certidões de fls. 57,58 e 59, sendo reincidente, razão pela qual não tem direito a redução de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11343/06.

Por fim, o laudo de dependência toxicológica concluiu que o réu era totalmente capaz de entender o caráter ilícito do fato no tocante ao crime de tráfico de drogas.

Não há, por fim, que se falar na desclassificação do crime em questão para o de porte de droga para uso próprio, pois o réu já era conhecido nos meios policiais como traficante e a quantidade de maconha com ele apreendida foi razoável (50 gramas).

Destarte, provadas a autoria e materialidade, passo a dosar a pena.

1a fase: Fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

2ª fase: O réu é reincidente, razão pela qual aumento sua pena em 1/6, para totalizar 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa, que toma-se definitiva em fase da ausência de causas de aumento e diminuição de pena.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR JORGE AUGUSTO TORRES DA SILVA, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, "caput" da Lei 11343/06, à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa, com valor fixado no mínimo legal, no regime inicialmente fechado (fls. 23/24, sem destaque no original).

Acórdão:

[...]

A versão apresentada pelo réu em juízo mostra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absolutamente inverossímil, não merecendo credibilidade uma vez que restou isolada nos autos. Ora, não se mostra crível que pela quantia de quarenta reais o réu tenha adquirido mais de cinquenta e cinco gramas de maconha para sustentar seu vício.

Logo, a condenação era mesmo necessária.

A reprimenda aplicada não comporta reparo.

A pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, tendo em vista a reincidência ostentada pelo réu (conforme certidão de fls. 59), a pena foi devidamente majorada na fração de 1/6 (um sexto).

Na terceira fase, não preenchidos os requisitos objetivos previstos em lei, inviável a concessão do benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Também impossível a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 46 do mesmo diploma legal em razão do laudo técnico (fls. 18/20 do apenso próprio) atestar que ao tempo da ação o réu era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito da sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento (fls. 30/31).

Como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, denominada pela doutrina como "*tráfico privilegiado*". O dispositivo contém a seguinte redação:

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

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do Magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias destacaram a reincidência do réu, o que afasta, de plano, a redução da pena pretendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. **REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE, CONDENADO A PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.***

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O habeas corpus, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de desclassificação da conduta de traficante para usuário, por demandar o exame aprofundado do conteúdo probatório. Precedentes.

3. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

4. A individualização da pena na primeira fase da dosimetria não está condicionada a um critério puramente aritmético, mas à discricionariedade vinculada do julgador.

5. No caso, a natureza e a diversidade dos entorpecentes - crack, cocaína e maconha - justificam a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, revelando-se proporcional e adequada a exasperação em 1/5.

6. O paciente não preenche os requisitos previstos na norma constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, cujo teor é expresse ao vedar a aplicação da benesse aos reincidentes.

7. Na espécie, o paciente não faz jus ao regime intermediário, pois trata-se de réu reincidente, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos.

8. Habeas corpus não conhecido (HC 352.810/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. PACIENTE REINCIDENTE. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista a reincidência do sentenciado.

3. Ressalta-se que a condenação anterior, em razão do cometimento do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, possui o condão de ocasionar o previsto no art. 61, inciso I do CP (reincidência) e, conseqüentemente, obstaculizar a aplicação da referida benesse, face a ausência de atendimento dos quesitos legais.

[...]

2. Habeas corpus não conhecido (HC 347.779/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 12/04/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. RENOVAÇÃO DOS FUNDAMENTOS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP; Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No que se refere à aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, tenho que a não incidência do redutor foi adequada e se justifica porque o paciente não preenche os requisitos especificados no dispositivo de lei, uma vez que é reincidente e se dedica à atividades criminosas.

IV - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão do magistrado de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, em cumprimento ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

V - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 111.840/ES, reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da apelação n. 0011357-36-2011.8.26.0278, apenas para afastar a incidência do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, a fim de que o regime inicial de cumprimento de pena do paciente seja fundamentado à luz das regras previstas no art. 33, do Código Penal (HC 306.393/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/05/2015).

Quanto ao pedido subsidiário, o habeas corpus não é adequado para examinar a subsunção da conduta de tráfico e desclassificá-la no delito de porte de substância para uso próprio, por demandar revolvimento fático-probatório, incompatível com o rito célere e de cognição sumária da via estreita.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ENVOLVIMENTO COM O TRÁFICO ORGANIZADO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). QUANTIDADE DE DROGA. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. **As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. (Precedente).**

[...]

9. Habeas corpus não conhecido (HC 359.734/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016)

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0188789-2

HC 363.328 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JORGE AUGUSTO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE AUGUSTO DA SILVA (PRESO)

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

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.