



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.691 - SP (2014/0058982-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLAUDIA ABRAMO ARIANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON RICARDO RUFINO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. MEDIDA INEFICAZ. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade da droga (490,90g de cocaína), que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

3. 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), em razão da quantidade da droga apreendida, uma vez que elencada como circunstância preponderante e valorada na terceira fase da dosimetria da pena (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).

4. Se o tempo de prisão provisória cumprido pelo paciente, no momento da análise do acórdão impugnado, é insuficiente para mitigar o regime inicial de cumprimento de pena estabelecido, não se identifica a alegada coação ilegal apontada pela defesa na manutenção do modo fechado.

5. *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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.691 - SP (2014/0058982-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLAUDIA ABRAMO ARIANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON RICARDO RUFINO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ANDERSON RICARDO RUFINO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

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

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e manteve a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

Nesta Corte, a impetrante alega que "a pena do paciente deve ser reduzida em 2/3, já que a quantidade da droga apreendida não pode configurar óbice à aplicabilidade da causa de diminuição". Defende que "o legislador determinou sua utilização apenas na primeira fase da aplicação da pena, conforme exara o artigo 42 da Lei de Drogas. Logo, utilizá-la no terceiro momento constitui violação ao método trifásico previsto no Código Penal, para aplicação da pena". Aduz, por fim, que, com a incidência da referida minorante, o paciente deve iniciar o cumprimento da pena em regime aberto. Ademais, quando considerado, para fins de detração, o tempo em que preso cautelarmente (há quase um ano).

Requer, assim, a concessão da ordem.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 44-46).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 56-65), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 75-81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.691 - SP (2014/0058982-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLAUDIA ABRAMO ARIANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON RICARDO RUFINO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. MEDIDA INEFICAZ. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade da droga (490,90g de cocaína), que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

3. 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), em razão da quantidade da droga apreendida, uma vez que elencada como circunstância preponderante e valorada na terceira fase da dosimetria da pena (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).

4. Se o tempo de prisão provisória cumprido pelo paciente, no momento da análise do acórdão impugnado, é insuficiente para mitigar o regime inicial de cumprimento de pena estabelecido, não se identifica a alegada coação ilegal apontada pela defesa na manutenção do modo fechado.

5. *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.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo da defesa, manteve afastada a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob a seguinte motivação:

"De outra parte, embora reconhecida a primariedade do réu e a ele serem favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, é bem de ver que a significativa quantidade de cocaína apreendida, - quase meio quilo-, que permitiria a distribuição desse tóxico a elevado número de consumidores, revela maior temibilidade dele e uma estreita vinculação com o nefasto comércio de entorpecentes, tudo a impedir a aplicação da norma do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, destinada a conferir um tratamento diferenciado ao pequeno traficante, surpreendido com pequena quantidade de tóxico. Assim, andou bem o douto juiz de primeiro grau ao negar o benefício ao apelante." (e-STJ, fls. 38-39.)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

Segundo entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendidas, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na modulação 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, verifica-se que a referida benesse foi negada ao paciente, em razão de sua estreita vinculação com o tráfico de drogas, revelada na expressiva quantidade de entorpecente com ele apreendido (490,90g de cocaína).

Concluído pelas instâncias antecedentes, portanto, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, que o paciente não se enquadra na condição de pequeno traficante, diante do seu maior envolvimento com o tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas para se concluir pela sua não dedicação à atividade criminosa – 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, a Corte de origem assim consignou:

"Incabível, no caso, a imposição de pena alternativa, em face da quantidade de sanção carcerária imposta, medida que, de resto, ainda que fosse possível impor, não atenderia à finalidade de justa reprovação da conduta, para a qual se mostrou adequado o regime prisional inicial fechado fixado na sentença, observado que o exíguo tempo de prisão cautelar (oito meses), não é suficiente para ensejar a mitigação do regime de prisão, ainda que considerada a detração penal, reservando-se tal matéria à apreciação na fase de execução do julgado" (e-STJ, fl. 39).

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 disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

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.

In casu, observa-se que o acórdão impugnado sopesou a quantidade de droga apreendida na escolha do regime prisional fechado, em consonância com as diretrizes estabelecidas nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, não se mostra ilegal a imposição do regime mais severo com fundamento na natureza e na expressiva quantidade de droga apreendida, uma vez que tais circunstâncias foram elencadas pelo próprio legislador como prevaletentes, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, quanto ao pedido de detração, não se identifica a alegada coação ilegal sustentada pela defesa, uma vez que devidamente considerado o pleito na origem, não houve a alteração do regime prisional porque "o exíguo tempo de prisão cautelar (oito meses)" seria insuficiente para ensejar a mitigação do modo inicial fechado.

A esse respeito:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO INSTITUÍDA COM A FINALIDADE DE DETERMINAR O REGIME INICIAL. FALTA DE INTERESSE. RECURSO QUE, CASO PROVIDO, NÃO RESULTARIA NO ABRANDAMENTO DO REGIME DE PENA ESTABELECIDO.

1. Servindo a detração do art. 387 do Código de Processo Penal apenas para fixar o regime inicial, realmente não há interesse no recurso especial, pois, caso provido, não resultaria em nenhuma alteração do regime de cumprimento de pena do agravante.

2. A parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1564778/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 17/02/2016.)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0058982-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 290691 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00249316320138260050 20130000765775 249316320138260050

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

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	: CLAUDIA ABRAMO ARIANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDERSON RICARDO RUFINO

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.