



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.402 - SP (2017/0065215-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA BARBOSA OLIVEIRA - MG134138
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNA CRISTINA ALVES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PRIMARIEDADE QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– 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.

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos e a quantia de dinheiro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontrada em poder da paciente, que, inclusive, não demonstrou ocupação lícita, são circunstâncias que permitem concluir que há dedicação às atividades ilícitas.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Hipótese em que, considerando o montante da pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, a primariedade da acusada e a pequena quantidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto.

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.402 - SP (2017/0065215-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA BARBOSA OLIVEIRA - MG134138
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNA CRISTINA ALVES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNA CRISTINA ALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0009089-37.2014.8.26.0073.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, pelo Juízo de primeiro grau, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, e art. 35, todos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, às penas de 12 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.000 dias-multa (fls. 27/35).

Inconformada, a defesa interpôs apelação e o Tribunal de origem proveu parcialmente o recurso defensivo para aplicar as penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, absolvendo a paciente da imputação da conduta prevista no art. 35 da referida lei, conforme acórdão de fls. 13/26.

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, aos seguintes fundamentos: o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicado ao caso, pois estão presentes na hipótese todos os requisitos para a aplicação da benesse, uma vez que *não há qualquer cabimento se imaginar que a paciente se dedique a atividade ilícita ou organização criminosa sem qualquer prova neste sentido* (fl. 5); deve ser fixado regime inicial mais brando, tendo em vista o disposto no enunciado 440 da Súmula desta Corte e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucional a fixação de regime fechado em razão da apontada hediondez do delito.

Diante disso, pede, liminarmente, que seja fixado o regime inicial semiaberto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e, no mérito, seja reduzida a pena aplicada à paciente.

Pedido liminar deferido em parte, para assegurar à paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiverem presa ou cumprindo pena (fls. 62/64).

Informações prestadas às fls. 69/72 e 79/97.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 101/111).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.402 - SP (2017/0065215-1)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se, na presente impetração, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando-se a pena da paciente, com a consequente fixação de regime mais brando.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o Tribunal de origem, ao dar provimento parcial ao apelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defensivo, absolveu a paciente do delito de associação para o tráfico e manteve a condenação pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, bem como o não reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006, tendo o voto condutor do acórdão recorrido consignado que (fl. 24):

Não há que se falar, todavia, em concessão da redução da pena corporal, já que ela praticou o nefasto e odioso crime com a participação de agente menor, e embora não tenha se comprovado a associação habitual entre ambos, a dedicação da acusada a essa atividade ficou evidente, até mesmo porque possuía em depósito apreciável quantidade de duas drogas distintas e apreciável quantia em dinheiro, sem que tivesse comprovado o exercício de atividade laborativa, tudo a denotar que não preenche o terceiro requisito constante do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, que dispõe sobre concessão de benesse em circunstâncias especialíssimas, a traficantes neófitos, em situação de mercancia isolada e ocasional, o que não se observa no caso presente.

Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Logo, a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, conferir: HC 362.266/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016 e HC 326.519/SP, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016.

Na espécie, pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos (*14,1g de maconha e 7 pedras de crack*) e a quantia de dinheiro encontrada em poder da paciente (R\$ 478,00), que, inclusive, não demonstrou ocupação lícita, são circunstâncias que permitem concluir que há dedicação às atividades ilícitas.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 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 aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com base na quantidade e na variedade de drogas apreendidas - 5 tijolinhos de maconha (10g), 122 tijolos de maconha (244g) e 4 petecas de cocaína (3,32g) - e nos depoimentos testemunhais colhidos durante a instrução, 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.

(...)

5. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 375.047/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 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 necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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 n. 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.

Na espécie, o acórdão recorrido estabeleceu o regime mais gravoso com lastro na seguinte fundamentação (fls. 24/25):

E diante da gravidade em concreto do crime praticado, e de acordo com o que dispõe a Lei nº 8.072/90, outro não poderia ser o regime prisional inicial estabelecido para a imputada que não o fechado, diante dessa postura, e das graves consequências que poderiam ser alcançadas com sua forma de proceder, nos termos do que dispõe o artigo 44, da Lei 11.343/2006.

Acrescente-se a tal que aqui se faz menção à natureza gravíssima do crime de tráfico de drogas, equiparado aos hediondos, entendendo a Turma Julgadora que a sua repressão deve ser rigorosa, sob pena de não ser proporcionada a devida eficácia aos mandamentos contidos no artigo 5º, XLIII e LI, da Carta Magna, que, ao tratar do narcotráfico, e de outros ilícitos gravíssimos, exigem que a eles seja dispensado tratamento mais gravoso, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também dentro do que dispõe, sobre o tema, o próprio artigo 2º, da Lei suprarreferida, que trata, especificamente, de tais crimes, para fim de fixação do regime prisional inicial fechado.

Não há que se descurar, inclusive, que esses dispositivos constitucionais, como a própria Lei nº 8.072/90, encontram pleno amparo na Convenção de Viena, de 1991, de Combate ao Tráfico de Drogas, promulgada no país pelo Decreto nº 154/91, especialmente quanto aos seus artigos 4º, “a”, 6 e 7, acrescentando-se que o artigo 44, I, do Código Penal, expressamente veda a aplicação de penas restritivas de direitos para crimes cometidos “com violência ou grave ameaça à pessoa”, o que, por certo, abrange a narcotraficância, que lesa profundamente a saúde pública, atingindo toda a coletividade, além de ser fator gerador de outros crimes também graves, em especial contra a pessoa e o patrimônio.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para, confirmando a liminar anteriormente deferida, modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0065215-1

HC 393.402 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00090893720148260073 20160000773004 90893720148260073

EM MESA

JULGADO: 23/05/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUANA BARBOSA OLIVEIRA - MG134138
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNA CRISTINA ALVES (PRESO)

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.