



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 911087 - SP (2024/0159540-0)

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DIELEN CATANIO DE SOUZA  
**ADVOGADO** : DIELEN CATANIO DE SOUZA - SP416677  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : EDUARDO HENRIQUE DA SILVA MOCHIUTE (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de EDUARDO HENRIQUE DA SILVA MOCHIUTE, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 1500403-72.2020.8.26.0557.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, pela prática do delito tipificado no **art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ, fls. 42/47).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso (e-STJ, fls. 50/65), em acórdão assim ementado:

*Apelação criminal - Tráfico de drogas - Sentença condenatória pelo art. 33, caput. c.c. 40-III, da Lei nº 11.343/06- Recurso Defensivo - preliminar de nulidade, com revogação da prisão preventiva. No mérito, pleitos de (1) absolvição por insuficiência de provas, (2) pena-base mínima, (3) afastamento da majorante prevista no art.40-III da lei de drogas, (4) aplicação do redutor de pena, (5) penas substitutivas, (6) regime inicial aberto ou semiaberto, considerando a detração.*

*Preliminar rejeitada - rol de testemunhas não apresentado tempestivamente nos termos do art. 55 da Lei de Drogas.*

*Tráfico de drogas - Materialidade e autoria comprovadas prisão em flagrante- apreensão de 26 porções de cocaína(peso bruto: 30 gramas) e 02 porções de crack (11,5 gramas) Acusado que negou a acusação Policiais Militares que relataram que no local há tráfico de drogas, e que ali avistaram o réu com uma sacola na mão, e ele, ao perceber a presença policial se pôs em fuga em direção ao bloco 4 e dispensou a sacola que tinha nas mãos, sendo abordado em seguida, apreendendo-se com ele R\$ 55,00. Dentro da sacola estavam os entorpecentes referidos. Circunstâncias todas em que ocorreram os fatos deixam*

*evidente a prática do tráfico de drogas, sendo de rigor a condenação. Causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, bem reconhecida. Delito cometido nas imediações de estabelecimento de ensino e unidade de saúde.*

*Dosimetria - Penas-base elevadas de maneira fundamentada - Na segunda fase, redução ao mínimo legal, decorrente da atenuante da menoridade relativa. Na terceira fase, exasperação decorrente do art.40-III, da lei de drogas.*

*Não cabimento do redutor de pena, por falta de amparo legal - Manutenção do regime inicial fechado por ser o mais adequado - Não cabimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

*Ausência do preenchimento dos requisitos legais.*

*Detração penal matéria a ser melhor analisada em sede de execução criminal.*

*Preliminar rejeitada.*

*Recurso da Defesa improvido.*

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/10), a impetrante afirma que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão da negativa de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 a Lei n. 11.343/2006, uma vez que ele preenche todos os requisitos legais para a incidência da benesse, pois *inexiste nos autos qualquer prova de que o Paciente se dedicava a atividades criminosas, bem como, integrava, mesmo que de forma indireta, organização criminosa* (e-STJ, fl. 8). Ademais, alega que se trata de pessoa primária e de bons antecedentes.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, o redimensionamento das sanções do paciente, ante o reconhecimento do tráfico privilegiado e, por conseguinte, o abrandamento de seu regime prisional e a substituição de sua reprimenda.

Suficientemente instruídos os autos, dispense o envio de informações.

É o relatório. **Decido.**

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.

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

Acerca do rito a ser adotado para o julgamento desta impetração, as disposições previstas nos arts. 64, inciso III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contrária (AgRg no HC n. 513.993/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgRg no HC n. 475.293/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018; AgRg no HC n. 499.838/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/4/2019; AgRg no HC n. 426.703/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018; e AgRg no RHC n. 37.622/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, *uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n. 45/2004 com status de princípio fundamental* (AgRg no HC n. 268.099/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet*, longe de suplantando sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC n. 324.401/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, *para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência*

*pacífica* (AgRg no HC n. 514.048/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Possível, assim, a análise do mérito da impetração, já nesta oportunidade.

Conforme relatado, busca-se o reconhecimento do tráfico privilegiado e, por conseguinte, o abrandamento do regime prisional do paciente, além da substituição de sua reprimenda.

Inicialmente, cabe observar que, 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 **integrarem organização criminosa**.

A dosimetria da pena do paciente foi revisada pela Corte estadual, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 54/63, destaquei):

[...]

*Consta da denúncia que, no dia 13 de junho de 2020, por volta de 23.00 horas, na Rua Antonio Girardi, número 07, bloco 2, do Condomínio Mônaco, localizado no Conjunto Habitacional Dr. Luís Spina, comarca de Barretos, **EDUARDO HENRIQUE DA SILVA MOCHIUTE2**, trazia consigo, nas imediações de instituição de saúde e de estabelecimento de ensino, para entrega ao consumo de terceiros, 26 (vinte e seis) porções de cocaína, acondicionadas em microtubos plásticos, com peso bruto aproximado de 30 gramas, e 02 (duas) porções de crack, com peso bruto aproximado de 11,5 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (auto de exibição e apreensão às fls. 08/089) e laudo de exame químico toxicológico às fls. 102/104, relatório de investigações e croquis às fls. 105/106.*

[...]

*Na primeira fase, atentando-se aos critérios do art. 59, do Código Penal, bem como aos do art. 42, da Lei de Drogas, **a pena-base foi fixada em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Ponderou-se a natureza e diversidade de drogas apreendidas (cocaína e crack).***

*Neste ponto, recorreu a Defesa, buscando a fixação de pena-base mínima. Sem razão. O vigente artigo 42 da Lei de Drogas determina que sejam consideradas a natureza e a quantidade de drogas apreendidas. Neste caso, a r. sentença cumpriu a lei vigente, e justificou a exasperação adotada na primeira fase da dosimetria, de modo que assim fica mantida.*

[...]

*Na fase intermediária, a r. sentença considerou a circunstância atenuante da menoridade relativa, e reduziu a pena ao patamar mínimo legal, em consonância com os termos da Súmula 231, do C. STJ, o que fica mantido.*

*Na derradeira etapa, a pena foi exasperada à razão de 1/6, diante da majorante prevista no art. 40-III, da Lei de Drogas. Assim a*

penatotalizou 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, no mínimo legal, o que fica mantido.

[...]

**No mais, a r. sentença bem afastou a concessão da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, ponderando que a concessão da benesse não é automática ou obrigatória, consistindo em faculdade do julgador, em situações excepcionais. Ponderou, de acordo com a prova colhida, que o local dos fatos registra movimento intenso de traficância de drogas, e 'talvez o maior ponto de venda de drogas da cidade', e que 'um traficante consegue chegar e iniciar o comércio por si só', sendo que 'as vendas ocorrem mediante a autorização e supervisão de um traficante maior, dono do ponto, o qual fornece as drogas e paga àqueles que fazem a venda no varejo'. Ponderou, também, que 'o acusado inequivocamente tem vínculo estreito com organização criminosa, pois necessário para o exercício da mercancia de drogas'. Acrescentou que 'o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico'.**

*De fato, pelos fundamentos trazidos na r. sentença, decorrentes da prova amealhada aos autos, a ausência de requisitos legais, consistente na dedicação do réu às atividades criminosas, veda a concessão da benesse. O §4º, do art. 33 é expresso ao mencionar que para a aplicação da referida causa de diminuição de pena, o acusado deve atender cumulativamente aos seguintes requisitos: ser primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.*

**Neste caso, todas as circunstâncias do caso concreto indicam sério envolvimento com a criminalidade, não se cuidando de traficante ocasional.**

Pela leitura do recorte acima, verifica-se que a referida minorante foi rechaçada, em razão da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – 30g de cocaína e 11,5g de crack (e-STJ, fl. 54) –, associado ao fato de o paciente estar praticando a mercancia espúria em local movimento intenso de tráfico de drogas, e "talvez o maior ponto de venda de drogas da cidade", o que seria indicativo de sua dedicação a atividades criminosas e de seu estreito vínculo com organização criminosa (e-STJ, fl. 62); sem haver a demonstração incontestada, por meio de outros elementos de provas que demonstrem, de forma cabal, sua dedicação a atividades criminosas, ou mesmo sua associação a uma organização criminosa.

Nessa esteira:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. RECONSIDERAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS ADICIONAIS. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AGRAVO PROVIDO.**

[...]

**2. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, a indicação da**

*quantidade de drogas apreendida, isoladamente, sem a expressa referência a circunstâncias concretas adicionais, não justifica o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*

3. Tendo o Tribunal de origem decidido pelo afastamento da causa de diminuição em razão da dedicação à atividade criminosa, considerando, para tanto, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, tratando-se de 478 comprimidos de ecstasy, deve ser reconhecida manifesta ilegalidade, restabelecendo-se a sentença condenatória.

4. Agravo regimental provido para restabelecer a sentença condenatória (AgRg no AREsp n. 1.746.751/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe 8/2/2021, grifei).

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO ACUSADO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICABILIDADE DO ÍNDICE EM MENOR EXTENSÃO. REGIME PRISIONAL. QUANTIA E ESPÉCIE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

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. Hipótese em que à **míngua de elementos probatórios que denotem a habitualidade delitiva do paciente ou ser ele integrante de organização criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a quantidade da droga apreendida - 27,2g de maconha e 43,8g de cocaína - não se mostra excessiva para impedir a concessão de benefício em questão**, cabendo, assim, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração 1/2, atento aos vetores do art. 42 da referida Lei.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/2, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão mais 250 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto (HC n. 517.105/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/9/2019, DJe 30/9/2019, grifei).

Desse modo, reconheço o flagrante constrangimento ilegal apontado pela impetrante e, de ofício, aplico a redutora do tráfico privilegiado no teto legal de 2/3, para não incorrer em *bis in idem*, com a pena-base; de sorte que, ausentes outras causas

modificadoras, as sanções do paciente ficam definitivamente estabilizadas em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além de 194 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, apesar de o novo montante da pena – 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão –, admitir, em tese, a fixação do regime inicial aberto, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na natureza e quantidade de drogas apreendidas (**30g de cocaína e 11,5g de crack**), o que justificou, inclusive, a exasperação da pena-base em 1/6, autoriza a fixação do regime intermediário; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como *in casu*, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial semiaberto.

No mesmo sentido em relação à negativa de substituição da pena privativa de liberdade, por medidas restritivas de direitos.

Ao ensejo, *mutatis mutandis*:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE DROGA DE ALTA NOCIVIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA OUTROS PROCESSOS PELA PRÁTICA DE IDÊNTICO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", E § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

*5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade técnica do paciente e o quantum de pena (5 anos) permita, em tese, a fixação de regime mais brando, a quantidade e natureza das drogas apreendidas - 9 porções de maconha, 15 porções de cocaína e 28 pedras de crack -, justificam o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

*Habeas corpus não conhecido (HC n. 403.508/SP, el. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 4/9/2017).*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.*

*DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.[...]II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.*

*III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 - com redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*

*IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.*

*Habeas corpus não conhecido (HC n. 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017).*

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do *habeas corpus*. Todavia, **concedo a ordem**, *ex officio*, para fixar ao paciente as penas de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além de 194 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos de sua condenação.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília, 06 de maio de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator