



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.007 - SP (2012/0192548-9)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : KAREEN PATRÍCIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ SANTIAGO FERNANDES BEZERRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NÃO APLICADA (§ 4º). CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. REGIME PRISIONAL. SUPERVENIÊNCIA DE PROGRESSÃO DE REGIME. PEDIDO PREJUDICADO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, I, DO CP). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– 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 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 as atividades criminosas, evidenciada sobretudo pelas circunstâncias do delito, a quantidade e a variedade de droga apreendida, bem como o fato do paciente não ter comprovado ocupação lícita. Para se afastar esta conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

– Quanto ao regime de cumprimento de pena, o pedido está prejudicado em razão do paciente já estar cumprindo pena em regime semiaberto, de acordo com as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Precedentes.

– Incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

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, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.007 - SP (2012/0192548-9)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : KAREEN PATRÍCIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ SANTIAGO FERNANDES BEZERRA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOSÉ SANTIAGO FERNANDES BEZERRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n. 0014288-22.2010.8.26.0577.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06. Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao reclamo ministerial para majorar a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime fechado.

A impetrante sustenta que o paciente preenche os requisitos da causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e, em decorrência disso, requer a sua aplicação, bem como a fixação de regime menos severo para o cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida à fl. 49.

Informações prestadas às fls. 60/84.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 87/88, pelo não cabimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.007 - SP (2012/0192548-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (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.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante na posse de 2 (duas) porções de maconha e R\$ 19,00 (dezenove reais) em dinheiro. Na ocasião, indicou o local onde estava escondido o restante da droga – 5 (cinco) pinos de cocaína, 8 (oito) invólucros de *crack* e 44 (quarenta e quatro) de maconha – , embaladas individualmente. O réu confessou informalmente a traficância aos policiais.

Em primeiro grau, a pena foi aplicada nos seguintes termos:

[...] A despeito de referência nesse sentido aduzida pelo policial Clênio, o policial Luis Fernando foi expresso ao afirmar que o réu teria dito informalmente que se dedicava à venda de drogas fazia aproximadamente cinco dias. Dessa forma, **cabível a incidência da causa especial de diminuição da pena, mas no patamar mínimo, levando-se em conta a variedade e a natureza das substâncias apreendidas.** Subsumindo-se a conduta do acusado ao tipo descrito pelo artigo 33, *caput*, e parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, de rigor sua condenação. Passo a dosimetria das penas. Em atenção aos ditames do artigo 59, do CP, **fixo a pena base, um sexto acima do mínimo cominado, levando-se em conta variedade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, duas delas com maior poder vulnerante da saúde pública - cocaína e crack.** Ausentes agravante, torno a pena ao patamar mínimo, em razão da atenuante da menoridade relativa do réu ao tempo dos fatos. Ausentes causas de aumento de pena, **reduzo a reprimenda em um sexto, a teor do parágrafo quarto da Lei 11.343/06, tornando-a definitiva nesse patamar. O regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, único adequado à espécie, levando-se em conta as circunstancias judiciais desfavoráveis. Inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, não apenas pela vedação**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, que não padece do vício da inconstitucional idade, como também pelo não preenchimento dos requisitos estipulados pelo artigo 44, do CP, notadamente a quantidade de pena imposta. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido ministerial, para o fim de condenar o réu JOSÉ SANTIAGO FERNANDES BEZERRA à 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias multa, no piso, pela infração ao artigo 33, *caput*, e § 4º da Lei 11.343/06 (fls. 26/27).

Por sua vez, asseverou o Tribunal de origem ao dar parcial provimento à apelação da acusação:

[...] Partindo dessa ordem de idéias, foi correto o aumento de 1/6 da pena-base pelo juiz sentenciante, embora sem registro de maus antecedentes, mas **não foi acertada a incidência da redução da pena disposta no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06.** Nesse passo merece prosperar o recurso do Ministério Público. Nota-se que pelas circunstâncias da apreensão da droga, sua quantidade e variedade não ficam dúvida de que o apelante costumeiramente praticava o comércio proibido, fazendo do tráfico seu meio de vida, razões que impedem a aplicação da benesse legal. Além do mais não comprovou ocupação lícita.

[...]

O § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não é inconstitucional, pois, não viola o princípio da proporcionalidade, inserto em nossa Constituição Federal, que estabelece que deva haver um justo equilíbrio entre o fato ilícito praticado e a pena cominada.

Ressalte-se que o legislador prevê referida diminuição da pena aos agentes condenados pelos crimes previstos no art. 33, caput, e §1º, da Lei n. 11.343/06 - desde que sejam primários, possuam bons antecedentes, não se dediquem à atividade criminosa e nem integrem organização criminosa - e estabelece, também, que a reprimenda privativa de liberdade imposta a eles não será convertida em penas restritivas de direitos. Observe-se, ainda, que para tais crimes, determina-se que o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado.

Assim, não há se falar em violação do princípio da proporcionalidade, da individualização da pena, da isonomia e da culpabilidade.

Assim, **mantém-se o aumento da pena-base em 1/6 e, agora, afasta-se a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tornando-se definitiva a condenação do recorrente em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.**

Inviável, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e a suspensão condicional da pena.

O crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, pelo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita, de modo que prevaleça o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena,mostrando-se de todo inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou qualquer outro benefício, sob pena de indisfarçável impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública.

[...]

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena foi corretamente fixado, pois a gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito (fls. 37/41).

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 as atividades criminosas, evidenciada sobretudo pelas provas carreadas no processo, tendo o Tribunal *a quo* ressaltado as circunstâncias do delito, a quantidade e a variedade de droga apreendida, bem como o fato do paciente não ter comprovado ocupação lícita.

Dessa forma, para se afastar esta conclusão, acolhendo-se a tese de que o paciente não se dedicava as atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Nesse sentido:

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. 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 da acusada, que esta não integre organização criminosa e que não 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 da acusada à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que a acusada 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. Ordem não conhecida.

(HC 287.874/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 03/09/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVIDADE CRIMINOSA. ANÁLISE QUE DEMANDARIA REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que negou seguimento ao *habeas corpus* quanto à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que as instâncias originárias afastaram sua incidência por entender que os réu se dedicavam a atividade criminosa. Assim, **a pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão do Tribunal a quo, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na sede estreita do *habeas corpus*.** Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 302.101/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 12/12/2014).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INAPLICABILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

2. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

3. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente se dedicava a atividades criminosas, não incide ao referido redutor, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

8. Ordem parcialmente concedida, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o pedido está prejudicado em razão das informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo às fls. 61/62, as quais noticiam que foi concedido ao paciente o regime semiaberto em 16/1/2012 (folha de antecedentes, fl 83). Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO CONCEDIDA NA ORIGEM. PREJUDICADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

[...]

5. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

6. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

7. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa. **Prejudicado o pedido de progressão de regime, pela perda de objeto.**

(HC 61.007/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. (3) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. (4) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE BENEFICIADO COM O REGIME SEMIABERTO. (5) WRIT PREJUDICADO QUANTO AO REGIME E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Ademais, **o paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto.**

5. Habeas corpus prejudicado quanto ao regime e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar a pena-base do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, tornando-a definitiva no referido quantum, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 221.292/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013)

E, por último, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição por medidas restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0192548-9

HC 254.007 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 142882220108260577 4132010 577100142887

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: KAREEN PATRÍCIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSÉ SANTIAGO FERNANDES BEZERRA

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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