



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.776 - SP (2018/0038784-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNA RIGO LEOPOLDI RIBEIRO NUNES - SP0224531
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HUDSON DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa especial 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 às atividades delituosas nem integre organização criminosa.

A Corte estadual entendeu pela inaplicabilidade do dispositivo, ante a constatação de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, sobretudo em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas - *110,2 gramas de cocaína em 235 porções, 38,8 gramas de crack em 140 porções, e 154,5 gramas de maconha em 127 porções* -, aliado às circunstâncias do delito, em que houve denúncia indicando a traficância na residência do réu, demonstrando que não era um caso isolado e vinha se dedicando ao comércio ilícito de drogas.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do apenado à atividade criminosa constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados por crimes hediondos e equiparados.

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 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Muito embora a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

6. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o sentenciado não preenche o requisito de ordem objetiva previsto no art. 44, inciso 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 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, 17 de maio de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.776 - SP (2018/0038784-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNA RIGO LEOPOLDI RIBEIRO NUNES - SP0224531
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HUDSON DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de HUDSON DE SOUZA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0008970-16.2015.8.26.0405.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes), às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa.

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, em acórdão assim ementado:

PRELIMINAR - nulidade da confissão informal porque não antecedida da advertência do direito ao silêncio - inoportunidade - confissão informal que não passa de indícios, pois colhida sem formalidades e sem observância do contraditório - não exigência do rigor formal - advertência que a Lei reserva ao interrogatório na delegacia como em juízo - ainda que reconhecida a nulidade, o acusado não comprovou o prejuízo sofrido - ausente prova de efetivo prejuízo, pelo princípio da instrumentalidade das formas fica mantido o ato na forma realizada - artigo 563 do Código de Processo Penal - preliminar afastada.

TRÁFICO - MATERIALIDADE - auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo - comprovação que o material apreendido é droga.

TRÁFICO - AUTORIA - depoimento de policiais que indica a apreensão de droga na casa onde o réu foi encontrado deitado e fumando maconha - acusado que admite a apreensão de entorpecentes no local, mas alega que a residência era de seu conhecido chamado Rodrigo - ausência de prova de que residisse em outro imóvel - ausência de elementos que identificasse o conhecido Rodrigo.

TRÁFICO - destinação a terceiros - indícios tais como diversidade e quantidade - incompatível com a figura de usuário - forma de acondicionamento da droga, próprias para venda a varejo - apreensão de anotações típicas da contabilidade da traficância - réu que não teria condições econômicas para possuir a droga para consumo pessoal -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denúncia anônima - de rigor a condenação - pedido de desclassificação para o artigo 28 da Lei de Drogas - impossibilidade - improvimento ao apelo.

PENA - base exasperada em 1/6 em que face da quantidade e da natureza - a grande quantidade e a natureza das drogas apreendidas autorizam exasperação - ataque a um grande número de pessoas e natureza da substância que tem alto poder viciante - alta reprovabilidade - base no patamar mínimo legal - impossibilidade - improvimento ao pedido - ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes - inaplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - grande quantidade de drogas e existência de denúncia anônima demonstram que o réu vinha se dedicando à atividade ilícita - improvimento ao pedido de reconhecimento do redutor.

MULTA - constitucionalidade e proporcionalidade - coerência do valor em razão do impacto social - manutenção - improvimento.

REGIME - réu que se encontrava em poder de elevada quantidade de droga - natureza dos entorpecentes que possui alto potencial lesivo - alta reprovabilidade e periculosidade - o regime deve ser o necessário para dissuadir o réu de retornar a delinquir (Beccaria) - regime fechado - necessidade - regime mais brando - impossibilidade - negado provimento - inviável a substituição da pena em face do quantum de pena e da alta reprovabilidade - artigo 44,1 e III, do CP (fls. 14/15).

Na presente impetração sustenta, inicialmente, que o paciente preenche todos os requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo em vista ser primário, não se dedicar à atividade criminosa ou pertencer a organização criminosa. Assevera que não foi demonstrado o envolvimento do paciente com a criminalidade.

Alega, ainda, que, considerando a pena imposta, inferior a 8 anos e a primariedade do paciente, o regime prisional adequado ao caso dos autos é o semiaberto, sendo inidônea a fundamentação utilizada para fixação do regime prisional mais gravoso. Afirma que, após a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33 § 4º, da Lei 11.343/2006, o paciente fará jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Requer, em liminar e no mérito, a aplicação do redutor previsto no art. 33 § 4º, da Lei de Drogas, a fixação do regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 66/68).

Informações prestadas (fls. 75/105, 108/133 e 148/164).

O Ministério Público Federal opinou *"pela extinção do writ sem resolução*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de mérito ou pela denegação da ordem" (fls. 135/144).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.776 - SP (2018/0038784-3)

VOTO

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

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas com subsequente abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Juízo de primeiro aplicou a pena e fixou o regime prisional sob a seguinte fundamentação:

Considerando os parâmetros acima e os demais critérios preconizados pelo artigo 59, do Código Penal, fixo a pena-base, acima do mínimo legal, na proporção de 1/6 pela intensidade dolosa, ou seja, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados pelo valor mínimo. Não há atenuantes. Não há agravantes. Não há causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual tomo-a definitiva.

Em face do disposto na Lei 11.464, de 28/3/2007, fixo o regime inicial fechado com a progressão prevista na referida legislação para o apenado.

Outro regime que não o inicial fechado não será o suficiente para a prevenção e repressão delitiva.

Trata-se de crime de natureza grave, equiparado a delito hediondo, que causa perturbação da ordem pública, atingindo o bem estar (Saúde) - direito constitucionalmente assegurado e de primordial relevância, sendo o tráfico de drogas a mola propulsora que frontalmente contraria este princípio; além de fomentar outros crimes de elevada gravidade.

A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, trazida ao Código Penal pela Lei 9.714/98, é incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a vedação imposta pela Lei 8.072/90. Ora, admitir-se a substituição da pena privativa de liberdade em crime desse jaez é ignorar o dever assumido pelo Brasil no combate ao tráfico de entorpecentes.

Ora, se a quantidade da pena imposta e que obsta a substituição, já que superior a 4 anos, esse beneplácito se restringe à pequena e à média criminalidade nos quais não se justifica a retirada do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente da Sociedade, de acordo com a Exposição de Motivos do então Projeto de Lei 689 de 18/12/1996. Não é, pois, passível de extensão a delito assemelhado a hediondo, pela sua reconhecida perniciosidade à Sociedade.

Apesar da grave ameaça ou violência à pessoa não integrar o tipo penal do tráfico de entorpecente, não se pode olvidar que se trata de elemento significativo que flagela a Sociedade (fls. 40/41).

O Tribunal de Justiça negou provimento ao apelo defensivo mantendo a sentença condenatória por seus próprios fundamentos. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

A diversidade e quantidade (110,2 gramas de cocaína em 235 porções, 38,8 gramas de crack em 140 porções, e 154,5 gramas de maconha em 127 porções), incompatível com a figura do usuário; a forma de acondicionamento, próprio para a venda a varejo; apreensão de anotações típicas da traficância, e o fato de que o réu não teria condições econômicas para possuir a droga para seu uso pessoal, dão a necessária certeza de que a droga se destina ao tráfico ilícito.

Além disso, havia denúncia informando o local exato onde havia a traficância e que os responsáveis eram 'Pantera' e seu marido, sendo que no local indicado o réu foi surpreendido deitado e fumando maconha, tudo confirmando a denúncia.

[...]

Passemos à dosimetria da pena.

Na primeira fase, em face da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, a base foi exasperada em 1/6, resultando a reprimenda em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, o que se mostra comedido, face a existência de mais de 500 porções de três drogas distintas, cocaína, maconha e crack.

Foi apreendida considerável quantidade de entorpecente. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, circunstância que autoriza a exasperação da pena em face da maior reprovabilidade da conduta.

Nem o fato de ser primário e não ostentar antecedentes afasta o aumento, visto a maior ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, saúde pública, fato que autoriza exasperação da pena, principalmente tendo-se em vista do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, que determina a preponderância da natureza e quantidade da substância sobre as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

[...]

Ainda nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser também considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. No



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso, a natureza das drogas apreendidas, crack e cocaína, indica maior reprovabilidade, posto que tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

Desta feita, cabível o aumento aplicado na r. sentença, não havendo o que se reparar aqui.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, não restou aplicado o redutor, sob o fundamento de que o réu vinha se dedicando à traficância, constada pela denúncia anônima e pela confissão informal de que receberia R\$ 1.000,00 por cada carga de entorpecente guardada, indicando que não era a primeira vez e que se dedicava à prática de crimes.

Isso não obstante, a grande quantidade de entorpecente apreendida também denota que há profissionalização no tráfico de drogas, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância não seria confiado montante substancial de entorpecentes.

Portanto, a grande quantidade, indicativa de profissionalização, demonstra que o acusado se dedica a atividades criminosas e, obsta a aplicação do redutor no presente caso.

[...]

Ademais, como bem ponderado pela Magistrada a quo, a existência de denúncia indicando a traficância na residência do réu, demonstra que não era um caso isolado e vinha ele se dedicando ao comércio ilícito.

Dessa forma, não há que se falar em aplicação do redutor como requerido pela Defesa.

[...]

O regime fechado impõe-se. Conforme já mencionado, foi apreendida grande quantidade de entorpecentes.

Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, repise-se, a natureza de grande parte das drogas apreendidas, quais sejam, crack e cocaína, também indica maior reprovabilidade, posto que tais entorpecentes possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (fls. 78/97).

Da análise dos trechos acima transcritos, verifico que a majoração da pena-base foi fundamentada pela decisão de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de origem na quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP.

Por outro lado, verifica-se que o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, foi o de dedicação do paciente às atividades criminosas, sobretudo em razão da quantidade, variedade e das circunstâncias em que se deu a apreensão de – *110,2 gramas de cocaína em 235 porções, 38,8 gramas de crack em 140 porções, e 154,5 gramas de maconha em 127 porções* –, aliado às circunstâncias do delito, em que houve denúncia indicando a traficância na residência do réu, demonstrando que não era um caso isolado e vinha se dedicando ao comércio ilícito de drogas.

Essa orientação está em consonância com o entendimento firmado por esta Corte, no sentido de que a aplicação da redutora 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.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 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. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

3. No caso, o Juiz sentenciante, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na variedade e natureza das drogas apreendidas - 22 pinos de cocaína (15g) e 26 papérolas de maconha (51,8g) -, o que não se mostra desproporcional.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido (HC 296.067/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/5/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO.

I - No caso dos autos, a expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 kg (um quilo) aproximadamente de maconha -, além de outros elementos obtidos no decorrer das investigações, justificam o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, eis que há indicativo, segundo a eg. Corte de origem, de que o recorrente se "dedica a atividades criminosas" (Precedentes).

II Assim, na espécie, a quantidade de entorpecente foi valorada para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a referida circunstância (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), considerada a quantidade da pena imposta, revela-se correta a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda. (Precedentes).

Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1492143/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/2/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

4. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se, no ponto, que o paciente encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.309/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

No tocante ao regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Com efeito, 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.

Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, não evidencio a existência de flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso, uma vez que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Em que pese a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

[...]

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

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 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga. **No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Muito embora a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

[...]

Habeas corpus não conhecido (HC 389.588/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AFASTAMENTO DA MINORANTE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DIREITOS. PREJUDICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014).

[...]

XII - Na hipótese, infere-se que o v. acórdão impugnado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, ou seja, o fechado, com base em elementos concretos, que estabeleceram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ensejando uma maior repressão estatal, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

XIII - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido (HC 420.837/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/12/2017).

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o sentenciado não preenche o requisito de ordem objetiva previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0038784-3

HC 437.776 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00089701620158260405 20170000734845 89701620158260405

EM MESA

JULGADO: 17/05/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNA RIGO LEOPOLDI RIBEIRO NUNES - SP0224531
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	HUDSON DE SOUZA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.