



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.771 - SP (2015/0228452-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JEFFERSON SA VALENCA CLEMENTE MACHADO
ADVOGADO : JEFFERSON SÁ VALENÇA CLEMENTE MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO OLIVEIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 11,51G DE CRACK E 8,75G DE COCAÍNA. *QUANTUM* DA DIMINUIÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006. Precedentes.

3. O *quantum* da condenação (2 anos e 6 meses), a primariedade, a análise favorável das circunstâncias judiciais e a natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Segundo a jurisprudência desta Corte, a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, considerando a natureza das drogas apreendidas (crack e cocaína), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas, não se mostra socialmente recomendada a substituição da reprimenda.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime 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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.771 - SP (2015/0228452-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JEFFERSON SA VALENCA CLEMENTE MACHADO
ADVOGADO : JEFFERSON SÁ VALENÇA CLEMENTE MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO OLIVEIRA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **DIEGO OLIVEIRA DOS SANTOS** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Não lhe foi permitido recorrer em liberdade (e-STJ, fls. 68-73).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu (e-STJ, fls. 93-105).

Não se conformando com o acórdão, manejou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando que: a) "a Magistrada não aplicou o patamar máximo de diminuição prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, muito embora no presente caso verifica as circunstâncias exigidas para aplicação da referida minorante em seu grau máximo"; b) "a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida, que segundo a própria magistrada, está dentro dos padrões de reprovação, não se apresentam relevantes a ponto de justificar a não redução em grau máximo da pena"; c) "o regime aberto para o cumprimento da reprimenda corporal deve ser estabelecida deve ser imposto, com base no art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal"; d) "tendo o delito sido perpetrado sem violência ou grave ameaça, e considerando que a pena fixada não supera 04 (quatro) anos, mostra-se totalmente cabível e viável a substituição da pena afliativa por restritiva de direito (art. 44 do CP), a qual deve ser substituída por uma restritiva de direito a ser definida pelo juízo das execuções penais" (fls. 1-10).

Ao final, requereu a concessão da ordem para que seja estabelecida "a redução inserta no referido parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), tornando-se assim a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direito" (e-STJ, fl. 100).

A liminar foi deferida para permitir que o paciente aguarde o julgamento do mérito do *mandamus* em regime semiaberto (e-STJ, fls. 111-116).

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento da impetração e, caso conhecida, pela denegação do pedido (e-STJ, fls. 188-194).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.771 - SP (2015/0228452-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : JEFFERSON SA VALENCA CLEMENTE MACHADO
ADVOGADO : JEFFERSON SÁ VALENÇA CLEMENTE MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO OLIVEIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 11,51G DE CRACK E 8,75G DE COCAÍNA. *QUANTUM* DA DIMINUIÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. RAZOABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006. Precedentes.

3. O *quantum* da condenação (2 anos e 6 meses), a primariedade, a análise favorável das circunstâncias judiciais e a natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack) permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP, *c/c* art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Segundo a jurisprudência desta Corte, a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, considerando a natureza das drogas apreendidas (crack e cocaína), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas, não se mostra socialmente recomendada a substituição da reprimenda.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

VOTO

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

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Em relação à causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, assim consignou o Tribunal de origem:

"O redutor não pode incidir no grau máximo, dada a quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substância entorpecente 52 invólucros de crack, com peso líquido de 11,51g e 27 invólucros de cocaína, com peso líquido de 8,75g -, que, embora não seja vultosa a ponto de impedir a aplicação do redutor, está longe de ser desprezível." (e-STJ, fl. 99.)

No caso, a Corte estadual aplicou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/2, com fundamento na natureza e na quantidade da droga apreendida (11,51 g de crack e 8,75 g de cocaína), o que não se mostra desproporcional, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

A respeito dos temas, esta Corte tem firmado o entendimento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem interferir na escolha do percentual da referida causa de diminuição, bem como para estabelecer o regime de cumprimento de pena. Precedentes: HC 300.136/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015; HC 323.502/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015.

No que tange à aplicação do regime prisional e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Tribunal assim decidiu:

"Imodificável o regime inicial mais gravoso, estabelecido para o início de cumprimento da reprimenda, por tratar-se de crime equiparado aos hediondos (artigo 2º § 1º da Lei no. 8.072/90).

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, não obstante a recente suspensão, pela Resolução no. 5/2012, do Senado Federal, da execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos, do § 40. do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, decorrente da declaração incidental de inconstitucionalidade dessa expressão pelo E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n. 97.256/RS.

O tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo depois dessa Resolução, mantém sua natureza de delito equiparado aos hediondos, por disposição constitucional.

Nem quando privilegiado o tráfico deixa de ser tráfico. Não se despoja, portanto, da natureza hedionda." (e-STJ, fls. 100-101.)

Consoante se vê, o magistrado sentenciante fixou o regime fechado e negou a substituição com fundamento, exclusivamente, na vedação legal.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 nos julgamentos do HC 69.657/SP e do HC 97.256/RS, respectivamente, de modo a não mais permitir a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, verificada a primariedade do agente, as circunstâncias judiciais favoráveis e considerada a quantidade e a natureza da droga apreendida, o regime intermediário é o adequado à prevenção e reparação do delito, à luz do art. 33, § 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Na espécie, não obstante a pena reclusiva ter sido consolidada em patamar inferior a 4 (quatro) anos, não se mostra possível a aplicação do regime aberto, diante da mecânica delitiva e da quantidade e qualidade da droga apreendida: 5,7g (cinco gramas e setenta centigramas) de crack, entorpecente este altamente danoso ao usuário e à sociedade, dada a alta toxicidade e dependência provocadas, a exigir maior rigor na repressão - regime semiaberto" (AgRg no REsp 1396214/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013).

Por fim, no que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, esta Corte tem admitido que a sua negativa seja fundamentada com base na quantidade e na natureza das drogas apreendidas. Sobre o tema, o seguinte julgado:

"A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Hipótese em que fica vedada a substituição em razão da quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos - 27 pedras de crack, 7 petecas de cocaína e 6g de maconha" (AgRg no AREsp 562.832/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015).

Destaque-se, no caso, a natureza das drogas apreendidas (crack e cocaína), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Assim, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. No entanto, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0228452-6

HC 335.771 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00040521920148260238 20150000413769 40521920148260238

EM MESA

JULGADO: 24/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JEFFERSON SA VALENCA CLEMENTE MACHADO
ADVOGADO	: JEFFERSON SÁ VALENÇA CLEMENTE MACHADO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO OLIVEIRA DOS SANTOS (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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.