



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.707 - SP (2018/0228615-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : VALQUIRIA APARECIDA DE JESUS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILDSON FERREIRA VITORINO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. 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 instância ordinária afastou a incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. O STF, 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. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal – CP.

In casu, a quantidade, variedade e natureza da droga – suficiente para cerca de 202 porções individuais de cocaína, 282 de crack e 183 de maconha, além da apreensão das 19 porções de lança-perfume – utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

4. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 21 de março de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.707 - SP (2018/0228615-5)

IMPETRANTE : VALQUIRIA APARECIDA DE JESUS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILDSON FERREIRA VITORINO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de WILDSON FERREIRA VITORINO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0006752-33.2017.8.26.0635).

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente, juntamente com outro corréu, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação, pelo Ministério Público, o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso *para afastar a incidência da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, fixando-se a pena definitiva dos réus em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa para cada um dos réus, a ser cumprida inicialmente em regime fechado* (fl. 23).

No presente *writ*, a impetrante alega que o julgamento colegiado impôs constrangimento ilegal ao réu, ao afastar a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não obstante ele preencher os requisitos legais para tanto. Aduzem, ainda fundamentação inidônea quanto à imposição do regime prisional fechado e para obstar a substituição da pena por medidas restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus* e, subsidiariamente, pela denegação da ordem (fls. 64/68).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.707 - SP (2018/0228615-5)

VOTO

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

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.

O paciente foi preso em flagrante porque trazia consigo, para fins de comercialização e difusão ilícita a terceiros – *94 porções de Cannabis Sativa L., com peso líquido de 110,2 gramas; 175 porções de cocaína, com peso líquido de 50,5 gramas; 81 porções de cocaína na forma de crack, com peso líquido de 28,2 gramas; e 19 frascos de vidro contendo Tricloroetileno, substância popularmente conhecida como lança- perfume, com volume líquido de 48 mililitros* –, razão pela qual foi condenado por tráfico ilícito de drogas (fl. 14).

No julgamento da apelação criminal interposta pelo *Parquet*, o Tribunal de origem afastou a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, consignando:

[...]

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal para ambos os réus, o que mantenho ante a ausência de recurso ministerial neste sentido, resultando em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa para cada um dos réus.

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes, mantendo-se a pena no mínimo.

Na terceira fase, não há causas de aumento. O juízo a quo concedeu o benefício do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 na fração de ½. O Ministério Público se insurgiu, requerendo o afastamento da causa de diminuição, o que deve ser acolhido.

A grande quantidade de entorpecente apreendida, cerca de 202 porções individuais de cocaína, 282 de crack e 183 de maconha, além da apreensão das 19 porções de lança-perfume, 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.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, tendo em vista tais argumentos, necessário afastar o benefício do redutor, fixando-se a pena definitiva de cada um dos réus em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.

O juízo a quo fixou o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, razão pela qual o Ministério Público também apelou, requerendo a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena.

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes, cerca de 202 porções individuais de cocaína, 282 de crack e 183 de maconha, além da apreensão das 19 porções de lança-perfume. 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, a natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack) também indica maior reprovabilidade, visto que tal entorpecente possui 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. Além disso, o réu é reincidente o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. 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. 26/28).

Vê-se, a instância ordinária negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

A propósito:

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na 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 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, 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 acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/4/2016).

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 CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.
IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL
CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/4/2016).

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, o Plenário do STF, 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 Código Penal – CP.

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do STF.

Na hipótese dos autos, não há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado. Isso porque a quantidade, a variedade e a natureza da droga – *suficiente para cerca de 202 porções individuais de cocaína, 282 de crack e 183 de maconha, além da apreensão das 19 porções de lança-perfume* (fl. 25/26) – utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM
BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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 necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- No caso, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas são circunstâncias que recomendam o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido (HC 344.946/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Fixado o regime inicial fechado não só com base na hediondez do delito, mas também em razão da natureza, quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente - 22 porções de maconha, pesando 61,37g, 24 eppendorfs de cocaína, pesando 15,64g e 22 eppendorfs de crack, pesando 4,19g - fundamentos os quais, inclusive, justificaram a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 371.001/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MINORANTE NÃO AFASTA HEDIONDEZ. MATÉRIA PACIFICADA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INVIÁVEL O EXAME EM RECURSO ESPECIAL.

I - A valoração negativa da circunstância referente à quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, realizada, seja na primeira ou na terceira fase da dosimetria, na linha da orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, autoriza a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. (Precedentes).

[...]

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1480517/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 1/9/2015, DJe 11/9/2015).

Por fim, a fixação da pena acima de 4 anos impede a sua substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0228615-5

HC 467.707 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067523320178260635 20180000673932 67523320178260635

EM MESA

JULGADO: 21/03/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: VALQUIRIA APARECIDA DE JESUS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WILDSON FERREIRA VITORINO
CORRÉU	: ROBSON DE ALMEIDA FERREIRA

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.