



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.372 - SP (2014/0273832-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS HENRIQUE DE SOUZA FERREIRA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 24,6 GRAMAS DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º) QUE NÃO PODE SER CONHECIDO PORQUANTO IMPORTARIA NO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO (CP, ART. 33, § 3º, C/C LEI N. 11.343/2006, ART. 42). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido "*sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "*de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*" (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirição da existência de "*ilegalidade ou abuso de poder*" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Esta Corte firmou o entendimento de que "*a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006*" (HC 312.574/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/05/2015; AgRg no REsp 1429866/MT, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/05/2015).

03. Em *habeas corpus*, não pode ser conhecida pretensão consistente no reconhecimento da causa especial de redução da pena, ou do *quantum* (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º), se o seu exame depender



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exclusivamente do revolvimento do conjunto fático-probatório (HC 292.121/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2015; AgRg no HC 316.636/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/03/2015).

04. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 8 (oito) anos, poderá ser estabelecido regime semiaberto para o seu cumprimento inicial desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas a natureza (potencial de lesividade à saúde) e a quantidade das substâncias apreendidas (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

05. *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 Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

Ministro NEWTON TRISOTTO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.372 - SP (2014/0273832-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : VINICIUS HENRIQUE DE SOUZA FERREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

VINICIUS HENRIQUE DE SOUZA FERREIRA foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e de 500 (quinhentos) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 17/18).

Pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão, a seguir reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu:

"[...]

A pena básica foi, justificadamente, fixada acima do patamar mínimo legal em um sexto, considerando a natureza do entorpecente apreendido. Não houve confissão espontânea, mas o réu era relativamente menor ao tempo do crime, retornando a pena ao patamar mínimo legal.

A diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é para casos especialíssimos, tendo como intuito de beneficiar os infratores que agiram de forma ocasional, sendo primários, de forma que não integram organização criminal ou se dedicam à atividade criminosa.

In casu, o réu se dedicava à prática delitiva, sendo que contra ele pesavam denúncias desde 2012 acerca de sua traficância, inclusive noticiando que ele chefiava o tráfico no local.

Pena aplicada com critério não comportando alteração.

O regime fechado é o único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo, verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente.

Não é o caso de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tampouco concessão de 'sursis', pelo 'quantum' da pena" (fl. 46/47).

Não se conformando com o *decisum*, a Defensoria Pública daquela unidade federativa interpôs o recurso em exame, sustentando, em síntese, que: **a)** a fixação da pena base acima do mínimo legal, amparada na natureza e na quantidade da substância apreendida, não encontra amparo na jurisprudência desta Corte quando "*não se tratar de montante excessivo*"; **b)** sendo o paciente primário, faz jus ao redutor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; **c)** *"a presente demanda autônoma se justifica em virtude de não terem sido aplicados os artigos 33, § 2º, e 44 do Código Penal, já que não aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e mantido o regime inicial fechado, fundamentado essencialmente na gravidade abstrata do delito"*.

Ao final, requereu seja concedida a ordem de *habeas corpus* para o fim de: *"a) fixar a pena base no mínimo legal; b) aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo de dois terços; c) estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda; d) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"* (fl. 13).

A liminar foi indeferida (fls. 51/53).

Prestadas as informações (fls. 62/74), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 78/84).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.372 - SP (2014/0273832-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : VINICIUS HENRIQUE DE SOUZA FERREIRA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, “de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirição da existência de “ilegalidade ou abuso de poder” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Em relação à dosimetria da pena nos crimes de tráfico de drogas, reproduzo, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte:

“[...]”

IV - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fases do cálculo da pena (ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

V - Desta forma, conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (HC 312.574/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/05/2015).

"[...]

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. O aumento da pena em 6 meses para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia de 3 a 15 anos, tendo-se em vista a elevada quantidade de droga apreendida, é razoável, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados" (HC 213.980/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/06/2015)

Esses precedentes se aplicam ao caso em exame.

Está inscrito no acórdão impugnado:

"A pena básica foi, justificadamente, fixada acima do patamar mínimo legal em um sexto, considerando a natureza do entorpecente apreendido.

Não houve confissão espontânea, mas o réu era relativamente menor ao tempo do crime, retornando a pena ao patamar mínimo legal.

A diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é para casos especialíssimos, tendo como intuito de beneficiar os infratores que agiram de forma ocasional, sendo primários, de forma que não integram organização criminal ou se dedicam à atividade criminosa.

In casu, o réu se dedicava à prática delitiva, sendo que contra ele pesavam denúncias desde 2012 acerca de sua traficância, inclusive noticiando que ele chefiava o tráfico no local.

Não era mesmo o caso de se reconhecer a benesse.

Pena aplicada com critério não comportando alteração.

O regime fechado é o único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo, verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente.

Não é o caso de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tampouco concessão de 'sursis', pelo 'quantum' da pena" (fls. 46/47).

Na primeira fase da dosimetria da pena, a instância ordinária considerou, para majorar a pena base em 1/6, a natureza da droga apreendida (cocaína), elemento que demonstra maior reprovabilidade da conduta e justifica o estabelecimento da pena acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03. Reafirmo os fundamentos dos votos insertos nos acórdãos cujas ementas são parcialmente reproduzidas:

"Em sede de habeas corpus, não pode ser conhecido pleito consistente no reconhecimento da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 se o seu exame depender exclusivamente do revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado (HC 292.121/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2015; AgRg no HC 316.636/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/03/2015)" (HC 321.860/SP, Quinta Turma, julgado em 18/06/2015).

"No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser igual ou inferior a 8 (oito) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime semiaberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015)" (HC 317.961/SP, Quinta Turma, julgado em 11/06/2015).

A toda evidência, o exame da pretensão relativa à redução da pena implica no revolvimento do conjunto fático-probatório.

Impõe-se também a rejeição daquela relacionada com o regime prisional.

Ao réu foi aplicada pena de 5 (cinco) anos de reclusão. Em seu poder foram apreendidos **24,6 gramas de cocaína**.

Transcrevo ementas de acórdãos desta Corte versando sobre casos similares e que respaldam essa solução:

"Esta Corte Superior possui entendimento de que o estabelecimento do regime de cumprimento de pena deve seguir o disposto no art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, além de ter em conta a regra prevista no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, podendo a quantidade e a natureza da droga apreendida interferir na sua fixação" (AgRg no AREsp 525.174/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 04/08/2015).

"A escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, assim como as demais peculiaridades do caso concreto (por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado" (AgRg no HC 310.967/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

04. Mantida a pena privativa de liberdade imposta, que é superior a 4 (quatro) anos, resta prejudicado o exame do pedido pertinente à sua substituição por restritiva de direitos (CP, art. 44, I).

05. Não havendo no ato judicial impugnado “*ilegalidade ou abuso de poder*” (CR, art. 5º, inc. LXVIII) a ser sanado, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0273832-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 307.372 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00130261320138260066 130261320138260066 20140000478602

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS HENRIQUE DE SOUZA FERREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.