



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.525 - SP (2015/0110263-2)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOLA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE SOUSA FERREIRA (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 15 *EPPENDORFS* CONTENDO CRACK, 2 *EPPENDORFS* CONTENDO COCAÍNA, 15 SACOS PLÁSTICOS CONTENDO COCAÍNA E 6 INVÓLUCROS CONTENDO MACONHA. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO. 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). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DO *QUANTUM* DA PENA APLICADA (CP, ART. 44). *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. Em *habeas corpus*, não pode ser conhecida pretensão consistente no reconhecimento da causa especial de redução da pena, ou o *quantum* (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º), se o seu exame depender 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03. 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).

04. *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), 20 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.525 - SP (2015/0110263-2)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DANIEL BIDOLA DONADE

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DIEGO DE SOUSA FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

DIEGO DE SOUSA FERREIRA foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inc. VI, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 21/30).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu (fls. 31/42).

Não se conformando com o acórdão, impetrou o *habeas corpus* em análise, sustentando que: **a)** *"a redução decorrente da aplicação do § 4º do art. 33 deve se dar em seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços) sobre a pena mínima do delito de tráfico de drogas, especialmente considerando a primariedade do paciente e a pequena quantidade de drogas encontrada"; b)* *"é certo que não houve fundamentação idônea que permitisse afastar a aplicação máxima do redutor em questão, vez que, conforme já se argumentou, a quantidade de drogas encontradas não foi elevada e não restou comprovada qualquer ligação do paciente com o crime organizado"; c)* *"é vedado ao julgador utilizar de fundamentação genérica para a imposição de regime de cumprimento de pena mais severo do que dispõe a lei como, por exemplo, a gravidade abstrata do delito ou a possível descrença nas instituições públicas"; d)* *"o paciente tem o direito de ter a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta substituída por penas restritivas de direitos, uma vez que preenche todos os requisitos elencados no artigo 44 do Código Penal"* (fls. 01/18).

Ao final, requereu a concessão da ordem para que seja *"determinada a redução da reprimenda com fundamento no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a imposição de regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos" (fl. 18).

A liminar foi indeferida (fls. 45/50).

Prestadas as informações (fls. 58/74), o Ministério Público Federal manifestou-se "*pela denegação da ordem*" (fls. 80/84).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.525 - SP (2015/0110263-2)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOLA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE SOUSA FERREIRA (PRESO)

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 perquirir a 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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

321.860/SP, Quinta Turma, julgado em 18/06/2015).

"[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, 'se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado' (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

[...]" (HC 313.826/PR, 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).

Está inscrito na sentença e no acórdão, respectivamente:

"Incabível, neste ponto, o reconhecimento do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 como pretende a defesa. No caso, o conjunto probatório evidencia que a traficância ocorria há alguns dias no local. Entrementes, o próprio réu afirmou já ter se envolvido com o tráfico em três anteriores oportunidades, ainda quando menor, indicando dedicação à prática de tal delito, ou seja, dedicava-se à prática de atividades ilícitas. Assim, torno definitivas as penas anteriormente impostas" (fl. 28).

"Assim sendo, considerando a natureza, a quantidade (15 *eppendorfs* contendo *crack*, 02 *eppendorfs* contendo cocaína, 15 sacos plásticos contendo cocaína e 06 invólucros contendo maconha), e a forma de acondicionamento da droga, clara está a situação de traficância, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência probatória.

Ficou devidamente comprovado também que o Apelante estava envolvido com o adolescente Alef na prática do crime de tráfico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sendo certa a condenação passo à análise das penas. Na primeira fase, tem-se que o Apelante é primário e portador de bons antecedentes, no entanto, em razão do Apelante já ter se envolvido em três oportunidades anteriores com tráfico de drogas, chegando a ficar internado por duas vezes, e ter cometido o crime quando gozava de liberdade assistida conforme o próprio declarou, as penas básicas foram majoradas, resultando em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Com a devida vênia, tal entendimento não deve prosperar.

As '*condenações*' do Apelante quando da menoridade não tem o condão de exasperar as penas e sendo o mesmo primário e portador de antecedentes judiciais favoráveis, fixo suas penas básicas no patamar mínimo, qual seja, 05 anos de reclusão e 500 dias multa.

Na segunda fase, a Magistrada reconheceu a atenuante da maioridade relativa, no entanto, sem reflexos nas penas, eis que agora fixadas no mínimo legal na primeira fase, o que faz incidir o enunciado da Súmula nº 231, do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que é precisa no sentido de que '*A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*'.

Na terceira fase, as penas foram elevadas em 1/6 por conta da causa de aumento especial prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, resultando em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, restando definitivas.

Pleiteia o Apelante ainda na terceira fase, a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Razão não lhe assiste, pois **a grande quantidade de drogas apreendidas não permite concluir tratar-se o Apelante apenas de um traficante ocasional, mas sim, pessoa que faz do crime meio de vida.**

Não obstante a quantidade, a diversidade de drogas encontradas também se apresenta como fator impeditivo da concessão do benefício pleiteado, principalmente o *crack*, droga devastadora e que traz péssimas consequências tanto para quem usa como para a sociedade em geral, que com poder sobrenatural, sempre vicia a pessoa quando do seu primeiro experimento e o que vem depois é tragédia certa.

Acertadamente foi fixado o regime fechado, haja vista decorrer de texto expresso de lei (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), que deve ser respeitado; além da grande quantidade e variedade de drogas que não permitem regime diverso, além do envolvimento de longa data com o tráfico de drogas, agora ainda, contando com o concurso de um adolescente.

Por fim, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, mesmo diante do quanto reconhecido pelo Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no HC nº 98.769/SP e, Resolução nº 5, de 15.02.2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão '*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*', contida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional pelo Guardião Maior da Carta Constitucional.

É que, no caso, a substituição fará com que a pena privativa de liberdade aplicada perca consideravelmente a sua força retributiva e preventiva diante do gravíssimo crime de tráfico de drogas, nas circunstâncias acima enumeradas.

Além disto, ante o *quantum* de pena privativa de liberdade aplicada é incabível tal medida, nos termos do art. 44, I, do Código Penal" (fls. 40/42).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e 10 (dez) meses de reclusão. Em seu poder foram apreendidos **15 eppendorfs contendo crack, 02 eppendorfs contendo cocaína, 15 sacos plásticos contendo cocaína e 06 invólucros contendo maconha**, e praticou o crime em concurso com um adolescente, o que evidencia a reprovabilidade acentuada da conduta.

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

"Sedimentou-se na jurisprudência dessa Corte Superior de Justiça o entendimento de que é legítima a utilização da quantidade e da variedade de droga (20 invólucros de maconha e 3 eppendorfs de cocaína) para imposição do regime inicial mais gravoso que o cabível em razão da pena aplicada, restando adequada a fixação do regime inicial fechado" (HC 307.587/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015).

"Devidamente fundamentada pelo Tribunal de origem a manutenção do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, com base nas circunstâncias do caso concreto - empreitada criminosa que envolveu a apreensão de 28 porções de cocaína, droga de elevado poder viciante, com participação de adolescente -, não há constrangimento ilegal a ser sanado" (HC 320.010/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/05/2015).

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

04. 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: 2015/0110263-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 323.525 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2013002263 20150000099965 226313 22632013 22632014 30155551220138260564

EM MESA

JULGADO: 20/08/2015

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. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOLA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE SOUSA FERREIRA (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."

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.