



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.909 - SP (2012/0131728-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : ANDRÉ VICENTINI GAZAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO RODRIGUES DE ANDRADE

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. NEGATIVA PELA SIMPLES QUANTIDADE DE DROGA, SEM INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA - (*COCAÍNA - MAIS DE MIL FRASCOS*). POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.
3. Hipótese que o Tribunal de origem, a par de reconhecer expressamente o preenchimento dos requisitos legais do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 pelo paciente, negou a aplicação do benefício em virtude, tão somente, da quantidade de drogas apreendida (*cocaína - mais de mil frascos*), não tendo indicado, em nenhum momento que tal quantidade evidenciaria dedicação à atividade criminosa.
4. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do *quantum* de redução a ser aplicado no caso. Precedentes.
5. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a natureza, a quantidade e a variedade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a fixação de regime penal mais gravoso. Precedentes.
6. Prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, diante do *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, nos termos do art. 44, I, c/c art. 69, §1º, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício apenas para reduzir as penas do delito de tráfico de drogas a 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos, nesta parte, os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao não conhecimento do habeas corpus.

Brasília (DF), 24 de maio de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.909 - SP (2012/0131728-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : ANDRÉ VICENTINI GAZAL - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RODRIGO RODRIGUES DE ANDRADE

RELATÓRIO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, impetrado em favor de RODRIGO RODRIGUES DE ANDRADE, em face do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao apelo da defesa e deu provimento ao apelo ministerial.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 1º Grau, à reprimenda de 3 anos e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 333 dias-multa pela prática do delito de tráfico de entorpecentes e às penas de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, pela prática do delito de porte ilegal de munição, totalizando 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 343 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal afastou a causa de diminuição da pena prevista no §4, do art. 33 da Lei 11.343/06, aumentando a reprimenda à 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, mantida, no mais, a sentença, a qual somada à pena referente ao crime de porte ilegal de munição, totaliza 7 anos e 510 dias-multa.

Alega a impetrante, em síntese, que *a justificativa para afastar a aplicação da causa de diminuição da pena não apresenta fundamentação, extrapola os limites legais e não atende aos princípios da humanidade e culpabilidade que orientam a imposição da pena*" (fl. 3), e quanto ao regime aduz que *"as circunstâncias judiciais analisadas para a fixação da pena são as mesmas observadas para a estipulação do regime, a teor do previsto no artigo 33, § 3º, do Estatuto Penal. Por esta mesma razão, inclusive, o Código Penal, em seu artigo 33, § 2º, e alíneas, estipula os diferentes regimes (aberto/semi- aberto/fechado) em função do rigor das penas corporais* (fl. 4)

Requer, assim, a concessão da ordem para que *seja reconhecida a diminuição da pena, no patamar máximo, fixado o regime inicial ABERTO e estabelecida a substituição da pena corporal por restritivas de direito PARA CADA DELITO EM SEPARADO* (fl. 8).

O pedido de liminar foi indeferido à fl. 38.

Foram prestadas as informações às fls. 52/70.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 74/76 pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.909 - SP (2012/0131728-8)

VOTO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Como visto, o paciente foi condenado pela prática de tráfico de drogas às penas de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, tendo sido negada a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos seguintes:

[...] Tenho dito nas oportunidades que surgem, como nesta, que a Lei nº 11.343/06 nasceu para punir mais rigorosamente os traficantes de drogas, providência que merece elogios. Mas na verdade, e em razão da redução prevista naquele dispositivo, vem quase sem exceções beneficiando traficantes, muitas vezes surpreendidos com enorme quantidade de drogas, inclusive cocaína e "crack", de efeitos devastadores, ou como no caso haxixe. Com a redução de 2/3 a pena reclusiva quase nunca será maior do que a mínima prevista na revogada Lei nº 6.368/76, que era "muito benevolente" e por isso foi revogada pela lei "mais severa".

Embora prevendo penas mais rigorosas no art. 33 e §1º, dispõe expressamente a nova lei no §4º do mesmo artigo que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" (grifei).

Mas esse dispositivo legal não pode ser desassociado do art. 42 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesma lei, ao estabelecer que o juiz, "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente", (aqui grifado).

Mediante a conjugação dos dois dispositivos legais é que será examinada a possibilidade de redução, como previsto, não podendo se desconsiderar que essa redução é facultativa, já que expresso no §4º do art. 33 que as penas "poderão" ser reduzidas.

Esse dispositivo, art. 33, §4º, é semelhante ao do art. 155, §2º, Código Penal, quando dispõe que **"o juiz pode substituir"** pena ou aplicar somente multa nos casos de furto sem relevância ou importância. Para Mario Hoepfner Dutra esse preceito **"encerra simples faculdade concedida ao juiz"**, outorgando-lhe mais um meio de individualizar a pena, não sendo obrigatório a substituição. Para concedê-la deve o julgador atender às circunstâncias do crime e às condições pessoais do delinquente". Para Nelson Hungria, no mesmo tema: "a concessão do benefício, é deixada ao prudente ou razoável arbítrio do juiz", não sendo portanto obrigatória.

A nova Lei de Tóxicos contém previsões de obrigatoriedade, quando por exemplo dispõe no art. 41 que nas condições ali previstas "terá pena reduzida de um terço a dois terços". Esse "terá" é obrigatório, parece, ao contrário do "poderão" previsto no art. 33, §4º. Outro exemplo da obrigatoriedade: art. 40, quando diz que naquelas circunstâncias as penas "são aumentadas de um sexto a dois terços" (grifei).

Nessa circunstâncias estou entendendo que a redução de penas prevista no dispositivo legal mencionado não pode ser interpretada sem a conjugação com o art. 42 da mesma lei.

O novo diploma legal surgiu para com maior rigor tratar o traficante de drogas, que deve mesmo, e não há dúvida, ser severamente punido em razão do grande mal que causa principalmente aos jovens. O tráfico gera imensos malefícios sociais, dentre os quais a insegurança pública da coletividade, já tão abalada.

Em artigo publicado na "Revista Jus Vigilantibus", 05 de julho de 2.007, o advogado mineiro dr. Flavio Ribeiro da Costa refere-se ao laxismo penal como sendo tendência a propor solução absolutória, "mesmo quando as evidências do processo apontem na direção oposta, ou a aplicação de punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do infrator, tudo sob o pretexto de que, vítima do esgarçamento do tecido social ou relações familiares deterioradas, o delinquente se sujeita, quando muito, à reprimenda simbólica".

O mesmo advogado complementa: esse dispositivo legal que prevê a redução, "parece ter sido idealizado pelo legislador com o único intuito de encorajar os primários, de bons antecedentes, a ingressarem na lucrativa atividade do tráfico de drogas - principalmente aqueles conhecidos no jargão policial como 'mulas', elementos normalmente sem passagens policiais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores, que se aventuram realizando o transporte da droga - assegurando-lhes uma considerável redução de pena, no caso, pouco provável - pois é sabido que o número dos que conseguem escapar é muito superior - de serem flagrados cometendo o delito".

E finaliza: "não resta outra alternativa senão vaticinar, com consternação, o incremento do crime de tráfico de drogas no Brasil, pois é impossível conter a vazão fechando-se algumas torneiras enquanto outras são abertas".

Carlos Medeiros Süva, já há bastante tempo, advertia: "Os técnicos de todos os matizes passaram a disputar e a concorrer com os juristas na redação dos textos. Mas, desconhecendo aqueles os princípios gerais da ordenação jurídica e ignorando as peculiaridades de seus variados compartimentos, cometem freqüentemente erros e enganos lamentáveis" (Revista Forense 65/397).

É necessário pensar-se na criação de um órgão de técnica legislativa, através do qual se assegure a permanente participação de juristas experientes na elaboração das leis que dizem respeito ao direito em suas diversas modalidades.

Em nosso país houve tentativa nesse sentido, em 1936, quando o ministro Macedo Soares, então à frente do Ministério da Justiça propôs ao Presidente da República a instituição, junto ao ministério, de um órgão permanente, denominado "Comissão de Estudos para o Progresso do Direito", visando ao aprimoramento das leis (Revista Forense 165/397).

Procedentes, sem dúvida, as críticas feitas por conceituados criminalistas no sentido de demonstrar que muitas leis de caráter penal foram redigidas sem técnica apurada, incorrendo o legislador muitas vezes em violação de princípios fundamentais do Direito Penal.

Foi o que disse Heleno Cláudio Fragoso, em artigo de doutrina: "A precaríssima legislação penal dos últimos tempos proporciona, igualmente, material para análise crítica em outros setores, noutadamente, em relação ao Direito penal tributário econômico. Verifica-se que o governo vem lançando mão da ameaça penal indistintamente, num conjunto de leis altamente defeituosas, que levam os juristas à perplexidade. Tem-se a impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente, e, no que tange ao Direito penal, que são feitas por leigos" (Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 12, pg. 63).

Invoque-se a observação de Paulo Salvador Frontini: "No corpo de uma lei versando certo assunto, o legislador estabelece uma norma penal, geralmente redigida em desconformidade com a melhor técnica, pela adoção de critério criminal e outros. Toda essa legislação, já volumosa, embaraça a vida jurídica" (Revista de Direito Mercantil 5/41).

Em se tratando de descrever condutas que devem ser sancionadas penalmente deve o legislador considerar, antes de tudo, que será em vão tipificar as reprováveis se a redação do dispositivo ou de pontos nebulosos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conflitantes não atender convenientemente à técnica preconizada, respeitados os princípios da dogmática penal. A lei penal está fundamentada na necessidade de promover a defesa social, devendo ser clara, de fácil compreensão e objetiva aplicação.

No caso em específico a turma julgadora pede vênia para a observação de que a quantidade de cocaína - mais de mil frascos - não permite a redução feita na sentença com base no art 33, §4º, Lei n 11.343/06.

Provendo-se então nessa parte o apelo ministerial, cancela-se a redução feita na sentença, considerando a bastante significativa quantidade de cocaína. A redução de penas somente se justifica quando a quantidade de drogas é baixa, conforme, aliás, expresso no art. 42 da Lei nº 11.343/06. Ainda que não se tenha comprovado que Rodrigo integraria organização criminosa (?).

Significa que nessas condições as penas de Rodrigo em relação ao art. 33 ficam estabelecidas em 5 anos de reclusão e 500 dias multa. Total, somadas com as do porte ilegal de munições, portanto de 7 anos de reclusão e 510 dias multa [...] (fls. 26/31).

De início, cumpre esclarecer que, é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga **podem** justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

Na espécie, contudo, o Tribunal de origem, a par de reconhecer expressamente o preenchimento dos requisitos legais do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 pelo paciente, negou a aplicação do benefício em virtude, tão somente, da quantidade de drogas apreendida, não indicando, em nenhum momento, no aresto impugnado, que tal quantidade evidenciaria dedicação à atividade criminosa.

Com efeito, ao contrário do entendimento firmado pela Corte *a quo*, a aplicação do mencionado benefício não fica condicionada à interpretação em *conjugação com o art. 42 da mesma lei* (fl. 28). Trata-se de direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do *quantum* de redução a ser aplicado no caso, daí o constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 3. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. 4. APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CABIMENTO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Para a incidência do tipo de penal previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006 faz-se necessária a comprovação do vínculo associativo, de forma permanente e duradoura, e não apenas eventual, sendo fundamental que os agentes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum. No caso, o Tribunal a quo ateve-se em justificar a prescindibilidade do vínculo de permanência e estabilidade, consignando apenas que os réus estavam juntos na mesma empreitada criminosa em associação eventual, enquanto que o Magistrado sentenciante absolveu o réu em virtude da absoluta ausência de qualquer prova de estabilidade ou organização.

3. O acusado que preenche os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tem o direito subjetivo à redução da pena, nos parâmetros estabelecidos no referido dispositivo legal. Para tanto, cabe ao magistrado decidir, fundamentadamente, qual a fração de aplicação, sob pena de nulidade.

4. No caso, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos - diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, considerando a variedade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - 1,2 g (um grama e dois decigramas) de cocaína e 36,1 g (trinta e seis gramas e um decigrama) de crack -, droga de alto poder viciante e alucinógeno, o regime mais adequado à espécie é o semiaberto.

5. Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de primeiro grau e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente (HC 261.468/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 09/04/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DA MINORANTE EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Reconhecido o direito à redução de pena, para a fixação do respectivo coeficiente em patamar inferior ao máximo previsto em lei, exige-se a devida fundamentação.

3. Na espécie, o estabelecimento da minorante em 1/3 (um terço) foi justificado na elevada quantidade de droga apreendida, fundamento que encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal.

4 - Ordem denegada (HC 126.447/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009).

Passo, assim, ao redimensionamento das penas.

Na espécie, foi fixada a pena-base no mínimo legal, na primeira fase, a qual permanece no mesmo patamar, na segunda fase, ausentes atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Por fim, na terceira etapa da dosimetria, reduz-se a pena de 1/3 pela minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, conforme estabelecido na sentença condenatória (fl. 17), totalizando 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa, as quais se tornam definitivas à míngua de outras causas modificativas.

Assim, considerando-se o concurso material de crimes, soma-se a pena referente ao tráfico de drogas reduzida a 3 anos e 4 meses e 333 dias-multa à pena relativa ao porte ilegal de munição, fixada em 2 anos e 10 dias-multa, mantida pelo Tribunal *a quo*, totalizando 5 anos e 4 meses de reclusão e 343 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, ao paciente foi fixado o regime inicial fechado, com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Mantém-se o regime prisional inicial fechado, adequado à pena privativa de liberdade imposta neste julgamento, e também à gravidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*episódio delituoso, com **apreensão de expressiva quantidade de cocaína, droga de efeitos devastadores, além de munições** (fl. 32).*

Como visto, o regime prisional fechado foi mantido pelo Tribunal de origem com fundamento na quantidade e natureza da droga.

Com efeito, nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. (I) - TESE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. (II) - DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 1º DO CP, E 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OFENSA AOS ARTS. 59 DO CP, E 42 DA LEI Nº 11.343/06. (I) - DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. (II) - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 2º, DO CP. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AO ART. 5º, XXXIX, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

4. A jurisprudência deste STJ é pacífica no sentido de que não há violação ao artigo 59 do Código Penal, nem tampouco ao artigo 42 da Lei de Drogas, quando o aumento da pena-base está devidamente fundamentado na natureza e na grande quantidade da droga apreendida, posto que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

5. É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, ainda que o quantum da pena, em tese, autorize o semi-aberto, tendo em vista a natureza e a grande quantidade da substância entorpecente apreendida, estas não só impedem a fixação do regime menos gravoso, mas, antes de mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nada, recomendam o regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta.

6. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

7. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1386042/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 10,6 GRAMAS DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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. Concessão, no entanto, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade (HC 321.935/MS, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015).

Por fim, resta prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o *quantum* de pena fixado, pela soma das penas, em decorrência do concurso material, supera 4 anos de reclusão, não comportando, pois, a concessão do benefício, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, porém, concedo a ordem de ofício apenas para reduzir as penas do delito de tráfico de droga a 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.909 - SP (2012/0131728-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : ANDRÉ VICENTINI GAZAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO RODRIGUES DE ANDRADE

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

A questão posta a deslinde cuida da aplicação da causa de diminuição de pena de que trata o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

A propósito do tema, o Tribunal de origem assim se manifestou (e-STJ fls. 26/31):

[...]

Tenho dito nas oportunidades que surgem, como nesta, que a Lei nº 11.343/06 nasceu para punir mais rigorosamente os traficantes de drogas, providência que merece elogios. Mas na verdade, e em razão da redução prevista naquele dispositivo, vem quase sem exceções beneficiando traficantes, muitas vezes surpreendidos com enorme quantidade de drogas, inclusive cocaína e "crack", de efeitos devastadores, ou como no caso haxixe. Com a redução de 2/3 a pena reclusiva quase nunca será maior do que a mínima prevista na revogada Lei nº 6.368/76, que era "muito benevolente" e por isso foi revogada pela lei "mais severa".

Embora prevendo penas mais rigorosas no art. 33 e §1º, dispõe expressamente a nova lei no §4º do mesmo artigo que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" (grifei).

Mas esse dispositivo legal não pode ser desassociado do art. 42 da mesma lei, ao estabelecer que o juiz, "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente", (aqui grifado).

Mediante a conjugação dos dois dispositivos legais é que será examinada a possibilidade de redução, como previsto, não podendo se desconsiderar que essa redução é facultativa, já que expresso no §4º do art. 33 que as penas "poderão" ser reduzidas.

Esse dispositivo, art. 33, §4º, é semelhante ao do art. 155, §2º, Código Penal, quando dispõe que "o juiz pode substituir" pena ou aplicar somente multa nos casos de furto sem relevância ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

importância. Para Mario Hoepfner Dutra esse preceito "encerra simples faculdade concedida ao juiz, outorgando-lhe mais um meio de individualizar a pena, não sendo obrigatório a substituição. Para concedê-la deve o julgador atender às circunstâncias do crime e às condições pessoais do

A nova Lei de Tóxicos contém previsões de obrigatoriedade, quando por exemplo dispõe no art. 41 que nas condições ali previstas "terá pena reduzida de um terço a dois terços". Esse "terá" é obrigatório, parece, ao contrário do "poderão" previsto no art. 33, §4º. Outro exemplo da obrigatoriedade: art. 40, quando diz que naquelas circunstâncias as penas "são aumentadas de um sexto a dois terços" (grifei).

Nessas circunstâncias estou entendendo que a redução de penas prevista no dispositivo legal mencionado não pode ser interpretada sem a conjugação com o art. 42 da mesma lei.

O novo diploma legal surgiu para com maior rigor tratar o traficante de drogas, que deve mesmo, e não há dúvida, ser severamente punido em razão do grande mal que causa principalmente aos jovens. O tráfico gera imensos malefícios sociais, dentre os quais a insegurança pública da coletividade, já tão abalada.

Em artigo publicado na "Revista Jus Vigilantibus", 05 de julho de 2.007, o advogado mineiro dr. Flavio Ribeiro da Costa refere-se ao laxismo penal como sendo tendência a propor solução absolutória, "mesmo quando as evidências do processo apontem na direção oposta, ou a aplicação de punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do infrator, tudo sob o pretexto de que, vítima do esgarçamento do tecido social ou relações familiares deterioradas, o delinqüente se sujeita, quando muito, à reprimenda simbólica

O mesmo advogado complementa: esse dispositivo legal que prevê a redução, "parece ter sido idealizado pelo legislador com o único intuito de encorajar os primários, de bons antecedentes, a ingressarem na lucrativa atividade do tráfico de drogas - principalmente aqueles conhecidos no jargão policial como 'mulas', elementos normalmente sem passagens policiais anteriores, que se aventuram realizando o transporte da droga - assegurando-lhes uma considerável redução de pena, no caso, pouco provável - pois é sabido que o número dos que conseguem escapar é muito superior - de serem flagrados cometendo o delito".

E finaliza: "não resta outra alternativa senão vaticinar, com consternação, o incremento do crime de tráfico de drogas no Brasil, pois é impossível conter a vazão fechando-se algumas torneiras enquanto outras são abertas".

Carlos Medeiros Silva, já há bastante tempo, advertia: "Os técnicos de todos os matizes passaram a disputar e a concorrer com os juristas na redação dos textos. Mas, desconhecendo aqueles os princípios gerais da ordenação jurídica e ignorando as peculiaridades de seus variados compartimentos, cometem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

freqüentemente erros e enganos lamentáveis" (Revista Forense 165/397).

É necessário pensar-se na criação de um órgão de técnica legislativa, através do qual se assegure a permanente participação de juristas experientes na elaboração das leis que dizem respeito ao direito em suas diversas modalidades.

Em nosso país houve tentativa nesse sentido, em 1936, quando o ministro Macedo Soares, então à frente do Ministério da Justiça propôs ao Presidente da República a instituição, junto ao ministério, de um órgão permanente, denominado "Comissão de Estudos para o Progresso do Direito", visando ao aprimoramento das leis (Revista Forense 165/397).

Procedentes, sem dúvida, as críticas feitas por conceituados criminalistas no sentido de demonstrar que muitas leis de caráter penal foram redigidas sem técnica apurada, incorrendo o legislador muitas vezes em violação de princípios fundamentais do Direito Penal.

Foi o que disse Heleno Cláudio Fragoso, em artigo de doutrina: "A precaríssima legislação penal dos últimos tempos proporciona, igualmente, material para análise crítica em outros setores, notadamente, em relação ao Direito penal tributário econômico. Verifica-se que o governo vem lançando mão da ameaça penal indistintamente, num conjunto de leis altamente defeituosas, que levam os juristas à perplexidade. Tem-se a impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente, e, no que tange ao Direito penal, que são feitas por leigos" (Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 12, pg. 63).

Invoke-se a observação de Paulo Salvador Frontini: "No corpo de uma lei versando certo assunto, o legislador estabelece uma norma penal, geralmente redigida em desconformidade com a melhor técnica, pela adoção de critério criminal e outros. Toda essa legislação, já volumosa, embaraça a vida jurídica" (Revista de Direito Mercantil 5/41).

Em se tratando de descrever condutas que devem ser sancionadas penalmente deve o legislador considerar, antes de tudo, que será em vão tipificar as reprováveis se a redação do dispositivo ou de pontos nebulosos e conflitantes não atender convenientemente à técnica preconizada, respeitados os princípios da dogmática penal. A lei penal está fundamentada na necessidade de promover a defesa social, devendo ser clara, de fácil compreensão e objetiva aplicação.

No caso em específico a turma julgadora pede vênia para a observação de que a quantidade de cocaína - mais de mil frascos - não permite a redução feita na sentença com base no art 33, §4º, Lei n. 11.343/06.

Provendo-se então nessa parte o apelo ministerial, cancela-se a redução feita na sentença, considerando a bastante significativa quantidade de cocaína. A redução de penas somente se justifica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando a quantidade de drogas é baixa, conforme, aliás, expresso no art. 42 da Lei nº 11.343/06. Ainda que não se tenha comprovado que Rodrigo integraria organização criminosa(?).

Sob esse prisma, não vislumbro constrangimento ilegal decorrente da não incidência da referida causa especial de diminuição da pena, uma vez que as instâncias ordinárias deixaram de aplicá-la em razão da quantidade de substância entorpecente apreendida - **932 (novecentos e trinta e dois) frascos de cocaína, 75 (setenta e cinco) frascos maiores de cocaína, 2 (duas) porções de cocaína a granel, além de portar 11 (onze) cartuchos de munição calibre 380, sem autorização legal** -, circunstância que desvela dedicação à atividades criminosas, o que, por certo, exclui a possibilidade de aplicação do pretendido redutor.

Por outro lado, a desconstituição dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o *habeas corpus*.

Sobre o tema, colhem-se os seguintes julgados da jurisprudência desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE DA DROGA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A pena-base fixada acima do mínimo legal, com fundamento na expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 537,5g de maconha -, é considerada por esta Corte Superior motivação concreta e adequada, não se revelando, assim, desproporção na dosimetria, sobretudo porque o art. 42 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando demonstrarem a dedicação à atividade criminosa. Precedentes.

4. Evidenciado que a aplicação do benefício foi afastado em virtude das circunstâncias do caso - em especial, a quantidade da droga -, a qual evidenciaria o não preenchimento dos requisitos legais, por se tratar de réu em relacionamento estreito com o crime organizado, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

[...]. 7. Habeas corpus não conhecido, mas, de ofício, concedo a ordem apenas para que o juízo das execuções - haja vista o trânsito em julgado da condenação - proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC c/c arts. 3º e 654, § 2º, do CPP.

(HC 260.983/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 18/4/2016, grifei)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ELEMENTO IDÔNEO PARA JUSTIFICAR A NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. ART. 33, § 2º, "B", DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade de droga apreendida, elemento hábil a impedir a incidência dessa minorante. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Verificada a primariedade do paciente, a inexistência de circunstância judicial desfavorável e a aplicação da pena definitiva no patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão, deve ser mantido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

- A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 345.306/RJ, Rel. Ministro ERICSON MARANHO – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 3/3/2016, DJe 16/3/2016, grifei)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. O Tribunal de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 125 (cento e vinte e cinco) porções de cocaína e 197 (cento e noventa e sete) porção de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

[...]. 4. **Concluído pela Corte estadual, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, 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.**

[...]. 7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 dias-multa mantidos os demais termos da condenação.*

(HC 327.834/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015, grifei)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. PREJUDICADO O PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO DEFERIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- **Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga apreendida evidenciam a dedicação às atividades criminosas e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.**

- **Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas (13,32g de maconha e 78,28g de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.**

- Mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 5 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

- 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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, afastando-se a referência feita, na sentença, à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondez do delito de tráfico como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso, deve ser estabelecido o regime semiaberto, pois, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º do CP, o paciente é primário e teve sua pena-base estabelecida no mínimo legal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto.

(HC 323.628/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016, grifei).

À vista dessas considerações, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0131728-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 246.909 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1132010 23932520108260590

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRÉ VICENTINI GAZAL - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RODRIGO RODRIGUES DE ANDRADE

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos, nesta parte, os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao não conhecimento do habeas corpus.