



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.128 - SP (2015/0115646-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO JOSÉ SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *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.

– Não obstante a primariedade do paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 8 anos de reclusão, a quantidade, diversidade e natureza dos entorpecentes apreendidos são elementos que justificam o agravamento do regime prisional, pois, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério da droga, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena.

– *Habeas corpus* não conhecido.

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, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.128 - SP (2015/0115646-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PAULO JOSÉ SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de PAULO JOSÉ SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0071003-47.2012.8.26.0114.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 4 anos e 2 meses de reclusão em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/06. Em apelação da defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso.

A impetrante requer que o paciente inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, pois a decisão teria sido fundamentada na gravidade abstrata do delito. Ressalta, ainda, que as circunstâncias judiciais foram favoráveis e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Liminar indeferida às fls.28/29.

Informações prestadas às fls. 38/48 e 50/78.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 83/88, pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.128 - SP (2015/0115646-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Na hipótese dos autos, não obstante a primariedade do paciente, a fixação da pena-base no mínimo e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime fechado está justificado na gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas - 60 porções de cocaína e 15 pedras de *crack* (fls. 58/59). Confirmam-se os seguintes trechos da sentença condenatória:

[...] RÉU PAULO JOSE SANTOS

*Analisando as diretrizes traçadas pelos artigos 59, do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, observo que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. **O Réu é portador de bons antecedentes.** Não há nos autos elementos suficientes para se aferir a personalidade e a conduta social do acusado; o motivo do crime é identificável como o desejo de obtenção de renda fácil. As consequências do crime são as normais do tipo, nada tendo a valorar. No mais não se pode cogitar acerca do comportamento de vítima. Por fim, o réu é pessoa pobre, conforme o mesmo destacou em seu interrogatório.*

Diante dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo apena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, calculado o seu valor unitário no mínimo legal, devidamente corrigidos, diante da precariedade econômica do réu.

Ausentes atenuantes e agravantes.

Presente a causa de diminuição do artigo 33 § 4º da Lei de Drogas. Assim, reduzo a pena em 1/6, considerando que o crime foi praticado em concurso eventual de agentes e ainda a variedade de drogas, o montante de dinheiro.

Assim, fixo a pena em 4 anos, 2 meses de reclusão e 416 dias-multa, tornando a mesma definitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, considerando que o tráfico de drogas é crime equiparado ao hediondo e ainda que as circunstâncias do delito não permitem regime mais brando.

O tempo de prisão não enseja regime mais brando, considerando que o réu não completou o tempo necessário para progressão.

Por fim, inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Primeiro, em virtude da pena fixada. Em sequência, a referida substituição não seria necessária e suficiente para reprimir e prevenir novas condutas. Isso porque, conforme já salientado, o tráfico em questão não se caracteriza naqueles em que o usuário vende droga para sustentar seu vício.

Nego ao réu o direito de recorrer em liberdade, por persistirem as razões motivadoras de sua prisão cautelar (fls. 62/63).

Por sua vez, asseverou o Tribunal a quo:

[...] O regime inicial fechado é o único adequado aos réus, em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro fator de dissociação da família e flagelo da sociedade hodiernamente.

Conquanto as penas básicas tenham sido fixadas no patamar mínimo legal, a conduta revestiu-se de especial reprovabilidade diante do tipo de droga comercializado, "crack" e cocaína, substâncias de alto poder viciante, bem como porque a traficância ocorria em local de grande circulação de pessoas, circunstâncias que demonstram o dolo intenso na conduta, justificando a imposição do regime mais severo.

Diante do quadro probatório coligido, considerando-se a lesividade da conduta dos réus, outro regime diverso do fechado seria insuficiente à espécie, sendo pelo mesmo motivo indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 17).

Na escolha do regime prisional suficiente à reprovação e à prevenção do delito de tráfico de drogas, o juiz deve levar em consideração, além de outras circunstâncias, a quantidade e a natureza da substância apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06), pois quanto maior o efeito deletério do entorpecente maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, notadamente por força do princípio da individualização da pena.

Nesse contexto, a quantidade e a natureza da droga justifica o regime fechado nos casos de aplicação de pena final igual ou inferior a 8 (oito) anos de reclusão ou, até mesmo, inferior a 4 (quatro) anos de reclusão (quando há a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06). Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. **REGIME MENOS GRAVOSO** E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. **POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO E NATUREZA DA DROGA**. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de 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".

4. **Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão do elevado potencial de disseminação e da natureza da droga - 29 porções de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.**

5. Habeas corpus não conhecido (HC 281377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe 13/12/2013).

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. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE 3. **MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (3 TUBETES DE COCAÍNA - 0,9g E 18 PEDRAS DE CRACK - 1,7g). ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO.** SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. UTILIZAÇÃO DE MENOR NA EMPREITADA CRIMINOSA. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. LIMINAR CASSADA.

[...]

3. **No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, conquanto a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos. Hipótese em que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo destaca a utilização de menor para a empreitada criminosa.**

4. Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

274.467/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 4/11/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

[...]

2. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente **(oito pedras de crack)**, bem como as circunstâncias em que perpetrado o delito.

3. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

5. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente - crack -, substância entorpecente cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante.

6. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada (HC 187.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 9/4/2012).

O regime fechado também é possível nas hipóteses de pena-base no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, uma vez que o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, com base no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0115646-5

HC 324.128 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00710034720128260114 18722012 20150000059703 710034720128260114

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO JOSÉ SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: JEZISLAINE PRISCILA BORBA

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 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.