



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.274 - SP (2014/0186764-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GERONIMO ARAUJO SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. 112 PORÇÕES DE COCAÍNA. 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 fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.

– Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, observado o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.

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 e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.274 - SP (2014/0186764-0)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GERONIMO ARAUJO SOUZA (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 favor de GERONIMO ARAUJO SOUZA contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento à Apelação n. 0005404-28.2011.8.26.0590.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante delito pela prática do crime de tráfico de drogas na posse de 112 (cento e doze) porções de cocaína. O acusado foi absolvido em primeira instância. Em sede de apelação proposta pelo Ministério Público, o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa, em acórdão assim ementado:

Apelação Tráfico ilícito de entorpecentes (Art. 33, 'caput', a Lei 11.343/06) - Absolvição decretada - Recurso do Ministério Público - Procedência em parte - Materialidade e autoria demonstradas - Firmes e coerentes depoimentos dos policiais militares - Validade Circunstâncias fáticas revelam a traficância - Condenação de rigor.

Dosimetria da pena - Pena-base fixada no mínimo legal - Aplicação da benesse prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 no patamar intermediário - Possibilidade - Réu primário, de bons antecedentes, sem notícias nos autos de que se dedique a atividades criminosas ou integre organizações dessa natureza - Ausência de elementos a embasar a incidência da causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei 11.343/06 - Substituição penal não recomendada ao caso - Regime inicial fechado mantido, nos termos do art. 33, § 3º, do C.P.

Recurso ministerial parcialmente provido (fl. 130).

A impetrante afirma que o regime inicial fechado foi fixado de maneira ilegal. Sustenta ainda que estão presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal necessários à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Aduz que, "na verdade, com a devida vênia, a fundamentação do acórdão tem por escopo dar um aspecto concreto ao que é na verdade a consideração da gravidade em abstrato do delito de tráfico (pois não se trata de um carregamento de cocaína e sim de 112 frasconetes de cocaína - conforme acórdão, fl. 130)" (fl. 6) .

Requer, assim, a fixação do regime aberto e a substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito.

A liminar foi indeferida às fls. 34/35, pela então relatora, Ministra Marilza Maynard.

Informações às fls. 47/60.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, conforme parecer de fls. 63/66.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.274 - SP (2014/0186764-0)

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 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.

No que interessa, disse o acórdão condenatório:

*Consta dos autos que no 22 de março de 2011, aproximadamente às 11h22min, na Rua Dezenove com a Rua Seis, s/n, na cidade de São Vicente, Gerônimo Araújo Souza, trazia consigo para posterior entrega a consumo de terceiros, **112 (cento e doze) frasconetes de cocaína**, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

Conforme o que ficou apurado, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, conhecido nos meios como ponto de venda de drogas, quando avistaram o recorrido abaixado atrás de manilhas, retirando os entorpecentes de dentro de uma sacola e os separando.

Em abordagem, além da droga, com ele foi apreendido também R\$20,00 (vinte reais) em dinheiro.

(...)

Frise-se que o tráfico de entorpecentes é delito de ação múltipla, bastando para sua consumação que o agente pratique quaisquer dos núcleos previstos no "caput", do art. 33, da Lei 11.343/06, sendo irrelevante, portanto, o flagrante quanto aos atos de efetivo comércio.

Desta forma, tendo em vista o contexto fático em que se deu o crime, em especial a quantidade e nocividade das drogas apreendidas, aliadas à quantia de dinheiro apreendida, a traficância ficou bem delineada nos autos.

Com efeito, a condenação de Gerônimo Araújo Souza era mesmo medida que se impunha.

Passemos, então, à dosimetria da pena.

Fixo a pena-base em seu mínimo legal, 05 (cinco) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

A despeito da gravidade do delito praticado pelo recorrido, a nosso ver, as circunstâncias judiciais favoráveis por ele ostentadas, em especial sua primariedade, aliada à ausência de prova a indicar que se dedicasse a atividades criminosas ou que integrasse organizações dessa natureza, bem como a quantidade de droga apreendida em seu poder, autorizam a aplicação do redutor previsto no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 em seu patamar intermediário, resultando em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Por fim, não demonstrada nos autos de forma segura a causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei 11.343/06.

Descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas, pois a medida, além de não ser suficiente à reprovação da conduta do agente, é incompatível com a política de repressão ao tráfico implementada pelo Estado.

No tocante ao regime prisional, de rigor a manutenção do inicial fechado, nos exatos termos definidos na r. sentença condenatória, sendo certo que tal medida reflete a consideração da gravidade "in concreto " da conduta praticada pelo agente, em especial pela expressiva quantidade de cocaína encontrada em seu poder, droga esta de alto poder destrutivo e que causa verdadeiro desassossego em nossa sociedade.

Assim, a imposição do regime inicial fechado, encontra plena consonância com o disposto no art. 33, §3º, do Código Penal (fls. 12/19).

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 judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a quantidade e a natureza da substância apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06), pois quanto maior o poder de disseminação e 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 do entorpecente justificam 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, nas hipóteses em que há a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

No caso dos autos, não obstante fixação da pena-base no mínimo e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.

Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no 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 deve preponderar sobre o art. 59 do Código Penal.

Confiram-se os seguintes julgados:

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, DJe 13/12/2013).*

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO INDEFERIDO LIMINARMENTE. INEVIDÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que se faz devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade ou da variedade das drogas apreendidas.*

2. *No caso, pelo que está no acórdão, não foi o quantum*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o fator preponderante na manutenção do regime imposto na sentença, mas a diversidade e a natureza das substâncias encontradas com o agente.

3. Inexistindo manifesta ilegalidade a ser reparada, não há justificativa para o seguimento de habeas corpus substitutivo de recurso especial, porquanto evidentemente incabível.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 316.944/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 26/3/2015)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENAS ALTERNATIVAS. INADMISSÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO.

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 quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos válidos à inadmissão de penas alternativas.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 216.843/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 25/03/2015)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus* não conhecido. Liminar cassada (HC 274.467/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2013).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. **SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.** DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. **QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.**

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. **Inviável acoimar de ilegal a negativa de permuta quando não preenchido o requisito subjetivo, pois a excessiva quantidade da droga apreendida evidencia que a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito, tampouco seria socialmente recomendável.**

3. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 292.803/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 18/08/2014)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0186764-0

HC 300.274 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00054042820118260590 20140000039607 2692011 54042820118260590

EM MESA

JULGADO: 15/10/2015

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 : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GERONIMO ARAUJO SOUZA (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 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 e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.