



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.844 - SP (2017/0214807-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ0165158
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISAAC FERREIRA GONCALVES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. ALTERAÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. CONDIÇÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. DETRAÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, e, no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base para 12 anos de reclusão e 1.000 dias-multas mostra-se excessiva, haja vista que foi majorada em razão da quantidade e variedade da droga, sendo que as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram consideradas favoráveis.

Entendo que o aumento da pena-base em 2/5 mostra-se razoável, considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, restando a pena-base fixada em 7 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multas. Na segunda fase, foi reconhecida a confissão espontânea, sendo a pena reduzida em 1/6, totalizando a reprimenda em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multas. Na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira fase, não foram reconhecidas causas especiais de aumento e/ou diminuição, mantendo-se a pena no mesmo patamar.

3. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pela quantidade e variedade de drogas apreendidas – 1,598kg de maconha, 780,82g de *crack* e 677,25g de cocaína –, está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

4. A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do CP e em consonância com o entendimento desta Corte.

In casu, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, embora a primariedade do paciente e o novo *quantum* de pena aplicado (5 anos e 10 meses de reclusão), superior a 4 e inferior a 8 anos, permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, os fundamentos apresentados pela Corte estadual revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista a grande quantidade de drogas apreendidas, justificando a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

5. É inviável a análise da detração da pena diretamente por esta Corte quando não apreciada pelo Tribunal *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para redimensionar a reprimenda do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multas.

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 e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.844 - SP (2017/0214807-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ0165158
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISAAC FERREIRA GONCALVES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ISAAC FERREIRA GONCALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n. 0000667-38.2014.8.26.0602.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso, em acórdão acostado às fls. 59/65.

Daí o presente *writ*, no qual a defesa sustenta que o aumento da pena-base foi desproporcional, haja vista que foi majorada em mais da metade (12 anos), com base em uma circunstância judicial, qual seja a quantidade e natureza das drogas apreendidas.

Sustenta que o paciente é primário e sem antecedentes criminais, não havendo provas de que se dedicava a atividades criminosas, fazendo jus à aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo (2/3).

Aduz que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada para fundamentar imposição de regime mais gravoso. Alega que a obrigatoriedade de fixação de regime fechado está pautada em dispositivos julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Por fim, alega que faz jus à progressão de regime com a detração da pena do período que o paciente permaneceu preso, conforme o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a redução da pena na primeira e terceira fase de dosimetria da pena, bem como a fixação de regime prisional mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

brando.

Indeferida a liminar (fls. 82/83), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 88/96).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.844 - SP (2017/0214807-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução da pena-base, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como a fixação do regime inicial mais brando para cumprimento de pena.

O paciente foi preso em flagrante, pois mantinha em depósito 1.402 (mil quatrocentos e duas) porções de maconha, com peso líquido de 1.598,30kg (um quilo, quinhentos e noventa e oito gramas e trinta centigramas), 563 (quinhentos e sessenta e três) porções de *crack*, com peso líquido de 78,82g (setenta e oito gramas e oitenta e dois centigramas), 4 (quatro) porções de *crack*, com peso líquido de 702g (setecentos e dois gramas) e 3.225 (três mil duzentos e vinte e cinco) porções de cocaína, com peso líquido de 677,25g (seiscentos e setenta e sete gramas e vinte e cinco centigramas).

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Magistrado de primeiro grau aplicado a pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

Embora o réu não ostente antecedentes criminais, a quantidade de entorpecente encontrado em sua casa, deixam claro a sua dedicação ao comércio espúrio, portanto, não faz jus ao benefício descrito no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11343/06. O réu confessou a prática do delito, incidindo a atenuante genérica descrita no artigo 65, do Código Penal. O réu estava em poder de mais de um quilo e quinhentos gramas de maconha e quase a mesma quantia de cocaína, divididas em mais de cinco mil porções, drogas de alto poder viciante, que prejudicaria um número elevado de consumidores, o que justifica a fixação da pena base acima do mínimo legal, consoante artigo 42, da Lei nº 11.343/06. Passo a dosimetria da pena. Na primeira fase, atendendo ao disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, em especial a quantidade de entorpecente encontrada em poder do acusado, fixo a pena-base em 12 (doze) anos de reclusão. Na segunda fase, diminuo a pena de 1/6 (um sexto), em razão da atenuante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão, obtendo a pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos de reclusão, tornando-a definitiva nesse patamar, ausentes causas outras que autorizem sua modificação. Adotando o mesmo critério, fixo a pena pecuniária em 1.000 (mil) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, incidente correção monetária. Outrossim, inviável a concessão de qualquer benefício, diante da pena aplicada. Ademais, não olvidemos que o delito de tráfico ilícito de drogas é equiparado aos crimes hediondos, cuja pena deve ser cumprida no regime prisional inicial fechado, determinação esta que se mostra incompatível com qualquer benefício. Isto posto e pelo mais que dos autos consta. JULGO PROCEDENTE a ação penal e o faço para CONDENAR o réu ISAAC FERREIRA GONÇALVES, qualificado nos autos, a pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos de reclusão e ao pagamento de 1.000 (mil) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, atualizado monetariamente. como incurso no artigo 33, "caput" da Lei nº 11.343/06. O réu iniciará o cumprimento de sua pena no regime fechado, por ser o tráfico de entorpecente crime praticado com violência social. Este delito elenca-se entre aqueles que contribuem para o alarmante aumento da criminalidade violenta. Destrói famílias, desagrega lares, em suma é responsável, em grande parte, pelo esgarçamento do tecido social (fl. 57).

O Tribunal a quo, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a sentença sob os mesmos fundamentos, conforme se verifica:

Não há dúvida de que o réu guardava com ele, dentro de um guarda-roupa, as substâncias entorpecentes apreendidas um mil, quatrocentos e dois (1.402) porções de "maconha", quinhentos e sessenta e três (563) porções de cocaína na forma de "crack", quatro (04) porções de cocaína na forma de "crack", e três mil duzentos e vinte e cinco (3.225) porções de cocaína, para o fim de vendê-las ou para servir ao consumo de terceiros.

As circunstâncias evidenciam o tráfico ilícito de entorpecentes. Mormente considerando-se sua grande quantidade e variedade.

Pena e Regime Prisional:

A pena foi fixada com justo critério.

Face à grande quantidade das drogas apreendidas, com fundamento no artigo 42 da Lei de Drogas a pena-base foi fixada em doze (12) anos de reclusão.

Considerando, não só a grande quantidade de drogas apreendidas, assim como a diversidade "maconha", cocaína em pó e cocaína na forma de "crack" o acréscimo da pena-base, fica mantido.

Na segunda fase do cálculo, considerando que o réu confessou parcialmente os fatos descritos na denúncia, a pena foi reduzida de um sexto (1/6), índice que se mostra correto, considerando que a confissão não foi plena, mas sim, parcial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na fase derradeira, realmente o apelante não faz jus à redução da pena prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, pois, considerando a grande quantidade e a diversidade de drogas apreendidas "maconha*, cocaína em pó e na forma de "crack"- o que possibilitaria atingir com sua atividade criminosa, uma gama imensa de pessoas, demonstra, à evidência, que o acusado se dedica às atividades criminosas, vivendo do nefando comércio, o que impede, por óbvio, a aplicação do redutor.

Assim, não há como não reconhecer que ele se dedica ao tráfico ilícito de drogas, ou seja, às atividades criminosas.

Quanto ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade inicial fechado foi fixado com absoluto acerto, não só por determinação legal artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07 como, também, pela gravidade do crime, de catastróficas conseqüências à saúde pública, e responsável, também, pela desagregação familiar e social. Tanto é que o delito é equiparado aos hediondos (fls. 63/65).

Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base foi fundamentada pela Corte estadual com base exclusivamente na quantidade e variedade de drogas apreendidas, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal – CP, tendo o Tribunal de origem mantido a pena.

Todavia, o majoração da pena-base para 12 anos de reclusão e 1.000 dias-multas mostra-se excessiva, haja vista que as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram consideradas favoráveis.

Dessa forma, na primeira fase, a majoração da pena-base em 2/5 mostra-se razoável, considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, restando a pena-base fixada em 7 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multas.

Confiram-se os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. REINCIDÊNCIA E ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. NÃO APLICAÇÃO. RÉ QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INADMISSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que o aumento da pena-base pela aferição desfavorável da quantidade e da variedade de drogas (45 porções de cocaína e 1.698 Kg de maconha, em forma de tijolo, e mais 372 gramas de maconha) está desproporcional, tendo em vista as demais vertentes favoráveis aos pacientes e às penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito (5 a 15 anos de reclusão), razão pela mostra-se suficiente à reprovação do fato, o deslocamento da reprimenda inicial em dois anos de reclusão.

[...]

10. Readequada a pena dos pacientes para 7 anos (Júlio César) e 5 anos e 10 meses de reclusão (Amanda Ferreira), o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) deve ser mantido, tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta aos pacientes, resultando definitiva em 7 anos de reclusão para Júlio César Silvério de Paula e 5 anos e 10 meses de reclusão para Amanda Ferreira Xavier (HC 363.600/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 05/04/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias antecedentes, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram a expressiva quantidade das drogas apreendidas (667 "sacolés" de maconha e 297 "sacolés" de cocaína), para fixar a pena-base em 2 anos acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 393.078/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 11/05/2017).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/5 NA SEGUNDA FASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

3. Caso em que a exasperação da pena-base em 2/5 acima do mínimo legal (7 anos), em virtude da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (45 tubos plásticos contendo cocaína, 82 tubos plásticos contendo crack e 91 papелotes de maconha), não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador. Precedentes.

4. A legislação penal pátria não determina percentuais mínimo e máximo de aumento de pena em razão da incidência de circunstâncias agravantes, cabendo às instâncias ordinárias adequar o percentual dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

5. Hipótese em que o aumento da pena, na segunda fase, em 1/5, pela agravante da reincidência específica, não se mostra desproporcional diante da situação retratada nos autos.

6. Writ não conhecido (HC 328.280/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 29/10/2015).

Na segunda, fase foi reconhecida a confissão espontânea, sendo a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzida em 1/6, totalizando a reprimenda em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multas. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas especiais de aumento e/ou diminuição, mantendo-se a pena no mesmo patamar.

Registro que, a terceira fase também não merece reparo, porquanto os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela grande quantidade e a variedade de drogas apreendidas, estão de acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, o Juiz sentenciante, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na variedade e natureza das drogas apreendidas - 22 pinos de cocaína (15g) e 26 papelotes de maconha (51,8g) -, o que não se mostra desproporcional.

4. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido (HC 296.067/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA.

[...]

TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO PRIVILEGIADO. PREJUDICIALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A quantidade e a natureza do entorpecente apreendido constituem elementos que denotam a dedicação do réu a atividades criminosas, podendo obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

2. Delimitado pelo Tribunal de origem que o acusado foi flagrado transportando 17kg de maconha, o reconhecimento da sua dedicação a atividades criminosas não enseja o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

3. Afastada a incidência do §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, resta prejudicada a análise da questão referente ao caráter hediondo do tráfico privilegiado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1445238/MS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 13/10/2015).

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

No que se refere ao regime prisional, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, embora a primariedade do paciente e o novo *quantum* de pena aplicado (5 anos e 10 meses de reclusão), superior a 4 e inferior a 8 anos, permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, os fundamentos apresentados pela Corte estadual revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista a grande quantidade de drogas apreendidas – 1,598kg de maconha, 780,82g de crack e 677,25g de cocaína –, justificando a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

A propósito, confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGOS 33, §2º E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

V - In casu, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), à paciente, condenada à pena inferior a 8



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(oito) anos, primária, ostentando condições judiciais desfavoráveis, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

Habeas corpus não conhecido, revogada a liminar anteriormente deferida (HC 340.833/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, ALÍNEA C, E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

IV - A definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal. Contudo, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente". Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente, ainda que aplicada na terceira fase, poderá ser utilizada para justificar a imposição de um regime prisional mais gravoso.

[...]

(HC 343.528/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 29/03/2016).

Por fim, verifico que a Corte estadual não apreciou a questão referente à detração da pena. Dessa forma, é inviável a análise da referida matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] **DETRAÇÃO. QUESTÃO NÃO ENFRENTADA PELA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

[...]

6. Não se conhece do pedido de detração, se a questão não foi alvo de análise perante o Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância.

7. *Habeas corpus não conhecido* (HC 344.737/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para redimensionar a reprimenda do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0214807-5

HC 413.844 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006673820148260602 00602014 0602014 20150000437780 3822014 602014
6673820148260602

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ0165158
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISAAC FERREIRA GONCALVES (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.