



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.518 - SP (2015/0203069-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDRO SALES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DA DROGA. ELEMENTOS IDÔNEOS PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO, BEM COMO PARA MANTER O REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes constituem elementos idôneos para justificar a aplicação da causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06) em patamar diverso do máximo (art. 42 da Lei n. 11.343/06), bem ainda a manutenção do regime inicial semiaberto. Precedentes.

3. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, 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 Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.518 - SP (2015/0203069-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDRO SALES DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ALEXSANDRO SALES DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0018633-21.2014.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06). Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* reduziu a reprimenda para 4 anos e 2 meses de prisão, inicialmente no regime semiaberto, em julgamento assim ementado:

Tráfico de entorpecentes. Réu flagrado por trazer consigo a quantidade de 168,17 gramas de cocaína, 36,9 gramas de crack e 87,7 gramas de maconha. Autoria e materialidade inequívocas. Insurgência defensiva, apenas e tão somente, em face da pena aplicada. Razão assiste à pretensão invocada. Bases fixadas acima dos mínimos legais, com fundamento no artigo 42, da Lei de Drogas. Réu primário e de bons antecedentes. Preenchidos os requisitos legais, o redutor importaria reconhecimento. Artigo 42, da Lei 11.343/06, a ser utilizado na terceira fase, como critério para a redução. Circunstâncias judiciais favoráveis. Penas-base reformadas para os patamares mínimos. Na terceira fase, redutor aplicado à razão menor, diante da expressiva quantidade de droga apreendida, além da variedade. Regime alterado para o semiaberto. Parcial provimento (fls. 39).

A Defensoria Pública alega haver constrangimento ilegal sob o argumento de que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não prevê a quantidade de droga como elemento a ser considerado na aplicação dessa causa de diminuição de pena. Sustenta também que o regime prisional foi fixado com base na hediondez do delito, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos foi negada com fundamentação inidônea.

Requer, assim, a aplicação da minorante (§ 4º) no máximo legal (2/3), a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 55/57).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.518 - SP (2015/0203069-8)

VOTO

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

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Consta dos autos que o paciente foi detido em região já conhecida por ser polo de traficância, na posse de 118 pinos de cocaína (168,17g), 82 porções de *crack* (36,9g) e 53 papелotes de maconha (87,7g) – fls. 9/11.

Concluída a instrução criminal, foi condenado nos seguintes termos:

[...]

VI. *Demonstrada a procedência, da imputação contra o acusado, não existindo justificativas para os seus atos, passo a dosimetria das penas a serem aplicadas.*

Observando-se os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, considerando a quantidade de entorpecentes, a desenvoltura demonstrada na prática do ilícito, o que determina uma culpabilidade diferenciada além de um risco maior para a sociedade, uma vez que a quantidade de entorpecentes poderia alcançar um número maior de usuários e levar a miséria para um volume maior de famílias, aumentam-se as penas básicas em 1/6, a qual passa a ser 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa para o crime de tráfico de drogas. Oportuno mencionar que embora o acusado alegue problemas econômicos para praticar o crime em questão, não é essa a realidade que se observa no cotidiano. Isso porque, com a venda de drogas, o chamado "avião" (traficante distribuidor) consegue auferir valores muito superiores àqueles ganhos lícitamente pela maior parte da população. Inclusive, existem menores que ganham mais do que os próprios pais juntos. Logo, não existe um estado de necessidade, mas sim de cobiça e de menos valia pela vida e felicidade alheia, mormente dos familiares que acabam sofrendo pelo vício dos seus membros. O tráfico de drogas é um crime contra a própria existência da humanidade e é tão grave que em muitos países é apenas com a pena capital.

Considerando o fato de que o acusado confessou o crime em questão, reduzo as penas básicas para o mínimo legal, ou seja, para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa para o crime de tráfico de drogas.

Não existem causas de aumento ou de diminuição de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a serem aplicadas, motivo pelo qual torno as sanções definitivas (fl. 28).

O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento à apelação da defesa e reduzir a reprimenda, consignou:

[...]

Não agiu com o costumeiro acerto o juízo a quo, importando a reforma das penas.

Sendo as circunstâncias judiciais, elencadas no artigo 59, do Código Penal, favoráveis e, inexistindo indicativos nos autos de dedicar-se o réu à atividade criminosa ou integrar organização criminosa, o artigo 42, da Lei de Drogas, deverá ser utilizado como vetor para o grau de redução. Valendo constar que, in casu, a quantidade de droga apreendida, de per si, não anuncia dedicar-se o réu ao crime.

À luz do artigo 42, da Lei 11.343/06, sendo as causas de aumento prevalentes em relação às circunstâncias judiciais e, no caso em apreço, preenchidos estão os requisitos legais para a concessão do redutor, oportuna a utilização desse dado na terceira fase da dosimetria, mais especificamente a influir no grau de redução, consoante acima mencionado.

Dessa feita, no estreito arrimo do artigo 59, do Código Penal, determino sejam as bases fixadas nos mínimos legais.

*Ausentes agravantes e, inoperante a atenuante da confissão, **na terceira fase, o redutor deve ser reconhecido, importando a sua aplicação em grau menor, pois considerável a quantidade de entorpecente apreendida, além de sua variedade.***

Torno as penas definitivas em 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa.

*Declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, em compasso com o moderno entendimento, in casu, **tendo em vista a quantidade de droga apreendida a não autorizar o reconhecimento do redutor em grau mais favorável, o regime semiaberto impõe-se, nos moldes do artigo 33, do Código Penal.***

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir as penas de ALEXSANDRO SALES DA SILVA em 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa, no piso legal, em regime semiaberto, mantendo-se, no mais, a r. sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 41/42, sem destaque no original).

Verifica-se que o acórdão recorrido está em perfeita consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte. Na escolha do *quantum* de redução da pena (art. 33, § 4º), por expressa previsão legal (art. 42), o juiz deve levar em consideração a quantidade, a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas que julgam matéria penal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE, VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS E NATUREZA DE UMA DELAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. FIXADO O REGIME FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 18 porções de crack e 4 de maconha - e da natureza altamente lesiva de uma delas (crack), a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

[...]

4. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastados os fundamentos referentes à hediondez e à gravidade in abstrato do delito de tráfico, bem como o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (HC 352.049/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 10/06/2016).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VÁLIDOS PARA AFASTAR O REDUTOR. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A OITO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTO VÁLIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 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, variedade 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, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedente.

3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, afastou a minorante de tráfico privilegiado, com fundamento na natureza, variedade e na expressiva quantidade da droga apreendida [84,9g de cocaína (115 eppendorfs) 5g de crack (23 invólucros), e 307,6g de maconha (79 invólucros)], o que não se mostra desproporcional.

4. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena tenha sido fixada em 6 (seis) anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida, sopesada na terceira fase da dosimetria (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).

5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada (6 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 352.365/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/05/2016).

Esses elementos (quantidade, natureza e variedade da droga) justificam ainda a manutenção do regime prisional semiaberto e a não substituição da pena por medida restritiva de direito, 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. No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INDÍCIOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 44, I, CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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.

[...]

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. Incabível o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o quantum de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal

5. Habeas corpus não conhecido (HC 351.854/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 28/06/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA E NA HEDIONDEZ DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. PACIENTE QUE JÁ SE ENCONTRA NO REGIME SEMIABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA EM VIRTUDE DA DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

[...]

- Considerando que a pena foi fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, ante a análise favorável dos vetores do art. 59 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade e variedade das drogas apreendidas, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

[...]

- Habeas corpus não conhecido (HC 339.304/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/06/2016).

Ademais, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição por medidas restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0203069-8

HC 333.518 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00186332120148260050 186332120148260050 20150000413188 4072014

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEXSANDRO SALES DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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