



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.745 - SP (2014/0277625-6)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN RAFAEL DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA COMO FUNDAMENTO PARA AUMENTAR A PENA-BASE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. PRESENÇA DE OUTROS FUNDAMENTOS SUFICIENTES. ACUSADO QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. MODIFICAÇÃO DA CONCLUSÃO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO ADOTADO COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL E NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MESMO SE AFASTADO O ÓBICE LEGAL, PERMANECE INALTERADO O OUTRO FUNDAMENTO IDÔNEO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie, todavia mostra-se possível verificar a existência de eventual coação ilegal.

– Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, ou seja, menos de 1/6 acima do mínimo legal, considerando-se a quantidade da droga apreendida - 40 (quarenta) invólucros de papel contendo maconha; 42 (quarenta e dois) invólucros plásticos contendo cocaína, 556 (quinhentos e cinquenta e seis) invólucros plásticos contendo pedras de *crack* - tudo em perfeita consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

– Embora o Juiz de primeiro grau tenha feito menção à quantidade de droga apreendida para aumentar a pena-base e como um dos argumentos para não aplicar a causa de diminuição da lei de drogas, entendo que inexiste constrangimento ilegal a ser reparado, uma vez que foram utilizados outros fundamentos idôneos para chegar a conclusão que o sentenciado se dedicava à atividade, tais como a potencialidade lesiva da droga, a diversidade de entorpecentes e a ausência de demonstração de trabalho lícito. Cada um destes fundamentos, ainda que individualmente analisados, mostram-se suficientes para sustentar a conclusão do Magistrado e justificar a recusa da aplicação da minorante.

– Ademais, inviável a modificação da conclusão das instâncias ordinárias de que o sentenciado dedicava-se à atividade criminosa, uma vez que essa providência implica no reexame do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com os estreitos limites da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via eleita.

– O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava o regime obrigatoriamente fechado para os condenados por crimes hediondos ou equiparados, todavia, o Juiz de primeiro grau não fixou o regime inicial fechado com base exclusivamente na vedação legal. O Magistrado justificou a sua escolha ponderando que ***"além de determinado pela legislação, o regime fechado é proporcional à gravidade da conduta levando em conta a quantidade de entorpecentes"***.

– Mantida a condenação em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, impossível acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos 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 Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de março de 2015(Data do Julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.745 - SP (2014/0277625-6)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WILLIAN RAFAEL DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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 WILLIAN RAFAEL DA SILVA contra acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0004924-52.2013.826.0405.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa.

O Tribunal *a quo* negou provimento aos apelos da defesa e da acusação em acórdão assim ementado:

*Tráfico de entorpecentes – Crime permanente
Desnecessidade de mandado judicial para o ingresso na residência onde está sendo praticado o delito - Nulidade inexistente - Preliminar rejeitada;*

Tráfico de entorpecentes – Prisão em flagrante Apreensão de grande quantidade de maconha, cocaína e crack – Confissão extrajudicial – Depoimentos de policiais seguros, coerentes e sem desmentidos – Ausência de motivos para duvidar da veracidade dessas palavras Responsabilidade do apelante comprovada – Condenação mantida;

Tráfico de entorpecentes – Desclassificação para o crime previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/06 – Quantidade de drogas e circunstâncias da prisão que conduzem à certeza da prática do comércio ilegal de entorpecentes – Sentença mantida; Tráfico de entorpecentes – Exasperação da pena base - Art. 42, da Lei nº 11.343/06. Possibilidade - Confissão espontânea. Retratação em juízo – Inocorrência;

Tráfico de entorpecentes – Apelante que se dedicava à prática de atividade criminosas – Inviabilidade de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Pena e regime prisional corretos - Conversão da privativa de liberdade em restritiva de direitos - Pena superior a 4 anos - Impossibilidade - Art. 44, da Lei nº 11.343/06 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso improvido (fls. 44).

No presente *writ*, sustenta a impetrante haver constrangimento ilegal, porquanto o paciente preenche os requisitos para a incidência do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo. Aponta que, ao considerar a quantidade e diversidade de entorpecente apreendido para majorar a pena-base e também para afastar a aplicação da causa de redução da pena, estaria configurado *bis in idem*.

Argumenta que não há justo motivo para fixar o regime inicial da pena de modo mais gravoso que o permitido em lei. Aduz, ainda, que, refeita a dosimetria da pena, deve ser fixado o regime semiaberto ou aberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pleiteia a redução da pena, a fixação do regime semiaberto ou aberto, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Prestadas as informações (fls. 71/101 e 103/120), foram os autos remetidos ao Ministério Público Federal, que manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 123/126).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.745 - SP (2014/0277625-6)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (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, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em 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 eventual ilegalidade.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o redimensionamento da pena-base, a aplicação do patamar máximo no redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Quanto a esses temas, afirmou o magistrado sentenciante (fls. 33/34):

Passo a calcular a pena.

A expressiva quantidade de entorpecentes (mais de duzentos gramas) determina pena-base acima do mínimo, fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

A diversidade e quantidade de substâncias entorpecentes, a intensa lesividade da cocaína, que é a maior parte das substâncias sob a guarda do réu (176,34g) e a inexistência de prova convincente do exercício de atividade lícita levam a concluir que se dedica a atividades criminosas, o que obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

Iniciará o cumprimento da reclusão em regime fechado, como determina o art. 2º, § 2º da Lei 8.072/90. Além de determinado pela legislação, o regime fechado é proporcional à gravidade da conduta levando em conta a quantidade de entorpecentes.

Irresignada a Defesa interpôs recurso. O Tribunal *a quo*, negou provimento à apelação, *verbis* (fls. 51/52):

No mais, tem-se que a pena base foi bem exasperada em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

face da enorme quantidade de droga apreendida, que serviria para abastecer número inestimável de consumidores, com consequências devastadoras para a sociedade (art. 42, da Lei de Drogas), não merecendo qualquer tipo de mitigação.

Por outro lado, não era mesmo o caso de aplicar a atenuante da confissão espontânea, pois o acusado se retratou em juízo e sequer admitiu a propriedade das drogas apreendidas, procurando fazer crer que foram injustamente plantadas pelos policiais em sua residência.

(...)

Tampouco é o caso da aplicação da regra prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois ainda que tecnicamente primário, considerando a expressiva quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos em poder do apelante e tendo em vista que estava desempregado à época dos fatos (fls. 19), é inegável que se dedicava a atividades criminosas, nada justificando que mereça tratamento mais benevolente.

Em relação ao regime de cumprimento de pena, cumpre considerar que o tráfico de drogas é extremamente grave, causa indiscutível abalo à ordem pública, na medida em que o traficante consegue atingir um número elevado de pessoas, que acabam se envolvendo em outros delitos. Por isso, tratando-se de delito equiparado aos hediondos, o regime inicial fechado é o que se tem como único possível e suficiente à reprovação da conduta praticada.

Finalmente, como a pena é superior a 4 anos, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por expressa vedação legal (art. 44, inciso I, da Lei nº 11.343/06). Até porque, não é demais lembrar, o traficante, longe de ser agraciado com os benefícios reservados a crimes menos graves, deve ser retirado da sociedade, cada vez mais temerosa e abalada com o avanço da criminalidade.

Como visto, a pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ou seja, menos de 1/6 acima do mínimo legal, considerando-se a quantidade da droga apreendida - 40 (quarenta) invólucros de papel contendo maconha; 42 (quarenta e dois) invólucros plásticos contendo cocaína, 556 (quinhentos e cinquenta e seis) invólucros plásticos contendo pedras de crack - tudo em perfeita consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse contexto, não verifico a existência de qualquer flagrante ilegalidade quanto à fixação da pena-base.

Quanto ao patamar de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, constata-se que o benefício deixou de ser aplicado por ter entendido o Magistrado que o acusado dedicava-se à atividade criminosa. Chegou o Juiz de primeiro grau a essa conclusão diante da diversidade, da quantidade, da intensa potencialidade lesiva da cocaína e pelo fato de o paciente não ter demonstrado que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possui alguma atividade lícita, circunstâncias que evidenciavam a dedicação a atividades delitivas e impedem a aplicação da causa da diminuição.

Embora o Juiz de primeiro grau tenha feito menção à quantidade de droga apreendida para aumentar a pena-base e como um dos argumentos para não aplicar a causa de diminuição da lei de drogas, entendo que inexistente constrangimento ilegal a ser reparado. Isso porque foram utilizados outros fundamentos para chegar a conclusão de que o sentenciado se dedicava à atividade criminosa tais como a potencialidade lesiva da droga, a diversidade de entorpecentes e a ausência de demonstração de trabalho lícito. Cada um destes fundamentos, ainda que individualmente analisados, mostram-se suficientes para sustentar a conclusão do Magistrado e justificar a recusa na aplicação da minorante.

Ademais, é inviável a modificação da conclusão das instâncias ordinárias de que o sentenciado dedicava-se à atividade criminosa, uma vez que essa providência implica no reexame do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita.

São precedentes nossos:

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 § 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.

4. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

5. *Habeas corpus denegado.* (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/04/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO DA BENESSE. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO EM SENTIDO DIVERSO. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVAS. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA.

1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que denega a ordem de habeas corpus em que se pleiteia a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão de ter sido consignado pelas instâncias ordinárias a existência de elementos concretos que demonstram a dedicação do paciente à atividade criminosa do tráfico de drogas.

2. Alcançar conclusão diversa, no sentido de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, providência inviável na via estreita do habeas corpus.

3. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no HC 237.858/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 05/09/2012)

A mesma solução se apresenta no tocante ao pedido de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

Embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES, tenha declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava o regime obrigatoriamente fechado para os condenados por crimes hediondos ou equiparados, o Juiz de primeiro grau não fixou o regime inicial fechado com base exclusivamente na vedação legal. O Magistrado justificou a sua escolha ponderando que "*além de determinado pela legislação, o regime fechado é proporcional à gravidade da conduta levando em conta a quantidade de entorpecentes*" (fl. 34).

Como se vê, foi em razão da gravidade concreta do caso em análise e tendo o Magistrado ponderado também que o regime fechado era o único adequado diante da gravidade concreta do crime, levando em conta a quantidade de entorpecente apreendida com o paciente - 40 (quarenta) invólucros de papel contendo maconha; 42 (quarenta e dois) invólucros plásticos contendo cocaína, 556 (quinhentos e cinquenta e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seis) invólucros plásticos contendo pedras de *crack*.

Por fim, mantida a condenação em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, impossível acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal, que assim prevê:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

Diante do exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0277625-6

HC 307.745 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00049245220138260405 20140000466252 49245220138260405

EM MESA

JULGADO: 05/03/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WILLIAN RAFAEL DA SILVA (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 da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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