



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 299.147 - SP (2014/0173210-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : CRISTINA SON  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PEDRO PEREIRA DA SILVA (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO PROPORCIONAL. ATENUANTES. *QUANTUM* DE DIMINUIÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CP. *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 e do próprio Superior Tribunal de Justiça. 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.

No caso dos autos, verifico que a majoração de 1/6 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.

3. *O quantum de redução pela circunstância atenuante deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena* (HC 159.620/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/3/2013). Hipótese em que a redução de 6 meses, por duas atenuantes, mostrou-se desproporcional, considerando a pena imposta.

4. 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

às atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e natureza de droga apreendida (9 invólucros de maconha; 1 tijolo dessa mesma substância, pesando aproximadamente 1 quilo; 48 invólucros de cocaína; 32 invólucros de *crack*), está de acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma. Precedentes.

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

5. 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 Código Penal e em consonância com o entendimento desta Corte.

*In casu*, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos, permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a gravidade concreta do delito autoriza a fixação do regime fechado, conforme os fundamentos apresentados pelo Tribunal de origem.

*Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente, tornando-a definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (meses) meses de reclusão e ao pagamento de 450 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

### 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), 04 de outubro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 299.147 - SP (2014/0173210-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : CRISTINA SON  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PEDRO PEREIRA DA SILVA (PRESO)

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de PEDRO PEREIRA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0061853-74.2011.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas) (fls. 26/32).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

*Apelação. Crime de tráfico de drogas. Diminuição da pena-base. Impossibilidade. Circunstâncias do fato que justificam o aumento em primeira etapa de quantificação. Aumento do patamar de atenuação da pena para 1/6 (um sexto). Não possibilidade. Inexistência de parâmetro legal. Atenuação com base no critério subjetivo do Juiz. Aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Réu que não preenche os requisitos cumulativos previstos no dispositivo. Declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 e modificação do regime inicial para aberto. Impossibilidade. Lei vigente. Dispositivo válido e aplicável. Crime de consequências sociais graves. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Impossibilidade. Vedação expressa no artigo 44 do Código Penal pela quantidade da pena aplicada. Não provimento ao recurso (fl. 35).*

Daí o presente *writ*, no qual a impetrante alega que houve ilegalidade na aplicação da reprimenda, haja vista que a pena-base teve acréscimo de 1/6 na primeira fase da dosimetria com base na finalidade lucrativa, não sendo este um fundamento idôneo, devendo ser fixada no mínimo legal. Aduz que na segunda fase de dosimetria, a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena foi reduzida desproporcionalmente em apenas 2 meses em razão da menoridade relativa e da confissão espontânea.

Ressalta que o paciente é primário, possui bons antecedentes e não se dedica às atividades criminosas, fazendo jus à aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo.

Sustenta ainda que, com a aplicação da referida minorante na fração de 2/3, fará jus a substituição da pena por restritiva de direitos. Por fim, alega que em razão do *quantum* da pena e da primariedade do paciente deve ser aplicado o regime semiaberto.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a redução da pena, a fixação de regime inicial mais brando que o fechado e, conseqüentemente, a substituição da pena por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fl. 46) e as informações devidamente prestadas (fls. 55/73).

O Ministério Público Federal manifestou-se *"pela concessão parcial da ordem, de ofício, para que seja aumentado o patamar de redução da pena pelo reconhecimento de duas atenuantes e que seja avaliada a possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado, em observância ao disposto no art. 33 do Código Penal"* (fls. 76/87).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.147 - SP (2014/0173210-9)

### VOTO

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

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. 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 ao mínimo legal, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo (2/3), bem como a fixação do regime inicial mais brando para cumprimento de pena e a substituição da pena por restritiva de direitos.

O paciente foi preso em flagrante em local conhecido como ponto de tráfico, na posse de 9 invólucros de maconha; 1 tijolo dessa mesma substância, pesando aproximadamente 1 quilo; 48 invólucros de cocaína; 32 invólucros de crack; e, por fim, a quantia de R\$ 670,00 (seiscentos e setenta reais), em dinheiro.

Diante disso, foi condenado por tráfico de drogas, tendo o Magistrado de primeiro grau aplicado a pena nos seguintes termos:

*Passo a dosar as penas com base nos arts. 59 e 60 do Código de Penal e art. 42, da Lei nº 11.343/06. **O dolo foi excepcional. Quem concorda em participar de tráfico mediante ganho demonstra total falta de escrúpulo, sendo elo vital sem o qual aquele não se sustenta. Desta forma, aliado à expressiva quantidade e variedade de droga, parto com ligeiro acréscimo de 1/6: cinco anos, dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa. Não há agravantes. Porque admitiu parcialmente os fatos e é maior de dezoito e menor de 21 anos, subtraio dois meses da privativa e trinta e três dias-multa, chegando-se a cinco anos, oito meses e quinhentos e cinquenta dias-multa. Não há causas de aumento. Porque há indícios de que faça parte de organização criminosa inclusive dela sendo "funcionário" como admitiu, mormente porque ninguém consegue a expressiva quantidade de entorpecente de forma isolada, deixo de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que não se trata de direito subjetivo. [...] Não há outras modificadoras. Incabível qualquer substituição da privativa de liberdade por restritivas de direito em razão da quantidade de pena. Ainda que em tese fosse cabível, dado o caráter da***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especialidade da Lei nº 11.343/06 não poderia ser deferida. Ademais, trata-se de delito equiparado a hediondo insuscetível de qualquer benefício. Simples restrições de direitos seriam insuficientes à prevenção e reprovação do gravíssimo delito. [...] Posto isso e considerando tudo o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido na denúncia, para o fim de CONDENAR PEDRO PEREIRA DA SILVA como incurso no art. 33, caput, , da Lei nº 11.343/06, ÀS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS, 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 550 (QUINHENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA. NO MÍNIMO LEGAL E DETERMINAR O PERDIMENTO DA QUANTIA DE R\$ 729,00 (SETECENTOS E VINTE E NOVE REAIS), APREENDIDA A FLS. 63, ACRESCIDA DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS, A QUEM DE DIREITO. NOS TERMOS DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EX VI LEGIS INICIARÁ O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, com a modificação determinada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007) (fls.29/32).

A Corte estadual, por sua vez, assim asseverou:

A sanção penal foi corretamente quantificada e não comporta alterações.

**O aumento de pena em primeira etapa de quantificação foi brando e justificado pela individualização do dolo do Réu**, entendendo o Juiz sentenciante que "Quem concorda em participar de tráfico mediante ganho demonstra total falta de escrúpulo, sendo elo vital sem o qual aquele não se sustenta. Desta forma, aliado à expressiva quantidade e variedade de droga, parto com ligeiro acréscimo de 1/6" (fls.85) .

**Note-se que o Juiz sentenciante destacou circunstâncias essenciais da conduta do Réu as quais impossibilitam a aplicação de benefícios, tanto na dosagem de pena, quanto na fixação de regime.** Ora, o Réu afirmou em Juízo que comercializava drogas mediante pagamento e, além disso, fornecia drogas variadas e em grande quantidade. Esses aspectos diferenciam sua conduta daquela praticada pelo traficante eventual, que comercializa apenas um tipo de droga em pequenas quantidades, ou aquele agente que pratica o tráfico para sustentar o vício. Não se trata de minorar a gravidade dessas condutas, mas de individualizá-las e ressaltar que a conduta do Réu se assemelha a de um "profissional" do ramo, pessoa voltada exclusivamente para esse comércio ilegal, ou seja, uma espécie de "funcionário" do crime organizado, disseminando e propagando o nefasto comércio em significativa escala.

Em segunda etapa também não há o que modificar.

Não se desconhece a tendência adotada por parte da doutrina e jurisprudência de estabelecer o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada atenuante; porém, não se trata de critério legal e, por essa razão, sua utilização não é obrigatória ou vinculada.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Por outro lado, reconhecidas as duas atenuantes no presente caso (menoridade relativa e confissão parcial dos fatos), novamente andou bem o Magistrado em adequá-las à realidade fática, pois a diminuição de 01 (um) mês para cada atenuante refletiu o rigor que o caso reclama.*

*Sem razão também a redução da pena com base no redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. É que esse dispositivo trata de requisitos objetivos a serem preenchidos para merecimento da causa específica de redução de pena, especial - e não genérica - que visa contemplar aqueles que incorreram na conduta criminosa por uma fraqueza passageira, de forma que não estejam envolvidos, de maneira estável, com o mundo do crime.*

*Não há nada de inconstitucional em disposição legal que determine causas de diminuição de pena diferentes das dispostas na parte geral do Código Penal. A intenção do legislador, ao inserir o § 4º no artigo 33 da Lei de Drogas, foi - punindo com menor rigor aqueles que praticam o crime pela primeira vez, ou que não apresentam maior periculosidade social incentivá-los a terem uma ocupação lícita, distante do mundo das drogas.*

*[...]*

*De outra parte, para a concessão do benefício legal previsto no artigo 33, § 40, da Lei nº 11.343/06, é necessário que o agente apresente cumulativamente os quatro requisitos previstos, quais sejam, "primariedade", "bons antecedentes", "que não se dedique às atividades criminosas" e "não integre organização criminosa". Em outras palavras, o Réu deve preencher todos os requisitos para se beneficiar da redução da pena, de forma que, se um dos requisitos estiver ausente, não fará jus à benesse.*

*No caso dos autos, o Réu foi abordado em local conhecido por ponto de tráfico, e, ainda que não haja prova acerca da reiteração de sua conduta (como forma habitual de comércio), com ele foram apreendidos (vejam só, não percam a conta): 1. 09 invólucros de maconha; 2. 01 (um) tijolo dessa mesma substância, pesando aproximadamente 01 (um) quilo; 3. 48 invólucros de cocaína; 4. 32 invólucros de "crack"; 5. a quantia de R\$ 670,00 (seiscentos e setenta Reais) em dinheiro.*

*Levando em consideração a significativa quantidade e diversidade de droga, a sua forma de acondicionamento, que não foi comprovado vínculo empregatício, e, por fim, a confissão parcial, tudo é indício mais do que suficiente (para não dizer seguramente com certeza) de que o Apelante fazia da atividade criminosa o seu meio de vida, seu "ganha pão", daí porque a benesse não poderia ter incidência neste caso.*

*O pedido de modificação do regime prisional - do fechado para o aberto - não comporta acolhimento.*

*Não há que se falar em inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 porque se trata de dispositivo vigente e válido que prevê expressamente que o regime prisional inicial para o crime de tráfico de drogas é mesmo o fechado, e porque se trata de crime de*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*consequências funestas ao meio social. Além disso, a falta de ocupação lícita do Réu demonstrou que faz da mercancia de drogas seu meio de vida, fato que, somado ao tipo de uma das drogas comercializadas pelo Réu (crack"), de reconhecido potencial tóxico e cuja disseminação vem sendo amplamente combatida, revela ser inadequada a concessão de regime menos rigoroso.*

*A quantidade da pena imposta impede a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (artigo 44 do Código Penal) (fls. 36/42).*

Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base foi fundamentada pelo Magistrado sentenciante com base na natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, 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. Além disso, a majoração de 1/6 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. Confirmam-se os seguintes julgados:

**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**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***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).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO APONTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- ***Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido, elemento apto a justificar a exasperação da pena.***

[...]

- No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido (HC 321.313/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 02/02/2016).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.*

*[...]*

*TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.*

***1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.***

***2. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da natureza de estupefacientes apreendidos - 436 "pinos" de cocaína, 60 pedras de crack, e 09 porções de maconha-, encontra-se devidamente justificada e proporcional.***

*[...]*

***3. Habeas corpus não conhecido (HC 317.463/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 03/08/2015).***

É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do CP, cabendo ao Magistrado aplicá-la de forma discricionária e sempre fundamentada, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto.

O Juiz reconheceu duas circunstâncias atenuantes (menoridade relativa e a de confissão parcial dos fatos), tendo sido a pena privativa de liberdade reduzida em apenas 2 meses, o que não se mostra proporcional.

De fato, merece reparo a sanção penal, em sua segunda fase de individualização, para que, em razão da presença de duas atenuantes, se o opere a diminuição da pena-base em 12 meses, tornando-a em 4 anos e 8 meses de reclusão e 450 dias-multa.

A seguir, os seguintes precedentes:

***HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. ATENUANTE DA MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no patamar de 1/6 está justificada na expressiva quantidade de droga apreendida com a paciente - 3 porções de maconha, pesando 74,48g - que, conforme afirmado pelo magistrado de primeiro grau, seria "suficiente para a confecção de no mínimo 148 cigarros".

- In casu, reconhecida a presença de duas atenuantes em favor da paciente, quais sejam, a confissão espontânea e sua menoridade, a redução da pena-base em apenas 6 (seis) meses de reclusão se mostra desproporcional.

- Não obstante a pena tenha sido redimensionada, no presente writ, para 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias, a existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 59, II c/c o art. 33, § 3º do CP.

- É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porquanto ausente o preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do CP).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta à paciente, tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias (HC 270.612/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe 10/6/2013).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ATENUANTES. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. ART. 1º DA LEI 2.252/54. CRIME FORMAL. REGIME PRISIONAL. PLEITO SUPERADO. NÃO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*

2. *Não há ilegalidade patente na fixação da pena-base acima do mínimo legal, eis que se apontou concretamente a conduta do paciente, em especial sua reação de sacar a arma ao ser abordado pelos policiais. Não se trata de motivação genérica ou inerente ao próprio tipo penal.*

3. *O quantum de redução pela circunstância atenuante deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena. Hipótese em que a redução de 6 meses, por duas atenuantes, mostrou-se desproporcional, considerando a pena imposta.*

*[...]*

6. *Habeas corpus parcialmente prejudicado e, no mais, não conhecido.*

*Ordem concedida de ofício para diminuir a sanção imposta ao paciente (HC 159.620/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/3/2013).*

Na terceira fase, 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 às atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e natureza de droga apreendida e pelo fato do paciente não possuir vínculo empregatício, está 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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).





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 § 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).**

Da mesma forma, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pela Corte estadual, que se baseou na gravidade concreta do delito, pois, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos, permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade e variedade de drogas apreendidas justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ESTABELECEM QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REFERÊNCIAS À HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias com base na quantidade e variedade das drogas apreendidas (11 trouxinhas de maconha, 7 de crack e 27 invólucros de cocaína) e das circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedicava-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

[...]

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

**- No caso, devem ser afastadas as referências feitas, na sentença e no acórdão recorridos, à hediondez do delito de tráfico como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso. Todavia, é de ser mantido o regime fechado, pois há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, qual seja, a quantidade, a variedade e a nocividade das drogas apreendidas, tanto que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, de modo que deve ser mantido o regime fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido (HC 290.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente, tornando-a definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (meses) meses de reclusão e ao pagamento de 450 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0173210-9

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 299.147 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00618537420118260050 050110618530 12032011 20140000220137 50110618530  
618537420118260050

EM MESA

JULGADO: 04/10/2016

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : CRISTINA SON  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : PEDRO PEREIRA 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 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.