



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.232 - SP (2016/0209484-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANE VINCHE ZAMPAR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR ALEXANDRE DA SILVA (PRESO)

EMENTA

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

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a aplicação do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto.

3. *In casu*, as instâncias de origem afastaram a aplicação do benefício em razão das circunstâncias do caso concreto, como forma de indicar a prática habitual da atividade criminosa. Entretanto, a quantidade da referida droga não é relevante, impondo a sua incidência.

4. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso a redução da reprimenda em 1/6 (um sexto).

REGIME INICIAL FECHADO. PROPORCIONALIDADE. VARIEDADE DOS ESTUPEFACIENTES APREENDIDOS. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

Embora a reprimenda tenha sido fixada em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, não se considera ilegal a fundamentação utilizada pelo Tribunal estadual, tendo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vista que considerou as circunstâncias específicas do delito praticado, especialmente a variedade das drogas apreendidas, sendo proporcional a escolha do regime inicial fechado, conforme disposto no art. 32, § 2º, "a", do Código Penal.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando encontram-se preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal.

2. *In casu*, a pena foi mantida em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.232 - SP (2016/0209484-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANE VINCHE ZAMPAR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR ALEXANDRE DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de VICTOR ALEXANDRE DA SILVA contra acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0001332-18.2015.8.26.0635, mantendo a condenação à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso na sanção do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Noticia a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, por entender ser devida a redução da pena, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, haja vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e o caso concreto.

Aduz ser necessário o abrandamento do regime inicial, porquanto aplicada a indicada benesse, não teria sido apresentada motivação idônea ao encarceramento mais gravoso.

Defende a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante disposto no art. 44 do CP.

Requer a concessão da ordem constitucional para determinar o redimensionamento da pena, modificação do regime prisional e conversão em restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.232 - SP (2016/0209484-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS.

PRESCINDIBILIDADE. INÉRCIA DA DEFESA, DEVIDAMENTE INTIMADA PARA REALIZAÇÃO DO ATO. ARTIGO 565 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.706/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 16/11/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso na sanção do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, porque:

"[...] no dia 16 de fevereiro de 2015, no período da tarde, na Rua Jorge Ogushi , altura do nº 450, Aricanduva , nesta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cidade e comarca da - Capital/SP, VICTOR ALEXANDRE DA SILVA, qualificado nos autos a fls. ,14, trazia consigo, e expunha a venda, para fornecimento a terceiros, 47,7 gramas de Cocaína, 57 gramas de cocaína, na forma de "crack" e 39,7 gramas de "Cannabis Sativa L ", conforme auto de exibição e apreensão de fls. 11-11 e laudo de constatação, de fls. 29 , todos sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar." (e-STJ fl. 8)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

No que se refere à almejada incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, observa-se que o togado singular afastou a aplicação da benesse, nos seguintes termos:

"A quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida, inclusive cocaína, de natureza mais nociva, torna inaplicável a benesse prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, criado com objetivo de apenas minimamente aquele que se está iniciando no narcotráfico. Não é o caso dos autos. O réu não demonstrou possuir atividade lícita, tampouco a origem do dinheiro consigo apreendido, restando evidente que se dedica à traficância fazendo dela seu meio de vida, mesmo porque o tráfico não é crime artesanal e quem nele necessariamente integra organização de pessoas " (e-STJ fls. 33/34).

O Tribunal de origem, ao manter a negativa da benesse, asseverou, *verbis*:

"No caso concreto a apreensão foi de 24 invólucros de maconha, 162 pedras de "crack" e 54 porções de cocaína. Quem tem essa quantidade e variedade de drogas para o comércio, como comprovado nesta ação penal, está indubitavelmente se dedicando a uma atividade criminosa (terceira figura do artigo em exame)." (e-STJ fl. 43)

Com efeito, no caso em apreço, o Tribunal de origem mitigou a incidência do benefício com esteio nas circunstâncias do delito, como forma de indicar a prática habitual da atividade criminosa, entretanto tal fundamento não se revela idôneo, tendo em vista que aliada aos fatos dos autos, a quantidade do referido entorpecente embora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não seja inexpressiva - **39,7 g de maconha, 57 g de crack e 47,7 g de cocaína (e-STJ fl. 25)** -, não se mostra suficiente a ponto legitimar o afastamento da benesse em questão.

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da ausência de motivação suficiente para o afastamento da causa especial de redução da reprimenda. Assim, mostra-se razoável e proporcional ao caso concreto a redução em 1/6 (um sexto), tendo em vista a diversidade dos estupefacientes.

Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 COM BASE APENAS NA SUPOSTA EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FRAÇÃO DE 1/6 APLICADA. PENA REDUZIDA PARA 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, "B", DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. MONTANTE DA SANÇÃO QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- O fato de o acusado responder à outra ação penal, cujo número sequer foi citado na sentença e no acórdão recorridos, não conduz, por si só, à conclusão de que se dedique às atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, sem o cotejo com as circunstâncias em que ocorreu o delito, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração de 1/6, uma vez que, embora a quantidade das drogas não tenha sido muito elevada, trata-se de tráfico de duas espécies de entorpecentes, sendo uma delas bastante nociva - crack -, o que enseja uma maior resposta estatal no momento da dosimetria da pena, ante a gravidade concreta do delito. Precedentes.

- Reduzida a pena corporal para 4 anos e 2 meses de reclusão, é de ser mantido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, "b", do CP.

- Fica prejudicado o pleito de substituição da reprimenda, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 382.370/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017)

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, a qual permaneceu inalterada, em razão do enunciado 231/STJ.

Na última etapa, reduzindo-se a sanção em 1/6 (um sexto), a reprimenda resta definitiva em **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa.**

No que concerne ao regime inicial de execução da pena, verifica-se que o Colegiado estadual manteve o modo mais gravoso fixado na origem, sob a seguinte fundamentação, *verbis*:

"O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade será mesmo o inicial fechado, considerando a pena reclusiva imposta, assim como a gravidade do delito perpetrado, equiparado o tráfico aos hediondos, que merece rigorosa punição, com apreensão de enorme quantidade e variedade de drogas - 24 invólucros de maconha, 162 pedras de "crack" e 54 porções de cocaína." (e-STJ fl. 43).

A par disso, não se considera ilegal a fundamentação utilizada pelo Tribunal estadual, tendo em vista que levou em conta para a fixação do modo mais gravoso as circunstâncias específicas do delito praticado, especialmente a variedade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das drogas apreendidas - **maconha, crack e de cocaína (e-STJ fl. 25)**, sendo proporcional a escolha do regime inicial fechado, conforme disposto no art. 32, § 2º, "a", do Código Penal.

Em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena manteve-se em patamar superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO. PENA ACIMA DE 4 ANOS. DESCONTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA (ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP). SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

-[...]

- Quanto à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua concessão, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

- O Tribunal a quo não apreciou a questão referente à detração da pena (art. 387, § 2º, do CPP). Dessa forma, é inviável a análise da referida matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 317.540/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 16/02/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

4. Fixada a pena privativa de liberdade acima de quatro anos, não há falar em sua substituição por restritiva de direitos, pois ausentes os pressupostos legais previstos no art. 44, I, do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no AREsp 422.763/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 12/02/2015)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, a fim de redimensionar a reprimenda para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0209484-0

HC 366.232 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013321820158260635 13321820158260635 20160000401911

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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	: MARIANE VINCHE ZAMPAR
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VICTOR ALEXANDRE 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.