



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 454.690 - SP (2018/0144742-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELLOS
(PRESO)
PACIENTE : AXEL FREDERICO ROMAO (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO REDUTORA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. PREJUDICADA. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 ANOS. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

IV - O eg. Tribunal de origem estabeleceu a fração de 1/6 (um sexto) fixada para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, ou seja, **46,11g de cocaína**, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.

V - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum (4 anos e 2 meses), a primariedade do agente e a inexistência de circunstância judicial desfavorável, adequado o modo semiaberto para o início da expiação, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

VI - A manutenção da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos inviabiliza o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para fixar o regime **semiaberto** para resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 14 de agosto de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 454.690 - SP (2018/0144742-9)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELLOS
(PRESO)
PACIENTE : AXEL FREDERICO ROMAO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de MATHEUS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS e AXEL FREDERICO ROMÃO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0020699- 91.2015.8.26.0032.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime **fechado**, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incursos nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, c/c art. 29, **caput**, do Código Penal (fls. 36-47).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo para aplicar a causa especial de diminuição de pena, descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na fração de 1/6 (um sexto) e redimensionar a pena dos pacientes para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, em regime **fechado**, em v. acórdão assim ementado:

"Apelação – Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, caput, da Lei 11.343/06) – Condenação – Recurso defensivo – Matheus – Absolvição – Axel – Desclassificação para o crime do art. 28 da Lei de Drogas – Impossibilidade – Materialidade e autoria comprovadas – Confissão de Axel e depoimentos de policiais militares firmes ao ratificar os termos da denúncia – Acusados surpreendidos em ponto de venda de drogas – Alegação de uso desvinculada do conjunto probatório – Apreensão de 66 porções de cocaína – Traficância demonstrada – Condenações mantidas.

Reprimendas fixadas no mínimo previsto à espécie Impossibilidade de aplicação de circunstâncias atenuantes Súmula 231 do C. STJ Aplicação do redutor do § 4º Possibilidade Requisitos legais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchidos Patamar de redução fixado em 1/6 Quantidade e lesividade da droga.

Inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos Benesse que não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime Mantido o regime fechado Recurso parcialmente provido" (fl. 49).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante, alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de aplicação da fração máxima pelo reconhecimento do tráfico privilegiado.

Para tanto, sustenta, que "[...] o v. acórdão não se desincumbiu de seu ônus de fundamentar a não aplicação do redutor em seu grau máximo (dois terços). A quantidade de drogas encontrada com os pacientes (46,11 gramas) não é vultosa o suficiente para não permitir a incidência da causa de diminuição em seu grau máximo" (fl. 3).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja "[...] aplicada a fração máxima (2/3) do redutor do artigo 33 §4º da Lei de Drogas, com todos os seus consectários legais, modificando-se o regime inicial de cumprimento de pena fechado para o aberto e convertendo-se a pena corporal em restritiva de direitos, até final julgamento do presente habeas corpus" (fls. 1-15).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 62-64.

Informações prestadas às fls. 70-71.

O Ministério Público Federal, às fls. 91-99, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** ou pela concessão parcial da ordem apenas para a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, de ofício. Eis a ementa do parecer:

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTES CONDENADOS À PENA CORPORAL DE 4 ANOS 2 MESES DE RECLUSÃO. REQUERIMENTO DE INCIDÊNCIA NO PATAMAR MÁXIMO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGA. INVIÁVEL A DIMINUIÇÃO. REVOLVIMENTO DE AMPLA MATÉRIA FÁTICO-COMPROBATÓRIO. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DE ENTORPECENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. ALTERAÇÃO DE REGIME PARA O RÉU MATHEUS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O RÉU AXEL. PROPORCIONAL AO CASO. MANIFESTAÇÃO PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA ALTERAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

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.

2. Alegação de constrangimento ilegal, por não ter sido aplicado no máximo o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

3. Para alterar a conclusão da instância ordinária demandaria, necessariamente, revolvimento de todo acervo fático probatório delineado nos autos. Do contrário, a quantidade e nocividade da droga apreendida demonstra a inviabilidade de aplicação da minorante do tráfico privilegiado em seu patamar máximo.

4. Observa-se que ambos os pacientes foram condenados à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, situação que inviabiliza a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, em atenção ao art. 44, I, primeira parte, do Código Penal.

5. Considerando o quantum da pena, a primariedade do condenado Matheus e a fixação de sua pena-base, no mínimo legal, o regime de cumprimento inicial que mais se amolda ao caso é o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

6. A concessão não deve ser estendida ao paciente Axel, pois, apesar de ser tecnicamente primário, trata-se de réu que registra diversas condenações definitivas, as quais, por algum relapso, não foram consideradas pelo juízo sentenciante para majorar a pena-base. Aliado a isso e juntamente a nocividade/quantidade do entorpecente apreendido, conclui-se pela manutenção do regime prisional mais gravoso, visto que é proporcional e se amolda ao caso do paciente.

7. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pugna pelo não conhecimento do habeas corpus e, caso contrário, pela concessão parcial da ordem, de ofício, apenas no que se relaciona a alteração do regime inicial do paciente Matheus Eduardo" (fls. 91-92).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 454.690 - SP (2018/0144742-9)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELLOS
(PRESO)
PACIENTE : AXEL FREDERICO ROMAO (PRESO)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.
DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO
MÁXIMA PELA CAUSA ESPECIAL DE
DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI
N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E
QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA
MODULAR A FRAÇÃO REDUTORA. REGIME
INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO.
SUBSTITUIÇÃO. PREJUDICADA. REPRIMENDA
MANTIDA ACIMA DE 4 ANOS. HABEAS
CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

IV - O eg. Tribunal de origem estabeleceu a fração de 1/6 (um sexto) fixada para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, ou seja, **46,11g de cocaína**, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.

V - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando o **quantum** (4 anos e 2 meses), a primariedade do agente e a inexistência de circunstância judicial desfavorável, adequado o modo semiaberto para o início da expiação, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

VI - A manutenção da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos inviabiliza o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para fixar o regime **semiaberto** para resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *“o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Destaco, para melhor delimitar a controvérsia, os **excertos** do v. acórdão impugnado, no que interessa à espécie:

“Entretanto, no caso em tela, conquanto o juízo tenha entendido não ser cabível o reconhecimento da redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, justificando que os réus se dedicam a atividades criminosas, o fato é que são primários e não participam de organização criminosa, preenchendo assim os requisitos legais para a benesse.

*Porém, ao contrário do requerido pela Defesa, no sentido de que fosse a reprimenda reduzida em 2/3, **tendo em vista a quantidade e potencialidade lesiva da droga que estavam mercantilizando, reduzo em 1/6 a pena imposta, passando para 04 anos, 02 meses, além de 416 dias-multa, pelo mínimo legal**”* (fl. 55, grifei).

Com efeito, para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

In casu, o eg. Tribunal de origem estabeleceu a fração de 1/6 (um sexto) fixada para a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, em razão da quantidade e a natureza da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida, ou seja, **46,11g de cocaína**, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

"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 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o caso concreto aponta que foram apreendidas duas espécies de entorpecentes (maconha e cocaína), as quais demonstram a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do quantum da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do delito em epígrafe. Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006" (HC n. 368.418/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/2/2017, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO IMPOSTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO SUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade e a quantidade de droga apreendida - 42 g de cocaína, 32 g de maconha, 9g de ecstasy, 3 g de haxixe e 5 g de crack -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (HC n. 354.058/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 25/11/2016, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

3. **Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.**

4. **Hipótese na qual o Tribunal a quo, de forma motivada, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade, a natureza e a quantidade de droga apreendida - 93 eppendorfs de cocaína (59,4g), 1 porção de crack (0,16g) e 5 porções de maconha (23,6g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante no patamar de 1/6.**

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Embora os pacientes sejam primários e a pena aplicada seja de 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de drogas apreendidas, como posto no acórdão impugnado. (Precedente) 7. Fixada a sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. **Habeas corpus não conhecido" (HC 394.803/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2017).**

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, considerando o **quantum**, a primariedade do agente e a inexistência de circunstância judicial desfavorável, é adequado o modo **semiaberto** para o início da expiação, nos termos do **art. 33, § 2º, "b", do Código Penal**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, a manutenção da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos inviabiliza o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para fixar o regime **semiaberto** para resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0144742-9

HC 454.690 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00206999120158260032 20180000257451 206999120158260032

EM MESA

JULGADO: 14/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MATHEUS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELLOS (PRESO)
PACIENTE	: AXEL FREDERICO ROMAO (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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.