



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.868 - SP (2016/0177593-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM MARTINS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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

2. A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas. Dessa forma, para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

3. A quantidade, natureza e variedade da droga apreendida – 487 pinos de *crack*, 209 porções de maconha, 16 comprimidos de *ecstasy* e 69 porções de haxixe – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

4. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.868 - SP (2016/0177593-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM MARTINS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de WILLIAM MARTINS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0111124-47.2014.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 9 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, pela prática do delito tráfico de drogas, majorado pelo envolvimento de adolescente.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso e reduziu a reprimenda para 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, inicialmente em regime fechado. O acórdão restou assim ementado:

Tráfico ilícito de entorpecentes - Autoria e materialidade delitivas comprovadas pelos elementos constantes dos autos - Agente encontrado com expressiva quantidade e variedade de entorpecentes Circunstâncias que demonstram a dedicação ao comércio espúrio - Absolvição descabida - Quantidade de droga constricta que enseja a fixação da basal acima do mínimo, porém em fração menor que a estipulada na origem - Inaplicabilidade do redutor estabelecido pelo artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06 - Regime fechado que melhor se ajusta ao início do cumprimento da pena - Observância dos critério do art. 33, do Código Penal - Inviabilidade da substituição da carcerária por restritivas de direitos Recurso parcialmente provido (fl. 42).

A Defensoria Pública alega não haver fundamentação idônea para a Corte estadual ter afastado a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e impor o regime prisional fechado.

Diante disso, requer a incidência da minorante em seu patamar máximo (2/3), a modificação do regime prisional e, por consequência, a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar e dispensadas as informações, o Ministério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Público Federal opinou pelo não conhecimento do pedido, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO, FIXADO ADEQUADAMENTE, CONSIDERANDO A QUANTIDADE DE PENA, AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E A NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 44, I, DO CP. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E PELA NÃO CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO (fl. 61).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.868 - SP (2016/0177593-2)

VOTO

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

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

No caso, policiais surpreenderam o paciente, juntamente com um adolescente, na posse de 487 pinos de *crack*, 209 porções de maconha, 16 comprimidos de *ecstasy*, 69 porções de haxixe, além de R\$ 1.037,00, em espécie, razão pela qual foi condenado por tráfico de drogas.

O Tribunal de origem, ao dar provimento à apelação da defesa, reduziu a reprimenda, nestes termos:

[...]

A dosimetria, no entanto, comporta reparos.

Com efeito, o tráfico de entorpecentes é infração de extrema gravidade, porquanto gera o desassossego da comunidade e impulsiona grande parte dos crimes que a assolam. Bem por isso, mereceu o mesmo tratamento dispensado aos crimes hediondos e a eles equiparou-se.

Nem é por outra razão que o artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 determinou sejam consideradas no arbitramento da sanção, com preponderância sobre as circunstâncias de que cuida o artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente.

No aspecto, a exasperação procedida na origem se justifica em atenção à natureza e quantidade de drogas apreendidas e está em consonância com o disposto no art. 42, da Lei 11.343/06; contudo, reputo excessivo o aumento no dobro, razão pela qual estabeleço a pena em 1/3 (um terço) acima do mínimo: 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. Faço-o, ademais, concebido, é certo, o volume de narcóticos, como variedade, mas não sem considerar a possibilidade irrestrita de algo ainda maior, como não raras vezes se verifica. É dizer, o quantum é expressivo quando cotejado com o varejo comumente operado, mas não com lotes de distribuição fomentados no atacado.

Na segunda etapa, diante da atenuante da menoridade relativa, devida a redução da pena em 1/6 (um sexto), a culminar em 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na derradeira etapa, reconhecida a causa de aumento de pena tipificada no art. 40. VI, da Lei de Drogas, majora-se a pena em 1/6 (um sexto), a resultar, definitivamente, em 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias (de reclusão, e 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, no piso legal.

E em compasso com o já disposto, a despeito da primariedade do réu, era mesmo descabida a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. O raciocínio a respeito é lógico: se o agente dispõe de tal expressão de narcóticos, estes recônditos às centenas, em variedades distintas, não se poder reconhecê-lo distante do meio profano. Vale dizer, a estruturação não se atesta apenas por antecedentes ou por dados pregressos, mas também pelo potencial em persistir, que distingue, tanto quanto outros elementos, o praticante inicial ou noviço, do que já se encontra arraigado no ilícito. Por tais argumentos, há de ser tratada a hipótese com distinção, a ponto de não se dispor ao condenado o acenado redutor, este reservado aos que, diversamente do réu, atuam ocasionalmente no narcotráfico, sem qualquer vínculo aprofundado.

A reboque do exposto, o regime fechado é o único que se afina com a retribuição ao malfeito, mormente diante da potencialidade e quantidade das drogas constrictas, destacando-se a lesividade da cocaína e de seu potente derivado, conhecido "crack", cujos efeitos são devastadores e seu consumo cria rápida dependência, circunstâncias que preponderam sobre aquelas estabelecidas pelo diploma penal substantivo, nos termos do artigo 42 da Lei n.º 11.343/06.

Correta, pois, a fixação do regime fechado ao início do cumprimento, não havendo, in casu, qualquer relevância na cogitação sobre a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, porquanto justificada a imposição já nos termos gerais do art. 33 do Código Penal e da própria lei de regência.

[...]

Já as referências iniciais da dosagem da pena, que agora são replicadas por ordem do art. 33, § 3º. asseguram a imposição do regime mais gravoso, mesmo quando assomadas com o quantum imposto.

Por fim, não obedecido, por conseguinte, ao requisito objetivo estabelecido pelo artigo 44, I do Código Penal a pena, afinal, extrapola o período de quatro anos -, descabe a conversão da privativa de liberdade em alternativa, já não o fosse por motivos suso referidos.

A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas.

Dessa forma, para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. Mantido o quantum da sanção imposta (5 anos de reclusão), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal), assim como a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Quanto ao regime prisional, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida – 487 pinos de crack, 209 porções de maconha, 16 comprimidos de ecstasy e 69 porções de haxixe – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. **REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- 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/STF.

- **Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, 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, há 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 335.780/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/05/2016).

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0177593-2

HC 361.868 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01111244720148260050 1111244720148260050

EM MESA

JULGADO: 06/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WILLIAM MARTINS (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."

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