



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.180 - SP (2014/0185571-1)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIO MANTOVAN DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JUAN PABLO HENRIQUEZ DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º). PATAMAR MÍNIMO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL (ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A quantidade e natureza dos entorpecentes constituem elementos idôneos para justificar a aplicação da causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06) em patamar diverso do máximo (art. 42 da Lei n. 11.343/06). Precedentes.

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 não sustenta, por si só, o regime inicial fechado. Tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo da Execução reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

– A manutenção da pena acima de 4 anos de reclusão afasta a possibilidade de sua substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.180 - SP (2014/0185571-1)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : FABIO MANTOVAN DOS SANTOS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JUAN PABLO HENRIQUEZ DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de JUAN PABLO HENRIQUEZ DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0116675-76.2012.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso VI da Lei n. 11.343/06. Em apelação da defesa, o Tribunal *a quo* manteve a condenação.

A impetrante alega que o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não prevê a quantidade de droga como elemento a ser considerado na aplicação dessa causa de diminuição de pena. Sustenta também que o regime fechado foi fixado com base na hediondez do delito, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos foi negada com fundamentação inidônea.

Requer, assim, a aplicação da minorante (§ 4º) no máximo legal (2/3), a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

Liminar indeferida às fls. 54/55.

Informações prestadas às fls. 67/87.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 90/98, pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.180 - SP (2014/0185571-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante com uma sacola que continha 100 (cem) porções de cocaína, com peso líquido de 110,0g, 16 (dezesesseis) pedras de *crack*, com peso líquido de 6,62g, e 20 (vinte) porções de maconha, com peso líquido de 28,60g (fl. 12).

Em primeiro grau, a pena foi aplicada nos seguintes termos:

[...]

Passo a dosar a pena.

Fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão.

Não há atenuantes e agravantes a serem apreciadas.

Diminuo-a de 1/6 (um sexto), em razão da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, chegando à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, que torno definitiva.

Anoto que a quantidade de droga apreendida justifica a diminuição no mínimo previsto em lei, conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Em razão da quantidade de pena aplicada, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito.

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Fixo a pena pecuniária também no mínimo legal, em 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor unitário mínimo, em razão da situação econômica do réu [...] (fls. 32/33).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em apelação da defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso da defesa:

[...]

Portanto, a condenação era mesmo imperativa e foi bem decretada.

A pena de partida foi corretamente fixada no mínimo legal, ante a ausência de antecedentes criminais documentalmente comprovados nos autos.

Inexistiram, na segunda fase, quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes que devessem ser consideradas.

Entrementes, na terceira e última fase da dosimetria, foi o apelante indevidamente beneficiado, uma vez que não era o caso de aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Isto porque, apesar de primário e sem antecedentes criminais, a elevada quantidade de droga apreendida obstava o reconhecimento do aludido redutor, pois não é suficiente o mero preenchimento objetivo dos requisitos preconizados no aludido dispositivo legal — primariedade, bons antecedentes e não dedicação às atividades criminosas ou participação em organização criminosa — para que seja declarado o direito à diminuição da pena.

Há, também, necessidade da fiel observância do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, que estabelece que a natureza e a quantidade da substância ou produto entorpecente devem ser consideradas, com preponderância, sobre o que dispõe o artigo 59, do Código Penal, permitindo, por isso mesmo e por antítese ao primeiro dispositivo (artigo 42), até mesmo a negativa da redução.

Assim, além das circunstâncias pessoais favoráveis (artigo 59, do CP) e por oposição à regra do artigo 42, da Lei de Drogas, não pode ser excessiva, como na hipótese dos autos, a quantidade de entorpecente apreendida e ilegalmente comercializada, sob pena de inaplicabilidade do redutor em questão.

E não se pode perder de vista que foram confiscadas 100 (cem) porções de cocaína (110,0g - peso líquido), 16(dezesseis) pedras de crack (6,62g - peso líquido) e 20 (vinte) porções de maconha (28,60g - peso líquido), quantidade suficiente para atingir um número muito grande de consumidores, quiçá crianças e adolescentes.

À míngua, porém e infelizmente, de inconformismo externado pelo Ministério Público, mantenho a redução da pena em 1/6 (um sexto), em obediência ao princípio que veda o reformatio in pejus.

Desse modo, **conservo a pena do apelante em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 410 (quatrocentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.**

O regime de cumprimento de pena, por seu turno, foi estipulado com correção.

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas inicialmente em regime fechado, como acertadamente estabeleceu a magistrada sentenciante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inviável, outrossim, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, em face do quantum de pena estipulado (fls. 19/21).

O acórdão em consonância com o entendimento desta Corte de que, na escolha do *quantum* de redução da pena (art. 33, § 4º), o juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42).

Confiram-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO À RAZÃO DE 1/2. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O STJ entenda que "há constrangimento ilegal quando verificado que o Tribunal de origem aplicou a minorante prevista no § 4º do artigo da Lei n. 11.343/2006 no patamar intermediário [...], sem, no entanto, ter apontado qualquer elemento concreto dos autos (como a natureza, a diversidade ou a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo) que efetivamente justificasse o porquê de tal escolha" (HC 205.885/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJe 1/10/2013).

2. A Corte a quo estabeleceu, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o quantum de diminuição à razão de 1/6 "considerando [...] a natureza e quantidade de droga apreendida em seu poder (49,85 gramas de cocaína)", motivo pelo qual "[entendeu] que o patamar de diminuição deve ser o mínimo de 1/6 (um sexto), o que não se mostra desproporcional.

3. Esta Corte Superior entende que a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas, ao atrair a incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, podem servir de critério idôneo para a fixação do quantum de diminuição.

4. A pretensão de alteração do quantum referente à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas demanda reexame de fatos e provas, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

Precedentes do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1424310/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 29/09/2015)

RECURSO ESPECIAL. PENAL TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, § 1º, I, C/C O ART. 40, I, DA LEI N. 11.343/2006). 275 KG DE CLORIDRATO DE LIDOCAÍNA E 90 KG DE BENZOCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA MESMA LEI. APLICAÇÃO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE APELAÇÃO DO PARQUET. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DA MINORANTE NA FRAÇÃO ESTIPULADA NA SENTENÇA.

1. Diante da quantidade de drogas transportadas pelos recorridos (275 kg de cloridrato de lidocaína e 90 kg de benzocaína), que, por si só, demonstra um maior envolvimento com a atividade ilícita, eles



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nem sequer fariam jus à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Como não houve recurso da acusação contra a sentença que aplicou a causa de diminuição, insurgindo-se o Parquet apenas contra o acórdão, que, em apelação, a majorou, pela vedação à reformatio in pejus, deve ser mantida a incidência da minorante, porém na fração de 1/6, estipulada pelo julgador singular.

3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.

(REsp 1113213/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/08/2013)

Quanto ao regime prisional, as instâncias ordinárias se basearam na hediondez do delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90), fundamento inidôneo segundo a jurisprudência desta Corte. Assim, cabe ao juízo da execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos para fixar o regime prisional com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como no art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ARTIGO 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO IMPROVIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO GENÉRICA E APRIORÍSTICA. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que eventual inobservância do art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo.

2. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007, incidenter tantum, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Ministro Dias Toffoli), resta superada a análise da aplicabilidade ou não de seu regramento aos delitos praticados antes de sua vigência, porquanto afastada a previsão de obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo ser observadas as regras do art. 33 do CP na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados.

3. Agravo regimental improvido, mas concedido habeas corpus, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo, analisando o caso concreto, proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

(AgRg no AREsp 415.488/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 14/05/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ DO CRIME. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos basearam-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 299.074/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 24/09/2014)

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que o paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, pois a pena privativa de liberdade foi fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar ao Juízo das Execuções que, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando para o cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0185571-1

HC 300.180 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01166757620128260050 1166757620128260050 34 602013 958631

EM MESA

JULGADO: 03/12/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FABIO MANTOVAN DOS SANTOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JUAN PABLO HENRIQUEZ DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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