



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.351 - SP (2014/0301048-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOIA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO SILVA DE SOUSA

EMENTA

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. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. 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 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 quantidade, na natureza e na variedade das drogas apreendidas – 189 invólucros de cocaína (203g) e 50 papérolas de maconha (68,4g), 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.
5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais o pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e a reparação do delito, tendo em vista a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida.
6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
7. *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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.351 - SP (2014/0301048-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOIA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO SILVA DE SOUSA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de **THIAGO SILVA DE SOUSA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.434/2006 (e-STJ, fls. 11-15) .

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo (e-STJ, fls. 17-30).

Neste *writ*, a impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena fixada, alegando que, embora o paciente seja primário, possua bons antecedentes e circunstâncias judiciais favoráveis, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.434/2006 foi aplicada no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), tendo sido fundamentada tão somente na quantidade e na diversidade das drogas – 189 invólucros de cocaína (203g) e 50 papелotes de maconha (68,4g).

Aduz que a fixação do regime mais gravoso com base tão somente na gravidade abstrata do delito viola as Súmulas 718 e 719 do STF.

Destaca, ainda, que o fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo não impede a modificação do regime prisional, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cabendo, na hipótese, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, inclusive liminarmente, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, a fixação do regime semiaberto ou aberto para o cumprimento da pena e sua conversão por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 35-37).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 46-47).

O Ministério Público Federal opinou pela negativa de seguimento do *habeas corpus* (e-STJ, fl. 73).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.351 - SP (2014/0301048-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOIA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO SILVA DE SOUSA

EMENTA

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. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. 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 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 quantidade, na natureza e na variedade das drogas apreendidas – 189 invólucros de cocaína (203g) e 50 papérolas de maconha (68,4g), 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.
5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais o pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e a reparação do delito, tendo em vista a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida.
6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Passo à análise das alegações da impetrante.

Da análise da sentença condenatória, verifica-se que o Juiz sentenciante fixou a pena-base no mínimo legalmente previsto (5 anos) e, diante da quantidade de droga apreendida, reduziu a pena fixada em 1/6 (um sexto), nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 13-14).

O Tribunal *a quo*, ao ratificar o *quantum* aplicado do redutor, negou provimento ao apelo defensivo pelos seguintes termos (e-STJ, fl. 25):

"As penas foram corretamente fixadas e devem ser mantidas. Partindo-se das bases mínimas, a elas reduziu-se 1/6 por aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, totalizando quatro anos e dois meses de reclusão e pagamento de quatrocentos e dezesseis dias multa mínimos.

A redução máxima pretendida pela Douta Defesa não pode ser aqui adotada, ante a elevada quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos com o APELANTE, devendo prevalecer o previsto no artigo 42 da citada Lei."

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 integrarem organizações criminosas.

Os Tribunais Superiores têm decidido também que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de 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 aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Como se percebe, as instâncias ordinárias, em consonância com a jurisprudência desta Corte, optaram por sopesar a variedade e a quantidade da droga apreendida com o paciente – 189 invólucros de cocaína (203g) e 50 papérolas de maconha (68,4g) –, **exclusivamente**, na terceira etapa do cálculo da pena.

Portanto, devidamente motivado o agravamento da sanção, a escolha do *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser alterada quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A esse respeito:

"(...)

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR ADOTADO. INVIABILIDADE.

1. Sabe-se que § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. Inexiste ilegalidade na aplicação da minorante na fração de 1/6 (um sexto), porquanto devidamente fundamentada na gravidade concreta da conduta.

(...)

3. *Habeas Corpus* não conhecido."

(HC 331.685/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016.)

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido."

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016.)

Quanto ao regime prisional e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Juiz de primeiro grau entendeu por fixar o regime mais gravoso com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, e na gravidade do crime praticado, que envolveu "dois tipos de entorpecentes", não sendo cabível a substituição em razão da quantidade da pena aplicada (e-STJ, fl. 14).

A Corte de origem, por sua vez, ao negar provimento ao apelo defensivo, consignou que "o regime prisional inicial fechado decorre de texto expresso de lei" (e-STJ, fl. 29).

Convém destacar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, o juízo sentenciante fundamentou o regime mais gravoso com base na hediondez do delito e pela variedade de drogas apreendidas, tendo a Corte *a quo* o mantido sem apresentar qualquer fundamentação idônea, limitando-se a tecer que o regime fixado decorre do texto da lei.

Com efeito, a reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime inicial mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade" (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/12/2015).

Entretanto, corroborando com o Juízo de primeiro grau, no tocante às drogas apreendidas, entendo que, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a prevenção e a reparação do delito, haja vista a natureza e a variedade de drogas apreendidas – 189 invólucros de cocaína (203g) e 50 papérolas de maconha (68,4g) – (e-STJ, fl. 20).

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).

[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0301048-1

HC 309.351 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13362013 20140000411458 3002621222013 30026212220138260564

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIEL BIDOIA DONADE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: THIAGO SILVA DE SOUSA

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.