



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.365 - SP (2016/0080025-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI DE LIMA DOS SANTOS

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 AFASTAR O REDUTOR. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A OITO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTO VÁLIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. 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, variedade 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, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedente.
3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, afastou a minorante de tráfico privilegiado, com fundamento na natureza, variedade e na expressiva quantidade da droga apreendida [84,9g de cocaína (115 eppendorfs) 5g de *crack* (23 invólucros), e 307,6g de maconha (79 invólucros)], o que não se mostra desproporcional.
4. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena tenha sido fixada em 6 (seis) anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida, sopesada na terceira fase da dosimetria (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).
5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada (6 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 352.365 - SP (2016/0080025-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI DE LIMA DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **DAVI DE LIMA SANTOS**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado a uma pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso nos art. 33, *caput*, c/c 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 22-29).

Em sede de apelação, a sentença condenatória foi mantida.

Neste *habeas corpus*, a impetrante defende a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33, da n. Lei 11.343/06, em seu patamar máximo, sob a argumentação de que o paciente atende a todos os requisitos previstos no dispositivo legal.

Como consequência da aplicação do redutor, aponta a possibilidade de a fixação do regime inicial aberto, ou ao menos semiaberto, e de substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem para que seja aplicada a causa de diminuição de tráfico privilegiado, fixando o regime aberto e a permuta do art. 44 do Código Penal (e-STJ, fls. 1-12).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 47).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 58-68), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.365 - SP (2016/0080025-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI DE LIMA DOS SANTOS

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 AFASTAR O REDUTOR. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A OITO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTO VÁLIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. 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, variedade 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, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedente.
3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, afastou a minorante de tráfico privilegiado, com fundamento na natureza, variedade e na expressiva quantidade da droga apreendida [84,9g de cocaína (115 eppendorfs) 5g de *crack* (23 invólucros), e 307,6g de maconha (79 invólucros)], o que não se mostra desproporcional.
4. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena tenha sido fixada em 6 (seis) anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida, sopesada na terceira fase da dosimetria (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).
5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada (6 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. O magistrado de primeiro grau, afastou a minorante de tráfico privilegiado, assim se manifestou:

"Além disso, foi demonstrado pela prova oral produzida ter sido o crime foi praticado nas condições delineadas no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 - o tráfico envolvia a participação de adolescentes - circunstância esta incompatível com a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Passo, assim, a aplicar a pena.

Seguindo o critério do artigo 59 do Código Penal, tendo em vista que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis à acusada, fixo a pena-base por infração ao artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, fixado o valor unitário do dia-multa em um trigésimo do valor do salário mínimo, vigente à época dos fatos, devidamente corrigido até a efetiva execução da sanção pecuniária.

Na segunda etapa, embora caracterizada a atenuante da menoridade relativa, deixo de reduzir a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira etapa, caracterizada a causa de aumento descrita no art. 40, III, da Lei de Drogas, majoro a reprimenda em 1/5 - pois envolvidos dois adolescentes na prática da mercancia proscrita, a qual totaliza 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, a qual torna-se definitiva, à míngua de outras circunstância que pudessem alterá-la." (e-STJ, fls. 26-27)

O Tribunal de origem, negando provimento ao apelo defensivo, afastou a aplicabilidade da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pelos seguintes fundamentos:

"Sendo assim, comprovado e configurado o delito, o edito condenatório era mesmo de rigor, não havendo qualquer objeção quanto a isso.

Superada esta questão, passa-se à pena, motivo do presente recurso, a foi devidamente motivada e fixada, não necessitando de reparo algum.

Na primeira etapa, considerando o disposto nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, a pena base foi mantida no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, c o pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, no piso.

Após, verifica-se que o acusado era menor de vinte e um anos à época dos fatos, entretanto, cm razão do disposto na Súmula 231 do STJ, deixa-se dc aplicar o redutor, uma vez que a circunstância atenuante não pode levar a pena abaixo do mínimo legal.

Na terceira etapa, incide a causada de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, sendo que a reprimenda foi devidamente majorada em 1/5 (um quinto), considerando o envolvimento de dois adolescente, totalizando a pena de 06 (seis) anos de reclusão e o pagamento de 600 (seiscentos) dias multa, no piso.

Importante consignar que foi apreendida uma grande quantidade de entorpecentes variados entre "crack", cocaína e maconha, bem como que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente réu demonstrou que estava se dedicando a atividade criminosa, inclusive se ajustando com outros indivíduos para a comercialização das drogas, fatos estes que justificam a não aplicação do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Ainda, o simples fato do acusado não ter maus antecedentes e não ser reincidente, por si só, não induz a aplicação do benefício em questão, visto que, para sua concessão, todos os requisitos devem estar presentes." (e-STJ, fls. 39-40.)

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 integrar organização criminosa.

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, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Como se percebe, o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, optou em sopesar a natureza, variedade e a quantidade de droga apreendida com o paciente [84,9g de cocaína (115 eppendorfs) 5g de *crack* (23 invólucros), e 307,6g de maconha (79 invólucros)], **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 respeito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

IV - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

V - Desta forma, conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, **ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - Na espécie, a referida circunstância (apreensão de 998g de maconha, 980g de pasta base de cocaína, 220g de cocaína e 56g de crack) foi considerada na terceira fase da dosimetria, para afastar a incidência da minorante. Sendo desfavorável, portanto, e tendo em vista o quantum de pena aplicado, correto o regime fechado aplicado na origem.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base do paciente ao mínimo legal, mantidos, no mais, os termos da condenação.

(HC 312.574/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 19/06/2015.)

No que tange à aplicação do regime inicial de cumprimento de pena, o Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado com fundamento em meras considerações genéricas quanto a gravidade do crime de tráfico de drogas (e-STJ, fls. 40-41).

Convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial 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 definição 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 pelo crime de tráfico de drogas, observar o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

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 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 a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.)

In casu, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 6 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a prevenção e reparação do delito, haja vista a expressiva quantidade de droga apreendida [84,9g de cocaína (115 eppendorfs) 5g de *crack* (23 invólucros), e 307,6g de maconha (79 invólucros)], devidamente valorada na terceira fase da dosimetria da pena.

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

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** do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0080025-9

HC 352.365 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016685620148260635 16685620148260635 20150000944300 562015

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 : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI DE LIMA DOS SANTOS

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.