



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.080 - SP (2015/0168338-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN CARLOS CARNEIRO MACHADO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA ACIMA DE 4 ANOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– 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 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, evidenciada sobretudo pelas *circunstâncias que circundaram o delito* (quantidade de drogas – 3.150 pinos de cocaína, dinheiro e caderno de anotações apreendidos com ele), *além de registrar condenação por crime da mesma espécie*, embora sem trânsito em julgado. Para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

– O regime fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela natureza da droga apreendida (cocaína), em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério do entorpecente, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena.

– 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.

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 SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, 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 novembro de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.080 - SP (2015/0168338-7)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN CARLOS CARNEIRO MACHADO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JEAN CARLOS CARNEIRO MACHADO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n. 0015312-75.2014.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso (fls. 45/49).

A impetrante alega ausência de fundamentação idônea na negativa de aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e ocorrência de *bis in idem*. Afirma que o paciente é primário e de bons antecedentes, não havendo provas de que integre organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas. Ademais, aduz que o regime prisional e a não conversão da pena por restritiva de direitos foram fundamentados em dispositivos declarados inconstitucionais.

Requer, assim, a aplicação da referida causa de diminuição de pena, com a consequente fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

Liminar indeferida às fls. 53/55.

Informações prestadas às fls. 71/82.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 86/92, *"pelo não conhecimento do writ, e, caso mantido o entendimento diverso, pela denegação da ordem de habeas corpus"*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.080 - SP (2015/0168338-7)

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.

Depreende-se dos autos que o paciente foi surpreendido na posse de 150 (cento e cinquenta) pinos com cocaína, R\$ 100,00 (cem reais) em dinheiro, um celular e anotações com a divisão do lucro relativo à venda ilícita. O paciente indicou o local onde foram encontrados 3.150 (três mil, cento e cinquenta) pinos de cocaína (fl. 47).

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

[...] Passo à dosagem da pena. As circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis. Com efeito, o réu ostenta pregressa condenação por tráfico de drogas (fls. 64) e ao ser beneficiado com medidas despenalizadoras, usou a liberdade que lhe foi concedida para voltar ao narcotráfico. Ao ser novamente preso, tinha consigo 150 pinos de crack e guardava mais 3000 no barraco. Estabeleço a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa Por conta da atenuante da menoridade penal relativa, diminuo sua pena para 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa. Não faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. Isto porque, denotou se tratar de indivíduo envolvido com a organização criminosa que gerenciava o tráfico no local, tanto que era o responsável por 3150 pinos de crack e também da contabilidade do movimento de venda. Inexistindo outras circunstâncias capazes de modificarem a dosimetria da pena inicialmente estabelecida, torno-a definitiva Isto posto, CONDENO o réu JEAN CARLOS CARNEIRO MACHADO, RG/SP 49.053.167, ao cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo, dando-o como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Tratando-se de crime hediondo, deverá o sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, observando-se o disposto no artigo 2º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.072/90 (com redação dada pela Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464, de 28 de março de 2007). O réu demonstrou que auferia a própria subsistência da criminalidade (narcotráfico). Cometeu o tráfico de drogas na situação de recém egresso do Sistema Prisional. Logicamente que em liberdade voltara a delinquir, em detrimento da Sociedade (fls. 31/32)

Por sua vez, o Tribunal a quo negou provimento à apelação da defesa:

*[...] Destarte, **inarredável a condenação.***

No tocante às penas, em atenção às diretrizes do art. 42 da Lei em comento, as iniciais foram fixadas com o acréscimo de 1/5, 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, sob a irretocável justificativa de que a quantidade de drogas (3.150 pinos com cocaína), à disposição do Apelante, revela a intensidade do comércio ilícito por ele mantido. Afasta-se, contudo, o mau antecedente considerado - sem qualquer ingerência nas penas porque consubstanciado em condenação não definitiva (fls. 64), o que é vedado, nos termos da Súmula nº 444 do STJ.

Na segunda etapa, considerada a atenuante da menoridade, as penas retornaram aos mínimos legais, porque corretamente operado o índice de 1/6, tornando-se definitivas em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, não havendo possibilidade de fixação aquém desse patamar.

[...]

Por último, inviável a aplicação da causa especial de diminuição pretendida. Como já assentou o Superior Tribunal de Justiça, a razão de ser da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal (REsp 1341280/MG, Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe 29/09/2014).

A propósito, confira-se o seguinte trecho do voto do Ministro ADILSON VIEIRA MACABU sobre o tema: "a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (STJ. HC 202.617/AC, DJe 20/6/2011).

Por isso, para a aplicação da benesse em comento são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do agente, que não integre organização criminoso e que não se dedique a atividades delituosas.

No caso, além de registrar condenação por crime da mesma espécie, a qual, ainda que não seja definitiva, ao ser somada com as circunstâncias que circundaram o delito - quantidade de drogas e de dinheiro com ele apreendidos -, demonstram claramente que LEANDRO faz do crime seu meio de vida, até porque impossível alguém conseguir a enorme quantidade de droga de forma isolada.

A este teor: "Não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, porquanto a quantidade e a natureza da substância apreendida levaram à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conclusão de que o paciente se dedica a atividades delituosas, ou seja, não se trata de traficante ocasional" (HC 297447/RS, Ministro JORGE MUSSI, DJe 13/11/2014).

Por fim, a gravidade concreta da conduta perpetrada - aferível pela natureza do entorpecente (cocaína), - equiparada a hedionda recomenda a manutenção do regime fechado. Além disso, o montante de pena inviabiliza a substituição da corporal por alternativas.

Diante do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso (fls. 47/49).

Esta Corte possui o entendimento de que há *bis in idem* quando a quantidade e natureza da droga apreendida são utilizadas para elevar a pena-base e também para impedir a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo, o que **não** é o caso dos autos.

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, evidenciada sobretudo pelas *circunstâncias qua circundaram o delito* (quantidade de drogas, dinheiro e caderno de anotações apreendidos com ele), *além de registrar condenação por crime da mesma espécie*, embora sem trânsito em julgado. Trata-se de fundamentação idônea, conforme os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 4,9 KG DE COCAÍNA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006) NO PATAMAR MÁXIMO. IMPROCEDÊNCIA. ACÓRDÃO A QUO QUE FIRMOU QUE O RECORRENTE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ILEGALIDADE NO REGIME INICIAL DE PENA. IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, inexistente ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade ou da natureza da substância apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. No tocante ao pleito de incidência da causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), concluiu o Tribunal a quo que as circunstâncias do crime evidenciavam o envolvimento do acusado com organização criminosa voltada ao tráfico internacional. Inviável, pois, modificar tal conclusão sem o revolvimento de provas (Súmula 7/STJ).

3. Não há ilegalidade no regime inicial estabelecido (fechado), pois a pena-base imposta foi fixada acima do mínimo legal em razão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância judicial negativa, consistente na quantidade e natureza das drogas apreendidas.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 488.261/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 11/3/2015).

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO DE DROGAS. (I) - REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) - **QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.** ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL FIXADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

*2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à minguada do preenchimento dos requisitos legais.***

3. A ausência de particularização dos artigos supostamente violados, inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, em face da deficiência da fundamentação do apelo raro. Súmula 284/STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 2/3/2015)

*PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. **MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO APLICAÇÃO JUSTIFICADA.** CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.*

[...]

*2. **Pacífico o entendimento desta Corte Superior que a quantidade e a natureza da droga justificam a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.***

3. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servindo o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para determinar que o juízo da execução proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 199.932/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/2/2015, DJe 23/2/2015)

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

(...)

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

O regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pela natureza da droga apreendida (cocaína), em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério do entorpecente, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, notadamente por força do princípio da individualização da pena.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO E NATUREZA DA DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão do elevado potencial de disseminação e da natureza da droga - 29 porções de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 281377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe 13/12/2013).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (3 TUBETES DE COCAÍNA - 0,9g E 18 PEDRAS DE CRACK - 1,7g). ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. UTILIZAÇÃO DE MENOR NA EMPREITADA CRIMINOSA. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. LIMINAR CASSADA.

[...]

2. Para a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no referido dispositivo. Hipótese em que, o Tribunal de origem, embora tenha reconhecido a dedicação às práticas criminosas, concedeu a minorante na fração de ½ (metade). Para afastar eventual constrangimento ilegal seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do habeas corpus.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, conquanto a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (diversidade, natureza e quantidade da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos. Hipótese em que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo destaca a utilização de menor para a empreitada criminosa.

4. Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada (HC 274.467/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 4/11/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (oito pedras de crack), bem como as circunstâncias em que perpetrado o delito.

[...]

5. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente - crack -, substância entorpecente cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante.

6. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada (HC 187.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/3/2012, DJe 9/4/2012).

E, por último, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição por medidas restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0168338-7

HC 330.080 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00153127520148260050 153127520148260050 20150000392700 4282014

EM MESA

JULGADO: 03/11/2015

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. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ISABELA VELOSO MONREAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEAN CARLOS CARNEIRO MACHADO

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 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, 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.