



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.207 - SP (2016/0311518-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE FERREIRA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM O PATAMAR. PRECEDENTES. REGIME SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RAZOÁVEL QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. A quantidade e a variedade das drogas constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal.

4. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da diversidade e razoável quantidade das drogas apreendidas, deve ser mantido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

– Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam.

– *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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.207 - SP (2016/0311518-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE FERREIRA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO HENRIQUE FERREIRA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2189197-81.2016.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 15/20).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, a qual não conheceu da ordem, nos termos do acórdão de fls. 10/13, cuja ementa se transcreve:

Habeas Corpus – Processo sentenciado – Pedido de reforma da decisão condenatória – Questionamento sobre dosimetria da pena – Inadequação da via eleita – Habeas Corpus que não constitui remédio próprio à pretensão – Sentença cuja revisão deve ser postulada por via própria – Ordem não conhecida.

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na não aplicação do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima, ao fundamento de que o paciente é primário, não possui maus antecedentes e, não há qualquer menção na sentença condenatória de que ele se dedique a atividades criminosas, ou integre organização criminosa, fazendo jus, portanto, a redução da pena nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, sendo justa e correta a redução legal máxima, ou seja, no patamar de dois terços (2/3), pois, conforme melhor exegese do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e entendimento consolidado no Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, a circunstância da quantidade de entorpecente apreendido deve ser considerada na primeira fase da dosimetria da pena (nos termos do art. 59 do Código Penal) (fl. 3).

Insurge-se, ainda, contra a manutenção do regime inicial fechado, pois fixado em razão da apontada hediondez do delito, fundamento declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, bem como contra o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois presentes os requisitos para a concessão da benesse, previstos no art. 44 do CP.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja aplicado o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixado o regime inicial mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 21/23.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 82/88, pela concessão da ordem para que o Tribunal local enfrente o mérito da impetração :

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INDEFERIMENTO LIMINAR DE WRIT SUBSTITUTIVO DE APELAÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA OU MANIFESTA ILEGALIDADE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO REMÉDIO HEROICO E PELA CONCESSÃO DE ORDEM, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR AO TRIBUNAL LOCAL QUE EXAMINE A OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Após a impetração, sobreveio o julgamento do recurso de apelação, oportunidade em que os temas ora debatidos foram enfrentados, sendo que a Corte local deu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcial provimento ao apelo da defesa para alterar o regime prisional para inicial semiaberto, conforme é possível extrair do inteiro teor do acórdão, disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.207 - SP (2016/0311518-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à sua defesa, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca o paciente a aplicação, em seu patamar máximo, da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto entende que não há motivação para aplicar alguém do patamar máximo, bem como a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em primeiro lugar, não obstante o presente *writ* tenha sido impetrado contra acórdão que não conheceu o *habeas corpus* no Tribunal de origem, verifico a partir das informações prestadas e em consulta ao *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que o recurso de apelação interposto pelo paciente foi julgado em 27/1/2017, tendo o Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

local se manifestado sobre as matérias aqui em debate. Assim, não há se falar em supressão de instância por esta Corte Superior. Cabe, ainda, ressaltar que, no julgamento da apelação, foi dado parcial provimento ao recurso, apenas para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena.

Feitas essas considerações iniciais, passo a análise do presente writ.

Em relação à redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, ao fixar e manter a fração no patamar de 1/2, consignaram que:

Considerando a incidência da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei de Tóxicos, assim como a quantidade de entorpecente apreendido, diminuo as penas aplicadas em Vi (metade), estabelecendo-as em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, mantida a unidade no mínimo, penas estas que torno definitivas ante a ausência de modificadoras a considerar. (Senteça fl. 16)

(...)

Na derradeira fase, apropriada a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, na fração de 1/2 (metade), quantum justificado pela expressão e qualidade da droga constrita (54 porções de cocaína e 25 porções de crack); afinal, trata-se de réu primário, sem antecedentes desabonadores, bem como ausente demonstração de que se dedique a atividades criminosas, tampouco integra organização dessa natureza. Assim, a pena tornou-se definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no piso legal. (Acórdão)

Observa-se, pela leitura dos excertos supra, que as instâncias ordinárias fixaram o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/2 tendo em vista elevada quantidade e natureza da droga apreendida – 54 tubetes de cocaína e 25 tubetes de crack.

Sobre a possibilidade de a quantidade e natureza da droga embasar o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA NA PRIMEIRA OU NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

II - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou, ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n.

1.475.447/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015).

III - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes do eg. STF e do STJ.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1445752/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 06/11/2015).

Assim, não verifico constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena em 1/2, em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha desse percentual, ao sopesar a quantidade e natureza da droga apreendida.

Quanto ao regime, como é cediço, 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 até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Assim, considerando a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas também a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, tendo em vista a natureza e quantidade razoável da droga apreendida - 54 tubetes de cocaína e 25 tubetes de *crack* -, deve ser mantido, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena do ora paciente.

Por fim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, como a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, não recomendam a substituição.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015). 3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus. 4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto. 6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal. 7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014). 8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0311518-3

HC 380.207 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00047928420168260309 20160000813682 21891978120168260000 47928420168260309

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO HENRIQUE FERREIRA SILVA (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.