



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 523.635 - SP (2019/0219281-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO FONTES DA SILVA - MG145118
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALERSON MARCEL PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). *QUANTUM* DE REDUÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. PACIENTE QUE REGISTRA CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 é expresso ao afirmar: "*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*".

No caso, a fundamentação apresentada no acórdão impugnado está de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como com a jurisprudência desta Corte, a qual possui o entendimento de que a quantidade e a natureza das drogas podem justificar a aplicação do § 4º em fração inferior a 2/3. Na hipótese, foram apreendidos 5,59 g de cocaína, 18,66g de maconha e 60,81g de *crack*.

Ademais, o referido acórdão foi benéfico ao paciente, visto que este possui 2 condenações (não transitadas em julgado) decorrentes da prática do mesmo crime, o que, por si só, ensejaria o afastamento da causa especial de diminuição. Precedentes.

3. *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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 17 de setembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 523.635 - SP (2019/0219281-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO FONTES DA SILVA - MG145118
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALERSON MARCEL PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ALERSON MARCEL PEREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000184-28.2017.8.26.0626.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal deu provimento ao recurso para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da referida Lei, reduzindo a pena para 4 anos e 2 meses de reclusão, mantido o regime semiaberto.

No presente *mandamus*, a defesa sustenta, em síntese, que não foi apresentada fundamentação idônea para a aplicação da minorante do § 4º em seu patamar mínimo (1/6).

Requer, assim, a redução da pena, com consequente abrandamento do regime e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 93/99).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 523.635 - SP (2019/0219281-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, o impetrante busca a aplicação máxima do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, com consequente fixação do regime aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

No caso, o paciente foi surpreendido por policiais na posse de "03 (três) invólucros plásticos, do tipo eppendorf's, contendo a substância cocaína, com peso líquido de 5,590g (cinco gramas e quinhentos e noventa miligramas), 09 (nove) invólucros plásticos contendo a substância *Cannabis sativa L.*, popularmente conhecida como maconha, com peso de 18,660g (dezoito gramas e seiscentos e sessenta miligramas) e 149 (cento e quarenta e nove) pedras de crack, com peso de 60,810g (sessenta gramas e oitocentos e dez miligramas)" (fl. 16), razão pela qual foi condenado por tráfico de drogas.

Ao julgar a apelação da defesa, o Tribunal aplicou a redutora em questão à fração de 1/6, tendo em vista a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, conforme se verifica do seguinte trecho:

[...]

O MMº Juiz, na primeira fase da dosimetria, atento ao disposto no artigo 59 do CP, fixou a pena-base no mínimo legal (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo), porque nenhuma circunstância judicial é desfavorável ao réu.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, a pena restou inalterada.

Já na terceira etapa, o MMº Juiz sentenciante não aplicou a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 “em razão da reiteração delitiva do acusado, uma vez que conta com duas condenações anteriores pelo mesmo delito (fls. 164/165), ainda que não transitadas em julgado, a evidenciar dedicação à atividade criminosa”. Entretanto, condenações não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitivas e processos e inquéritos em andamento, extintos ou suspensos, não podem ser considerados como maus antecedentes ou como evidência de má personalidade, tampouco podem ser usadas como indícios de dedicação à atividade criminosa, pois contraria o princípio da presunção de inocência consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Assim, a despeito da quantidade e variedade das drogas apreendidas (03 eppendorfs de cocaína, pesando 5,59g, 09 invólucros de maconha, com peso de 18,66g, e 149 pedras de “crack”, pesando 60,81g), evidenciando que o réu se dedicava sim à atividade criminosa, afastada a justificativa dada pelo MMº Juiz sentenciante para não aplicar a causa de diminuição, reduziu a pena no patamar de 1/6, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tornando-a definitiva em 04 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa, no mínimo legal.

A propósito: “O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos” (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje. de 05-06-12, grifei).

Com relação ao regime inicial, foi fixado o semiaberto, no que o réu foi beneficiado, pois a fixação de regime diverso do fechado não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, não apenas em razão da natureza do crime, que gera graves prejuízos sociais, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo, mas, notadamente, por não se tratar o réu de ínfimo e eventual traficante, ficando demonstrada, portanto, a necessidade da fixação do regime fechado. Todavia, a sentença, neste ponto, não pode ser objeto de modificação pela impossibilidade da “reformatio in pejus”. (fls. 47/48)

A fundamentação apresentada no acórdão impugnado está de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como com a jurisprudência desta Corte, a qual possui o entendimento de que a quantidade e a natureza das drogas podem justificar a aplicação do § 4º em fração inferior a 2/3. Na hipótese, foram apreendidos 5,59 g de cocaína, 18,66g de maconha e 60,81g de crack.

Ademais, ressalto, ainda, que o referido acórdão foi benéfico ao paciente, visto que, conforme destacado pelo Juiz sentenciante, ele possui 2 condenações (não transitadas em julgado) decorrentes da prática do mesmo crime, o que, por si só, ensejaria o afastamento da causa especial de diminuição.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITO PREJUDICADO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES NOS AUTOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 é expresso ao afirmar: **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.**

Na hipótese, a Corte estadual destacou a quantidade de droga apreendida (um tablete de maconha com peso de 188,42g com o paciente Renan Augusto e dois tablets de maconha pesando 108,31g com o paciente Jhonson), para justificar a aplicação da fração da minorante no mínimo, entendimento que está em consonância com esta Corte Superior.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido (HC 478.730/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 14/2/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ERESP 1.431.091/SP. **DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS A AFASTAR O BENEFÍCIO.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

V - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, firmou a orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido (HC 497.337/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/5/2019).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PATAMAR MANTIDO. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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 incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - In casu, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade de drogas apreendidas (46, 2 gramas de cocaína), bem como pelo fato de que o paciente já fora responsabilizado por atos infracionais, inclusive análogos ao tráfico de drogas, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever essa constatação, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes.

IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. V - No presente julgado, constata-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais e além disso, o paciente é primário, bem como a pena não excede o patamar de oito anos. Outrossim, não foi apresentado nenhum fundamento concreto para o agravamento do regime, a não ser a gravidade abstrata do delito, razão pela qual, conclui-se que o paciente faz jus ao regime semiaberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

VI - Considerando a fixação da reprimenda em patamar superior à 4 (quatro) anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art.44, inciso I, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena da paciente, mantidos os demais termos da condenação (HC 474.728/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 19/11/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/4/2016)

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0219281-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 523.635 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001842820178260626 1842820178260626

EM MESA

JULGADO: 17/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO EDUARDO FONTES DA SILVA - MG145118
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALERSON MARCEL PEREIRA (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.