



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.261 - SP (2016/0066130-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANA TEXEIRA ZEQUINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIO LUIS FERNANDES SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. 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 atividade criminosa, tendo o Tribunal ressaltado que *o réu vinha fazendo do crime seu meio de vida, dedicando-se ao tráfico ilícito de modo permanente*. Sendo assim, para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

3. A quantidade, a natureza e a variedade da droga justificam a imposição do regime prisional mais gravoso, pois, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério da droga, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena. Precedentes.

4. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

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

Brasília (DF), 16 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.261 - SP (2016/0066130-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANA TEXEIRA ZEQUINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIO LUIS FERNANDES SANTOS

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 FÁBIO LUÍS FERNANDES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0006162-22.2014.8.26.0066).

Depreende-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interpostos recursos por ambas as partes, o Tribunal a *quo* negou-lhes provimento, em julgamento assim ementado:

Apelação Criminal Tráfico Ilícito de Entorpecentes - Materialidade delitiva e autoria demonstradas – Prova -Depoimento de policiais militares - Validade - Inexistência de motivos para incriminarem o réu injustamente - Pela quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas e a forma como estavam acondicionadas, tudo demonstra que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros.

PENAS - Pena-base no mínimo legal - Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33. § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Faculdade conferida ao Magistrado - Benefício aplicável apenas aos traficantes pequenos e eventuais - Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n 8 072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07 - Recurso desprovido (fl. 50).

A Defensoria Pública alega não haver fundamentação idônea para a Corte estadual ter afastado a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, tampouco impor o regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Requer, assim, a revisão da dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, de ofício:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. RACIONALIZAÇÃO DO 'MANDAMUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. QUANTUM DA PENA APLICADA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA APLICADA SUPERIOR A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. PRECEDENTES.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus, e, sua concessão parcial, de ofício (fl. 109).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.261 - SP (2016/0066130-0)

VOTO

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

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Consta dos autos que o paciente foi flagrado portando 13 microtubos plásticos, tipo *eppendorf*, com aproximadamente 10 g de cocaína, além de quantia em notas diversas, razão pela qual foi condenado por tráfico de drogas, nestes termos:

Passo à dosimetria da pena. Nos termos do artigo 59, do Código Penal, verifica-se que o réu é primário, fixo a pena base no mínimo legal em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixada a diária no mínimo legal, pena se torna definitiva ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição. Não há se aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, uma vez que o réu já foi condenado por crime semelhante por este juízo, ocasião em que já foi concedido o redutor (fls. 10 - apenso), verificando-se dedicação do réu à atividade criminosa cuja reiteração ora se reconhece. O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, em razão da necessidade de enfrentamento da mercancia proscrita em Barretos, até porque o réu, anteriormente agraciado com recurso em liberdade por fatos anteriores aos ora analisados, tornou a delinquir, insistindo na prática da traficância proscrita. Portanto, insuficiente a aplicação de regime mais brando, à proteção do bem juridicamente protegido. Pelos mesmos motivos não há se falar em substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, tampouco há se falar em sursis. Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na denúncia e o faço para CONDENAR o réu FÁBIO LUÍS FERNANDES DOS SANTOS, R.G. nº 46.810.348, filho de João Batista Fernandes dos Santos e Márcia Helena Dos Santos, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, no regime inicial fechado, nos termos da fundamentação (fls. 41/42, sem destaque no original).

O Tribunal de origem manteve o decreto condenatório, consignando:

[...]

Assim sendo, provadas a autoria e a materialidade, a condenação quanto ao tráfico era mesmo de rigor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As penas não foram corretamente fixadas, uma vez que o réu ostenta maus antecedentes (fls. 10 do segundo apenso), e por isso, na fixação da pena-base, deveriam ter sido majoradas. Porém, como o Ministério Público concordou, nada mas pode ser feito.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, em conformidade com os elementos norteadores do art. 59, do Código Penal.

A reprimenda tornou-se definitiva no patamar acima ante a ausência de outras circunstâncias que pudessem alterá-la.

O réu não fez jus ao benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, uma vez que é portador de maus antecedentes, a evidenciar sua personalidade deturpada e voltada para a prática de delitos.

Outrossim, com fulcro no art. 42 da Lei de Drogas, a quantidade de substância entorpecente apreendida, consistente em 12 eppendorfs de cocaína (9,9g), além de 1 tubo plástico, também de cocaína (0,7g), não autorizam a concessão da benesse pleiteada.

Ademais, verifica-se pelo conjunto probatório acostado aos autos, que o réu vinha fazendo do crime seu meio de vida, dedicando-se ao tráfico ilícito de modo permanente, eis que sequer comprovou ocupação lícita, estava em local conhecido como ponto de tráfico, em plena luz do dia e recebendo usuários.

[...]

No mais, para fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, não se pode deixar de lado que o regime prisional tem como objetivo reeducar o indivíduo insubordinado à lei e proteger a sociedade, que não pode ficar à mercê do infrator.

O art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal dispõe que o condenado poderá, desde o princípio, cumprir a pena em regime inicial semiaberto, quando a pena for superior a 4 e não exceder 8 anos.

Porém, tal dispositivo deve contar também com a observância do seu § 3º, que dispõe: "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código", o que justifica a fixação do regime inicial fechado no presente caso.

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é de natureza muito grave e causa repulsa da sociedade. É equiparado a hediondo. Portanto, deve ser reprimido com severidade. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Esta Colenda Câmara já assentou o entendimento que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes merece maior reprovabilidade em razão de sua gravidade e pelas conseqüências nefastas que sua prática tem na sociedade.

Desta forma, tendo em vista a gravidade do delito praticado pelo recorrente, além da quantidade apreendida de entorpecentes, justificada a fixação do regime inicial fechado.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto não atendido o requisito I, do art. 44, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal (fls. 54/57, sem destaque no original).

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, tendo o Tribunal ressaltado que *o réu vinha fazendo do crime seu meio de vida, dedicando-se ao tráfico ilícito de modo permanente*. Dessa forma, para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. Mantido o quantum da sanção imposta (5 anos de reclusão), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal), assim como a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Em relação ao regime prisional mais gravoso e à vedação ao pleito de substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, é firme a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza e a variedade da droga justificam a imposição, pois, quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério da droga, maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, sobretudo por força do princípio da individualização da pena.

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INDÍCIOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 44, I, CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

[...]

3. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

4. Incabível o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o quantum de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal

5. Habeas corpus não conhecido (HC 351.854/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 28/06/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas em poder do paciente justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. *Habeas corpus não conhecido* (HC 357.057/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

Ademais, a fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal - CP.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0066130-0

HC 351.261 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00061622220148260066 20150000902649 20522014 61622220148260066

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

Relator

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

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
ADVOGADO	: MARIANA TEXEIRA ZEQUINI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FABIO LUIS FERNANDES 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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.