



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.254 - SP (2015/0276808-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ÍCARO FARIAS DE PAULA

EMENTA

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. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. 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. O Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, optou em sopesar a variedade e a quantidade de droga apreendida com o paciente (50 porções de maconha e 50 porções de *crack*), 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.

3. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 anos e 5 meses de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (3,104 kg de *crack*), que foram inclusive sopesadas na terceira fase da dosimetria da pena (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 (5 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.254 - SP (2015/0276808-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ÍCARO FARIAS DE PAULA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ÍCARO FARIAS DE PAULA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.⁹

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 500 (quinhentos) dias multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 26-30).

A defesa interpôs apelação, contudo o recurso foi improvido (e-STJ, fls. 31-35).

Inconformada, a impetrante manejou o *writ* em análise, no qual alega não haver fundamentação idônea para afastar a minorante de tráfico privilegiado, visto que foi apreendida pequena quantidade de droga (3,3g de *crack* e 100g de maconha).

Sustenta, ainda, que, aplicado o redutor em seu grau máximo, o paciente faz jus à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, pois preenche os requisitos legais. Por fim, aduz que, atendidos os pleitos de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é cabível o regime aberto, destacando que a gravidade abstrata não pode constituir motivação adequada para a imposição do regime fechado (e-STJ, fls. 1-22).

Requer a concessão da ordem para que seja aplicada a causa de diminuição de tráfico privilegiado, no seu grau máximo, reduzindo assim a pena; fixando o regime aberto e substituindo a penal corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 38).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 47-56), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem a fim de que seja fixado o regime semiaberto (e-STJ, fls. 60-63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.254 - SP (2015/0276808-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ÍCARO FARIAS DE PAULA

EMENTA

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. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. 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. O Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, optou em sopesar a variedade e a quantidade de droga apreendida com o paciente (50 porções de maconha e 50 porções de *crack*), 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.

3. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 anos e 5 meses de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida (3,104 kg de *crack*), que foram inclusive sopesadas na terceira fase da dosimetria da pena (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 (5 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 no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

A incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada pelo magistrado sentenciante, sob a seguinte motivação:

"Os policiais militares Fernando Antunes dos Santos e Marcos Benedito Leal apresentaram relatos precisos, coerentes e harmônicos nas duas fases da persecução penal. Relataram que realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido como ponto de venda de drogas, quando avistaram o acusado ícaro com uma sacola debaixo do braço. Ao realizarem a abordagem, **Ícaro deixou a sacola cair. Submetido à revista pessoal, foi encontrada em poder dele certa quantia em dinheiro. No interior da sacola por ele dispensada havia 50 porções de maconha e outras 50 porções de crack.** No trajeto para a delegacia depararam-se com o acusado Jonathan, que dispensou uma sacola no momento em que notou a presença da viatura policial. Em poder de Jonathan havia a quantia em dinheiro de R\$100,00. No interior da sacola por ele dispensada havia entorpecentes, mais precisamente maconha. Ícaro confirmou que estava traficando, enquanto Jonathan negou, dizendo que apenas estava passando pelo local. Não visualizaram nenhuma troca, porém viram o momento em que Jonathan dispensou a sacola. Não chegaram a presenciar nenhum deles fazendo a venda de entorpecentes. Foram duas ocorrências distintas.

O quadro acima foi apto a demonstrar o envolvimento dos dois acusados na prática do tráfico de drogas, conforme relatado pelas testemunhas e confessado pelo acusado ícaro.

(...)

Na primeira fase, não há circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo, 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 fase, não há agravantes ou atenuantes a serem sopesadas. Embora menor de 21 anos à época dos fatos e tenha confessado, impossível redução da pena, nesta fase, aquém do mínimo.

Na terceira fase, inaplicável o disposto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343, tendo em vista a quantidade e a variedade de drogas apreendidas; torno as penas definitivas em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa." (e-STJ, fls. 27-29, grifou-se.)

Instada a se manifestar quanto à minorante de tráfico privilegiado, a Corte local consignou que:

"Realmente, tanto a materialidade (mais de 180 gramas de drogas distribuídas entre maconha e crack - fls. 12/13, 17 e 78) quanto a autoria restaram devidamente comprovadas, tendo esta sido amparada nos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão dos réus (mídia de fls. 110), os quais, aliás, atuando no cumprimento do dever legal, não tinham o interesse de prejudicar os acusados, mas unicamente de retratar as circunstâncias do flagrante (avistaram primeiro o réu ícaro dispensando um pacote com as drogas e no caminho para a delegacia avistaram o réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jhonatan praticando conduta análoga, o qual tinha ainda certa quantia em dinheiro em sua posse).

(...)

Inegável, assim que o acervo probatório supra referenciado e mais uma vez revolidado confere a certeza da prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, tornando impossível o decreto absolutório formulado em favor do réu Jhonatan.

Dosimetria procedida com acerto, nenhum ajuste está a reclamar, sequer para exclusão do aumento decorrente da reincidência quanto ao apelante Jhonatan, pois bem comprovada tal agravante (última certidão do apenso próprio), o que, aliás, inviabiliza a incidência da redutora especial - **benesse igualmente não aplicável ao réu ícaro, em virtude da quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos, encerrando, pois, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao benefício.**" (e-STJ, fls. 33-34, grifou-se.)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

Segundo entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida (*in casu*, 50 porções de maconha e 50 porções de *crack*), assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na modulação 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).

Assim, a pretensão de aplicar a referida minorante não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. A aplicação do redutor é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser revista quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. MATÉRIA FÁTICA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

(...)

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "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*" (HC 341.284/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016).

(...)

7. Habeas corpus não conhecido."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 347.527/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 08/03/2016.)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se que o Juiz de primeiro grau fixou o regime fechado apenas pela hediondez do delito (e-STJ, fl. 29), sendo que a Corte de origem manteve o regime mais gravoso, pelos seguintes fundamentos:

"Por fim, vale destacar que o crime de tráfico ilícito de drogas exige a aplicação de regime prisional mais severo, pois, além de ser equiparado a hediondo pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, é imprescindível uma resposta penal rigorosa do Poder Judiciário em razão da grave lesão que causa à saúde pública, bem como, pela intranquilidade e insegurança que traz para a sociedade atual - daí porque impossível a atenuação pleiteada nesse particular." (e-STJ, fls. 34-35.)

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, ao 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.

Como se observa, o Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado com fundamento em meras considerações genéricas em relação à gravidade do crime de tráfico de drogas.

A reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a gravidade abstrata do delito não serve de fundamento válido para fixar regime mais gravoso, 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 n. 11.464/2007.

Entretanto, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 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 (50 porções de maconha e 50 porções de *crack*), devidamente valorada para afastar a minorante da Lei de Drogas.

A propósito:

"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: 2015/0276808-2

HC 340.254 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00155397020138260577 155397020138260577

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ÍCARO FARIAS DE PAULA
CORRÉU	: JONATHAN RAFAEL DE SOUZA FREITAS

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.