



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.520 - SP (2014/0031267-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : APARECIDA MARIA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDERLEI DE PAULA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. Segundo entendimento desta Corte, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser utilizadas na definição desse índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, as instâncias antecedentes, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, estabeleceram o patamar de redução em 1/3, com fundamento na variedade e na expressiva quantidade da droga apreendida (11 pinos de cocaína e 16 invólucros de *crack*), o que não se mostra desproporcional.

4. É manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Fixada a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida, valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.520 - SP (2014/0031267-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : APARECIDA MARIA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDERLEI DE PAULA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **VANDERLEI DE PAULA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 309 da Lei n. 9.503/1997, às penas, respectivamente, de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, com *sursis* pelo prazo de dois anos.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e manteve a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

Nesta Corte, o impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, sob o argumento de que o paciente tem direito à incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e ao regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva, uma vez que preenchidos os requisitos legais.

Requer, assim, a concessão da ordem.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 37).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 52-68), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 73-75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.520 - SP (2014/0031267-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : APARECIDA MARIA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDERLEI DE PAULA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. Segundo entendimento desta Corte, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser utilizadas na definição desse índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, as instâncias antecedentes, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, estabeleceram o patamar de redução em 1/3, com fundamento na variedade e na expressiva quantidade da droga apreendida (11 pinos de cocaína e 16 invólucros de *crack*), o que não se mostra desproporcional.

4. É manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

5. Fixada a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida, valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo da defesa, manteve afastada a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo, sob a seguinte motivação:

"Já na terceira fase, por ser o réu primário, de bons antecedentes e não haver comprovação de que se dedique a atividades criminosas, foi aplicada a causa especial de diminuição prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar de 1/2, definindo a pena em 02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa.

Ressalto, aliás, que essa redução foi benéfica ao réu porque, considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (cocaína em pó e na forma de "crack" essa última causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis, que podem levar o usuário a óbito em reduzido tempo de uso), mais adequada seria, para fins de prevenção e repressão, a redução da pena em 1/3, o que, contudo, não pode ser objeto de modificação pela impossibilidade da "reformatio in pejus."

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, 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).

Na hipótese, verifica-se que o Tribunal de origem optou em sopesar a variedade e a quantidade de droga apreendida com o paciente (11 pinos de cocaína e 16 invólucros de *crack*), **exclusivamente**, na terceira etapa do cálculo da pena.

Com efeito, devidamente motivada a escolha do patamar de redução, uma vez que consideradas circunstâncias elencadas legalmente como preponderantes (art. 42 da Lei de Drogas), a alteração desse *quantum* 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.

A respeito, os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...] 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/3 (um terço), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará, o que revela a inexistência de ilegalidade na sua ponderação somente na análise da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006."

(HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015.)

"[...] 1. 'A dosimetria da pena obedece a certa discricionariedade, porque o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação' (AgRg no AREsp 499.333/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 07/08/2014). Não demonstrado o abuso no exercício dessa discricionariedade, não há como prover recurso se nele a parte objetiva a 'mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei' (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/09/2013; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015) - ou se a análise do pedido de redimensionamento da pena necessariamente implicar no revolvimento do conjunto fático-probatório. Como é cediço, "os Tribunais Superiores resolvem questões de direito e não questões de fato e prova" (STF, RHC 113.314/SP, Rel. Ministra Rosa Weber; Súmula 7/STJ; Súmula 279/STF)." (AgRg no AREsp 626.560/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Desembargador convocado do TJ/SC, QUINTA TURMA, DJe 15/6/2015.)

Quanto ao regime prisional, a Corte de origem assim consignou:

"Já o regime de pena não poderia ser outro, que não o fechado, não somente em razão da natureza do crime, equiparado aos hediondos, mas, notadamente, em razão da quantidade e diversidade de drogas apreendidas, que evidencia não se tratar de pequeno traficante." (e-STJ, fl. 27.)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

In casu, é **flagrante a ilegalidade imposta ao paciente a justificar a concessão da ordem de ofício**, pois o regime fechado foi estabelecido com apoio em mera fundamentação *ope legis*, decorrente de norma já declarada inconstitucional, o que não é admissível segundo reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (Nesse sentido: AgRg no REsp 1.434.726/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015; AgRg no REsp 1.523.103/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

Entretanto, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito, confira-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade da droga apreendida, qual seja, 43 tijolos de maconha, pesando 129g. Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus.

- 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.

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0031267-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288520 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 07740210920098260577 7740210920098260577 96

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : APARECIDA MARIA PEREIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : VANDERLEI DE PAULA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.