



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.973 - SP (2016/0207675-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GILMAR JOSE SALES DIAS
ADVOGADO : GILMAR JOSÉ SALES DIAS - MS011156
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO MOREIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CRITÉRIO LEGAL. 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 aplicação da causa especial de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas, tampouco integre organização criminosa.

In casu, assentou-se a inaplicabilidade do dispositivo, ante o entendimento de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida – 11 porções de cocaína, perfazendo mais de 1kg.

3. O art. 42 da Lei n.º 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*".

4. 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.

5. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.973 - SP (2016/0207675-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : GILMAR JOSE SALES DIAS
ADVOGADO : GILMAR JOSÉ SALES DIAS - MS011156
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO MOREIRA DOS SANTOS (PRESO)

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 RENATO MOREIRA DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0025015-92.2014.8.26.0482).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 6 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, como incurso no art. 33, *caput*, c.c art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico interestadual de drogas).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, em julgamento acostado às fls. 20/25.

No presente *writ*, o impetrante alega que as instâncias ordinárias impuseram constrangimento ilegal ao réu, ao afastarem a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não obstante ele preencher os requisitos legais para tanto.

Aduz, ainda, não haver fundamentação idônea quanto à imposição do regime inicial fechado, tampouco para vedar a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Nestes termos requer a concessão da ordem, para revisar a dosimetria da pena.

Indeferida a medida de urgência e prestadas as informações solicitadas, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do pedido e, subsidiariamente, pela denegação da ordem:

Processo penal. Habeas corpus. Crime de tráfico de drogas. Pleitos de aplicação do redutor do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, de fixação do regime inicial mais brando e de substituição da pena privativa por restritiva de direito.

1. HC não é sucedâneo de recurso. 2. Não se aplica a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antidrogas, se comprovado que o paciente dedicava sua vida ao tráfico de entorpecentes. 3. A quantidade e a natureza do entorpecente apreendido - 1.166Kg de cocaína - autorizam o estabelecimento do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §3º, do CP c/c art. 42 da Lei 11.343/2006. 4. Impossível a substituição da pena privativa por restritiva de direito, se a pena definitiva foi fixada acima de 4 anos de reclusão, nos termos do art. 44, I, do CP. 5. Pelo não conhecimento: caso conhecido, pela denegação da ordem (fl. 97).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.973 - SP (2016/0207675-3)

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.

Conforme relatado, busca-se na impetração a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação de regime inicial menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Quanto a essas questões, asseverou o Magistrado processante:

[...]

A ação penal é procedente.

Segundo a denúncia e devidamente comprovado, no dia 20 de novembro de 2014, nesta cidade e comarca, houve bloqueio na Base da Polícia Militar situada na Rodovia Raposo Tavares em relação a ônibus da empresa “Gontijo”, cujo itinerário era entre as cidades Campo Grande/MS e Belo Horizonte/MG. Após revista, em razão do estado comportamental do acusado, no interior de sua blusa foram apreendidas 11 (onze) porções de “cocaína”, perfazendo o total de 1,166 quilogramas.

[...]

Passo a dosar a pena.

Quando dos fatos era o acusado portador de bons antecedentes criminais (fls. 72/73)

Desta forma, fixo a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. No mais, se mostra insensível em termos de redução da pena a confissão porque já estabelecida no mínimo legal.

Não haverá a redução presente na nova Lei nº 11.343/06, em seu art. 33, par. 4º., em face das circunstâncias judiciais não lhe serem favoráveis, porque transportava grande quantidade de substância entorpecente, não demonstrando, assim, ser traficante esporádico de pequenas quantidades. Ao revés, transportava grande quantidade, demonstrando periculosidade.

Incide na espécie o art. 40, V da Lei nº 11.343/06, uma vez que a droga estava sendo transportada pelo réu entre os Estados de Mato Grosso do Sul e Minas Gerais. Com aumento de 1/6, ficará, ao final, em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no mínimo legal.

Pela gravidade do delito, tráfico ilícito de entorpecente de grande quantidade, o regime inicial de cumprimento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente poder ser o fechado e, ainda, considerando o tempo da condenação não pode incidir o regime inicial semiaberto ou conversão para pena restritiva de direitos. Igualmente, pela pena aplicada não pode haver progressão para regime mais brando, como semiaberto, já que não se tem conhecimento de seu comportamento dentro do presídio onde se encontra detido.

Diante do exposto, julgo procedente a ação penal, para condenar RENATO MOREIRA DOS SANTOS, RG nº 71.419.848-SP ou 1.755.914-MS, ao cumprimento de 06 (seis) anos de reclusão no regime inicial fechado e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, "caput" c.c art. 40, V d a Lei n. 11.343/06 (fls. 13/17, sem destaque no original).

Instado a se pronunciar a respeito, o Tribunal a quo negou provimento ao recurso com estes fundamentos:

Verifico que a pena-base aplicada ao réu foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, no limiar.

De outra parte, não há se falar na concessão do benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06. Nos termos do referido dispositivo legal, o julgador poderá reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Cuida-se, pois, de faculdade que o julgador usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado. E, **na hipótese vertente, tendo em vista as circunstâncias que envolveram a prisão do réu, a quantidade e a natureza devastadora da droga com ele encontrada, fica claro que RENATO possui sério envolvimento com a máquina criminosa que movimenta o comércio ilícito de entorpecentes. Portanto, malgrado primário, o recorrente não faz jus ao privilégio.**

[...]

O regime prisional para o início do desconto da pena corporal não poderia ser outro senão o fechado, levando-se em conta a as circunstâncias do crime cometido - praticado entre Estados da federação - além da má conduta social do réu, que ajudava a movimentar a máquina criminosa ligada ao tráfico ilegal de drogas, circunstância reveladora de periculosidade e ousadia (fls. 23/24, grifei).

A aplicação da causa especial de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedica a atividades delituosas, tampouco integra organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, assentou-se a inaplicabilidade do dispositivo, ante o entendimento de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida – 11 porções de cocaína, perfazendo mais de 1kg

Nesse contexto, o entendimento das instâncias ordinárias está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, no sentido de que tais circunstâncias justificam uma maior reprovação da conduta, entre outros aspectos pelos efeitos deletérios causados pelos entorpecentes, a exigir uma resposta mais efetiva do Direito Penal, além de indicar a dedicação do envolvido com o comércio nefasto.

Cumprе ressaltar que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expрesso 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 mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS. 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. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.**

[...]

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 359.952/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/08/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO. 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. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, o Juiz sentenciante, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na variedade e natureza das drogas apreendidas - 22 pinos de cocaína (15g) e 26 papelotes de maconha (51,8g) -, o que não se mostra desproporcional.

4. 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 dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais o pagamento de 410 (quatrocentos e dez) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza e variedade da droga apreendida.

6. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 296.067/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2016/0207675-3

HC 365.973 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00250159220148260482 20160000186409 250159220148260482

EM MESA

JULGADO: 15/09/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GILMAR JOSE SALES DIAS
ADVOGADO : GILMAR JOSÉ SALES DIAS - MS011156
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO MOREIRA DOS SANTOS (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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.