



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.811 - SP (2013/0114038-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO JESUS DOS SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DESCABIMENTO.

1. O redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 pode não ser aplicado em seu grau máximo, em razão da natureza e da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, a teor do disposto no art. 42 do mesmo diploma legal, devendo incidir em percentual diverso.

2. *É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, ainda que o quantum da pena, em tese, autorize o semi-aberto, tendo em vista a natureza e a grande quantidade da substância entorpecente apreendida, estas não só impedem a fixação do regime menos gravoso, mas, antes de mais nada, recomendam o regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta. (AgRg no REsp 1386042/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014)*

3. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza e quantidade da droga apreendida (34 embalagens plásticas e 6 tijolos de maconha, pesando um total de 80,9 gms., bem como 37 pinos e 13 saquinhos de cocaína, pensando um total de 20,1 gms), é fundamento suficiente para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Não bastasse, em face do *quantum* de pena aplicada (4 anos, 2 meses de reclusão), o paciente não faz jus à substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Tuma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz votaram com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.811 - SP (2013/0114038-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : TIAGO JESUS DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, em favor de TIAGO JESUS DOS SANTOS, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado em 1º Grau, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, todos da Lei n. 11.343/2006, às penas de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.399 (um mil, trezentos e noventa e nove) dias-multa.

Interposta apelação, foi dado parcial provimento ao recurso para absolvê-lo da imputação relativa ao artigo 35 da Lei n. 11.343/06, bem como reconhecendo sua primariedade e aplicando a redutora do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal, na fração de 1/6, fixando a pena em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

Alega o impetrante constrangimento ilegal ante a falta de fundamentação para a não aplicação em grau máximo do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo em vista que o paciente preenche os requisitos legais. Sustenta que a aplicabilidade do referido benefício legal não pode ser mitigada ou reduzida tão somente em razão da quantidade de droga apreendida em poder do paciente, uma vez que tal circunstância não se encontra entre aquelas taxativamente elencadas no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Afirma que o Tribunal de Justiça, de forma inconstitucional, entendeu que seria aplicável ao caso o regime fechado em razão da quantidade de entorpecentes e da gravidade abstrata do delito em se considerando sua equiparação a crime hediondo. Assevera, ainda, constrangimento ilegal consubstanciado na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que tanto a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena quanto a vedação da conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos são inconstitucionais, porquanto deixam de observar o princípio constitucional da individualização da pena e a proporcionalidade.

Liminarmente, pugna pela concessão da ordem para que o paciente aguarde em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime aberto o julgamento final deste *writ*.

Indeferida a liminar às fl. 46/47 foram prestadas as informações (fls. 57/87).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 90/94, pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem.

Por fim, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo pugna pela extensão dos efeitos da ordem, se concedida, ao corréu Leandro Ferreira da Costa e sua inclusão no polo ativo do feito.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.811 - SP (2013/0114038-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012). Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

No tocante ao pleito de aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, observa-se que esta Corte firmou o entendimento de que as circunstâncias do caso concreto devem ser avaliadas para se chegar a fração ideal de diminuição.

Em assim sendo, não subsiste a alegação do paciente de que a quantidade de droga apreendida em seu poder não poderia influenciar na determinação do percentual de redução da pena. Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME DE CUMPRIMENTO DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

(...)

6. Em razão da natureza e da quantidade das substâncias entorpecentes, a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não pode ser aplicada em seu patamar máximo, a teor do disposto no art. 42 do mesmo diploma legal, devendo incidir em percentual diverso.

7. Considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis, com a fixação da pena-base no mínimo legal, sem a indicação substancial de nenhum fundamento concreto revelador de que a conduta da acusada transcende a gravidade inerente ao tipo incriminador, não há margem para o agravamento da sanção penal com fixação do regime fechado.

8. Em face do quantum de pena aplicada (4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão), a paciente não faz jus à substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/6 (um sexto), reduzindo a reprimenda para 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 483 dias-multa, a ser cumprida no regime semiaberto.

(HC 310.548/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015) (com destaques)

Neste sentido, observa-se que o entendimento firmado pela Corte *a quo* está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior sobre a matéria.

Com relação ao regime prisional e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vejamos como manifestou-se a origem (fls. 38/39):

No mais, esta Câmara Criminal vinha entendendo que os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados — e o é o tráfico de entorpecentes — não admitiam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mas considerando a Resolução nº 5, do Senado Federal, publicada em 15.02.2012, suspendendo a eficácia da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, passou a decidir que, em casos excepcionais, e presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, cabível é o benefício.

Não é a hipótese dos autos, data máxima vênia, levando-se e conta, mais uma vez, a quantidade de entorpecente localizada em poder dos apelantes, 34 embalagens plásticas e 6 tijolos de maconha, pesando um total de 80,9 gms., bem como 37 pinos e 13 saquinhos de cocaína, pensando um total de 20,1 gms. A benesse deve ser reservada para casos em que apreendida pequena quantidade de tóxico.

Para tal motivo também se mantém o regime inicial fechado, ainda levada em conta a gravidade do crime praticado, equiparado aos hediondos, que merece rigorosa punição. A conduta dos recorrentes é gravíssima, não se podendo beneficiar traficantes que tragam consigo grande quantidade e variedade de tóxicos, como no caso.

A teor do trecho acima transcrito, observa-se que a instância ordinária aplicou o regime fechado e inadmitiu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito haja vista a quantidade e a variedade de tóxicos apreendidos com o paciente.

O entendimento desta Corte Superior não é outro. Aliás, nos casos em que a pena não exceder a 8 anos, o regime semiaberto só será estabelecido se restarem favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas a natureza e a mínima quantidade de drogas apreendidas. Confirmam-se precedentes neste sentido:

“No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 8 (oito) anos, poderá ser estabelecido o regime semiaberto para seu cumprimento inicial, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e diminuta a quantidade da droga apreendida (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. (I) - TESE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. (II) - DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 1º DO CP, E 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OFENSA AOS ARTS. 59 DO CP, E 42 DA LEI Nº 11.343/06. (I) - DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. (II) - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 2º, DO CP. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AO ART. 5º, XXXIX, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

3. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

4. A jurisprudência deste STJ é pacífica no sentido de que não há violação ao artigo 59 do Código Penal, nem tampouco ao artigo 42 da Lei de Drogas, quando o aumento da pena-base está devidamente fundamentado na natureza e na grande quantidade da droga apreendida, posto que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

5. **É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que, ainda que o quantum da pena, em tese, autorize o semi-aberto, tendo em vista a natureza e a grande quantidade da substância entorpecente apreendida, estas não só impedem a fixação do regime menos gravoso, mas, antes de mais nada, recomendam o regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta.**

6. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1386042/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014) (com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destaques)

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 10,6 GRAMAS DE COCAÍNA. PENA FIXADA EM 5 (CINCO) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

03. No crime de tráfico de drogas, se o réu for primário e a pena privativa de liberdade não exceder a 8 (oito) anos, poderá ser estabelecido regime semiaberto para o seu cumprimento inicial desde que favoráveis as circunstâncias judiciais e observadas a natureza (potencial de lesividade à saúde) e a quantidade das substâncias apreendidas (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. Habeas corpus não conhecido. Concessão, no entanto, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

(HC 321.935/MS, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015) (com destaques)

Consigne-se, ainda, que descabida a substituição das penas, não só pela fundamentação expendida pela Corte *a quo*, consubstanciada na quantidade e variedade de drogas apreendidas, mas também, no fato de a pena superar os 4 anos de reclusão, afastando, assim, a aplicação do art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, tendo em vista o não conhecimento do *habeas corpus*, deixo de conceder ao corréu a extensão dos efeitos.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0114038-4

HC 268.811 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00940508220118260050 17872011 940508220118260050

EM MESA

JULGADO: 06/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: TIAGO JESUS DOS SANTOS
CORRÉU	: LEANDRO FERREIRA DA COSTA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.