



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.371 - SP (2011/0023502-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : RAFAEL BRAGA VINHAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALEXANDRE DA SILVA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO. LEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. LEGALIDADE. PENAS ALTERNATIVAS. PENA SUPERIOR À 4 ANOS. NÃO APLICAÇÃO. HC 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.
2. Fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas.
3. Ante a pena fixada, a quantidade de droga justifica a fixação do imediatamente mais gravoso regime inicial fechado para o cumprimento de pena.
4. Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nas hipóteses em que a pena fixada foi maior de 4 anos, nos termos dos arts. 44, inc. I, do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma 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, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de junho de 2015 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.371 - SP (2011/0023502-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : RAFAEL BRAGA VINHAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALEXANDRE DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial impetrado pela Defensoria Pública em favor de Fernando Alexandre da Silva, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP, que negou provimento à apelação do paciente.

Sustenta a defesa estar o paciente sofrendo manifesto constrangimento ilegal, porquanto: (a) negada a incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em processos não transitados em julgado; (b) fixado o regime inicial fechado para cumprimento da pena apenas com base na dicção do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90; (c) não admissão de penas alternativas. Por essas razões requer, liminarmente, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena e, no mérito, a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, 2/3, e a ratificação da liminar.

Sem pedido liminar, prestadas as informações e ouvido o Ministério Público Federal, vieram os autos conclusos.

Conforme as informações prestadas em 12/6/2015, pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de Presídios da Comarca de São Vicente (fl. 164), o paciente cumpre pena em regime fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.371 - SP (2011/0023502-8)

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.

O Tribunal de origem justificou o afastamento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime inicial fechado para o cumprimento da pena e a não aplicação de penas alternativas pelos seguintes fundamentos (fls. 60/61):

“[...] Além disso, a quantidade de droga encontrada - 30 pedras de 'crack' - e a forma como estava acondicionada demonstram, à evidência, que se destinava à comercialização e não simplesmente ao consumo próprio.

[...]

Quanto à aplicação da redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, bem observou o d. magistrado a quo ao deixar de aplicá-la, tendo em vista que, conforme consta da certidão de fl. 53, o apelante figura como réu em um processo de latrocínio.

Vedada a suspensão condicional da pena ou substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, da Lei n.º 11.343/06, trata-se de crime equiparado ao hediondo. A jurisprudência:

[...]

Aliás, a quantidade da pena imposta já impede qualquer benefício.

Por outra parte, é indiscutível, para o crime de tráfico, o regime inicial fechado. Todo indivíduo que participa de crime de narcotráfico revela extrema periculosidade.

Esse tipo de infração intranquiliza a população e vem crescendo, o que justifica plenamente a fixação da modalidade mais grave para a purgação da sanção.

Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias. [...]” (destaques no original)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fatos criminais pendentes de definitividade, isso é, sem condenação transitada em julgado, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Confira-se: AgRg n. AREsp n. 232513/AL – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 23/8/2013.

No caso, como apontando pelo Tribunal *a quo*, o paciente responde por outro crime, latrocínio. Tal circunstância, por permitirem a conclusão pela dedicação do paciente a atividades criminosas, amparam, como supradito, a não incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Noutro passo, embora o regime inicial fechado tenha sido fixado apenas com base na dicção do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, declarada, *incidenter tantum*, inconstitucional pelo STF, a quantidade de droga apreendida – 30 pedras de 'crack' justifica a fixação do regime mais rigoroso para o cumprimento de pena. Nesse sentido: HC n. 308.146/MG – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) – DJe 02/06/2015; e HC n. 316.802/SP – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – DJe 02/06/2015.

Por fim, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo-se em vista a quantidade de pena aplicada, nos termos dos arts. 44, inciso I, do Código Penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0023502-8

HC 196.371 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 9742007 990080255720

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL BRAGA VINHAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALEXANDRE DA SILVA

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 Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.