



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.240 - DF (2012/0152227-5)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : JÚLIA MARIA SEIXAS BECHARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : VALMIR ANDRADE DOS PASSOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PERCENTUAL MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ILEGALIDADE MANIFESTA DECORRENTE DA VEDAÇÃO LEGAL À FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO.

1. Não é cabível a utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso adequado. Precedentes.

2. A partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há ilegalidade no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido (385,12 g de cocaína), o que justifica uma maior reprimenda penal e impede a aplicação da fração de 2/3, como pretendido.

3. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar a vedação legal à fixação do regime menos gravoso e determinar ao Juízo da Execução Penal a tarefa de verificar, mediante a análise concreta dos fatos imputados, o regime prisional inicial mais adequado ao paciente.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 20 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.240 - DF (2012/0152227-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Valmir Andrade dos Passos**, apontando-se como autoridade coatora a Terceira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, em razão da prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo sido aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do citado artigo no patamar de 1/6.

Irresignada, a defesa interpôs a Apelação n. 20110111683716, objetivando a absolvição, a desclassificação do delito ou a redução da pena. O recurso foi parcialmente provido, apenas para reduzir a reprimenda a 4 anos e 2 meses de reclusão (fls. 34/35):

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO VEDADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA-BASE REDUZIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4º). GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO MÍNIMA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADO QUE PERMANECE PRESO DURANTE O CURSO DA INSTRUÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. VEDADO.

1. Mantém-se a condenação pelo crime de tráfico de drogas quando comprovadas a materialidade e a autoria do delito, sendo incabível a desclassificação para aquele previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 diante da expressiva quantidade de cocaína apreendida (385,12g).

2. A majoração da pena-base respaldada apenas na análise negativa da culpabilidade, com base na grande quantidade da droga apreendida, é fundamento inidôneo para justificar tal exacerbação, uma vez que os fatos que justificaram sua valoração negativa constituem elemento intrínseco do tipo penal em tela.

3. Embora favoráveis ao apelante as circunstâncias judiciais contidas no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida (385,12g de cocaína), substância de alto poder viciante e lesiva à sociedade, autoriza a redução mínima da pena com base no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

4. O regime inicial estabelecido para o cumprimento da pena para os condenados pelo tráfico ilícito de drogas é o fechado, como dispõe o art. 2º da lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, sendo incabível a aplicação da Súmula nº 440 do Superior Tribunal de Justiça no caso em exame.

5. Ausente o requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, uma vez que a pena privativa de liberdade fixada é superior a 04 anos, incabível a sua substituição por restritiva de direitos.

6. Registrado na sentença a presença dos requisitos da custódia cautelar do apelante motivada pela necessidade de assegurar a ordem pública e preservar a saúde pública, com base na sua periculosidade e que, em liberdade, pode retornar ao comércio de entorpecentes, inviável a concessão do direito de recorrer em liberdade.

7. Recurso provido parcialmente apenas para reduzir as penas privativa de liberdade e pecuniária.

No presente *writ*, a impetrante requer a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no percentual máximo, bem como o consequente abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar (fl. 52) e prestadas as informações (fls. 59/100), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 104/107).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.240 - DF (2012/0152227-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Preliminarmente, é de se salientar que, consoante o atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, isto é, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação que, se verificada de plano, poderá ensejar a concessão de ofício da ordem de *habeas corpus*.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012 e HC n. 104.045/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/11/2011.

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critérios a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Por essas razões, a partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido (385,12 g de cocaína - fls. 26, 33 e 42), o que justifica uma maior reprimenda penal e impede a aplicação da fração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2/3, como pretendido.

Nesse sentido: HC n. 203.198/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 13/3/2013; REsp n. 1.244.686/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 7/2/2013; e HC n. 213.678/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/6/2012.

Outrossim, concluir de modo diverso implicaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência incabível em sede de *habeas corpus*. Veja-se: HC n. 199.619/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 27/8/2012.

Por outro lado, percebo que a motivação utilizada no presente caso para a imposição de regime inicial fechado é inidônea (fls. 29 e 43). Isso porque o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

Por fim, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em virtude do *quantum* de pena aplicada (art. 44, I, do CP).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem **de ofício**, para afastar a vedação legal à fixação do regime menos gravoso e determinar ao Juízo da Execução Penal a tarefa de verificar, mediante a análise concreta dos fatos imputados, o regime prisional inicial mais adequado ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0152227-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 249240 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16837162011 20110111683716 7462011

EM MESA

JULGADO: 20/06/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : JÚLIA MARIA SEIXAS BECHARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : VALMIR ANDRADE DOS PASSOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.