



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.800 - SP (2014/0193337-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : REGINA BAUAB MERLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NADISON SENA REIS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. 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 UTILIZADA. MANUTENÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA QUE JUSTIFICA O REGIME MAIS GRAVOSO. *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.

– Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na elevada quantidade da droga apreendida – 116g de cocaína e 143,4g de maconha –, elemento que, inclusive, não foi considerado na primeira fase da dosimetria da pena. Precedentes.

– Mantida inalterada a fração de redução da pena fixada pelo Tribunal de origem, fica inviabilizada a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, uma vez que o patamar da pena de 4 anos e 2 meses de reclusão não permite, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, o benefício legal.

– A quantidade considerável da droga apreendida com o paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(116g de cocaína e 143,4g de maconha), é circunstância 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. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.800 - SP (2014/0193337-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : REGINA BAUAB MERLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NADISON SENA REIS

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de NADISON SENA REIS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0105443-04.2011.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, bem como ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa.

Irresignadas, as partes recorreram, tendo o Tribunal local negado provimento ao apelo da defesa e dado provimento ao da acusação, majorando a pena do paciente para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, a ser cumprida em regime fechado.

No presente *writ*, a Defensoria Pública pleiteia, inclusive liminarmente, a aplicação, na fração máxima, da causa de diminuição de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 34/35).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 46/50).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.800 - SP (2014/0193337-4)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

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.

Assim, no caso, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação, em seu patamar máximo, da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.434/2006, pois o paciente atende aos requisitos legais, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação de regime inicial mais brando.

O sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, embora reconhecida a confissão, a pena restou inalterada, em face do óbice constante da Súmula n. 231/STJ. Por fim, na terceira fase, foi reconhecida a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e reduzida a pena em 3/5, ante a quantidade e variedade das drogas apreendidas (e-STJ fls. 16/17).

O Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial, diminuiu a fração de redução pelo reconhecimento da figura do tráfico privilegiado para a fração mínima de 1/6, tendo o voto condutor do acórdão recorrido assentado que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O apelante faz jus à redutora prevista no artigo 33, §4º, da Lei Federal nº 11.343/06. Não há nos autos qualquer prova de que ele se dedicasse a atividades criminosas (exceto, obviamente, a do caso presente) ou integrasse organização criminosa.

Note-se que na ausência de parâmetros legais para a fixação do quantum de diminuição da pena, diante da incidência do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o magistrado poderá considerar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente, como, inclusive, vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça.

(...)

Contudo, é caso de provimento do recurso ministerial, pois no caso dos autos, considerando a quantidade e variedade de drogas apreendidas 116g de cocaína, na forma de 196 pinos, e 143,4g de maconha, distribuídas em 59 trouxinhas, de rigor a redução mínima de 1/6, resultando a sanção final em 04 anos e 02 meses de reclusão, e 416 dias-multa (e-STJ fls. 26/28).

Pela leitura do excerto supra, não se observa qualquer constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena no percentual mínimo, em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou concretamente a escolha desse percentual, ao sopesar a considerável quantidade e variedade das drogas apreendidas **(116g de cocaína e 143,4g de maconha)**, circunstância que, inclusive, não foi considerada na primeira fase da dosimetria da pena, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Sobre a possibilidade de a quantidade da droga embasar o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA DA DROGA. FIXADO O REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza da droga apreendida - 18 papелotes de crack - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

(...)

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o fundamento referente à gravidade in abstracto do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (HC 315.705/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015) - (grifei).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Justificado o quantum de redução pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da natureza e da diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório" (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorreu da natureza da droga apreendida (20g de crack), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

(...)

7. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 322.782/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 21/09/2015) - (grifei).

Por oportuno, mantida inalterada a fração de redução da pena fixada pelo Tribunal de origem, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos em favor do paciente, uma vez que o patamar da pena de 4 anos e 2 meses de reclusão não permite, nos termos do art. 44 do Código Penal, o benefício legal.

Quanto ao regime, sabe-se que 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.

Por outro lado, destaque-se que o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, as circunstâncias fáticas que envolveram o delito em tela ensejam a necessidade da manutenção do regime mais gravoso, como bem assentado no acórdão recorrido, cujo trecho destaque:

Por fim, deve ser fixado o regime inicial fechado, pois é o mais adequado para o caso concreto. Apesar das circunstâncias pessoais do apelante serem favoráveis, a conduta de traficar drogas enseja especial censurabilidade pelos efeitos nefastos na saúde dos usuários e na Saúde Pública de um modo geral, além de servir de elemento propagador e incrementador de toda uma ordem criminosa, que tantos malefícios vêm trazendo à nossa Sociedade. Ademais, a considerável quantidade e a diversidade de drogas apreendidas com o apelante, a sanção punitiva ora imposta, além do volume de lucro fácil que, pode-se vislumbrar, já vinha experimentando, está a vedar os regimes mais brandos, que não bastariam nem à reprovação e nem à prevenção do crime. Não bastasse isto, impõe-se ao apelante uma resposta estatal adequada até mesmo para que se sinta desestimulado a prosseguir por este caminho abjeto, tudo em observância à função preventiva especial da pena, o que impede, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que não bastaria à reprovação do crime (e-STJ fl. 28).

Dessa forma, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão e seja o réu primário, a quantidade considerável da droga apreendida (116g de cocaína e 143,4g de maconha) é circunstância 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.

Sobre o tema, destaque:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

(...)

5. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos demais elementos constantes do processo, interferir na fixação do regime prisional, bem como na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

6. In casu, a Corte estadual justificou o regime mais gravoso para o início de expiação da reprimenda e vedou a substituição pretendida em razão da natureza e da quantidade da substância apreendida (20 gramas de crack) - o que evidencia a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, ex vi do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 -, bem como do fato de a traficância ter sido desenvolvida em "boca de fumo" localizada na residência do réu, de modo que a medida seria insuficiente para a necessária resposta penal ao delito praticado.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.782/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 3/9/2015, DJe 21/9/2015) – (grifei).

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por esta Corte Superior de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0193337-4

HC 300.800 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01054430420118260050 1054430420118260050 20130000771463

EM MESA

JULGADO: 24/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: REGINA BAUAB MERLO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: NADISON SENA REIS

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.