



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.810 - SP (2015/0186833-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
- DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO MAX MACHADO VIVIANI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *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 valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

3. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a natureza, quantidade e diversidade das drogas – 42 invólucros plásticos com 299 g e 44 trouxinhas com 235 g, ambos de maconha, e 60 invólucros plásticos com 72 g de cocaína – foram ponderadas de forma negativa na terceira fase da dosimetria da pena, razão pela qual revela-se idônea a fixação de regime inicial mais gravoso e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. *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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 331.810 - SP (2015/0186833-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
- DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO MAX MACHADO VIVIANI (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCIANO MAX MACHADO VIVIANI contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2101810-62.2015.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão e multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a causa de diminuição constante do § 4º do mesmo artigo. Foi fixado o regime inicial fechado e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ fls. 19/26).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, que se encontra em processamento no segundo grau de jurisdição, ausente recurso da acusação.

Paralelamente, entendendo ser flagrante e atual o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, além da negativa de substituição por pena restritiva de direitos, impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal local, que denegou a ordem (e-STJ fls. 12/18), em acórdão assim ementado:

1- *Habeas corpus impetrado contra a parte de sentença condenatória Tráfico de entorpecente.*

2- *Possibilidade de indeferimento liminar pela Turma Julgadora Interpretação a que conduzem o artigo 93, inciso XV da Constituição Federal, o artigo 663 do Código de Processo Penal e o artigo 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3- *Habeas corpus* como substitutivo de apelação Não cabimento em hipótese na qual a decisão pretendida necessita de exame de prova A escolha da pena depende da produção de prova Improriedade do mandamus.

4- *Writ* denegado.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/11), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs ao paciente flagrante constrangimento ilegal, pois não foram observadas as regras previstas no artigo 33, § 2º, do Código Penal para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, sendo ilegal a imposição do regime fechado com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do crime. Assevera que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional, em controle difuso, o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. Aduz que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, razão pela qual a pena-base foi fixada no mínimo legal. Por fim, também defende cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 36/38).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 72/77, opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem, cuja ementa segue transcrita:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO DEFENSIVA EM CURSO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HC, OU, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.810 - SP (2015/0186833-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado e negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema, extrai-se da sentença condenatória que a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo a quantidade e variedade de entorpecentes sopesado na terceira fase da dosimetria da pena, com repercussão no regime prisional e no óbice à substituição, conforme segue (e-STJ fls. 21/23):

Reduzo as penas de 3/5 (três quintos), reconhecida a causa especial, de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/2006.

Nesse particular, observo que foi operada a redução próximo de seu grau máximo, muito embora o crime tenha envolvido grande quantidade de substância entorpecente.

[...]

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, uma vez que não foram preenchidas as condições legais exigidas à espécie (objetivas e subjetivas).

Observo, nesse particular, que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos se mostra inadequada às circunstâncias do crime (equiparado a crime hediondo e que envolveu grande quantidade e variedade de substâncias entorpecentes), equivale à sua total impunidade (não é sequer satisfatória à reprovação de sua conduta ou alcança sua finalidade retributiva - que visa à prevenção criminal e atender a culpabilidade do infrator) e não atende de modo algum à melhor política criminal.

[...]

Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena segregativa de liberdade (regime fechado), considere as circunstâncias do crime (equiparado a crime hediondo e que envolveu grande quantidade e variedade de entorpecentes), o que perturba a comunidade e demonstra sua total incapacidade de ressocialização ou de reinserção no meio social (com a imposição de regime mais severo).

Na mesma esteira, seguem os fundamentos utilizados pela Corte local para manter íntegra a sentença em sede de *habeas corpus* (e-STJ f.s. 16/18):

IV- Com efeito, o exame da sentença revela que o tráfico nela atribuído ao réu foi praticado durante o dia, na via pública e envolveu considerável quantidade de mais de uma variedade de substância estupefaciente (534 gramas de maconha e 72 gramas de cocaína sendo esta última de elevada capacidade viciante e destrutiva). Assim, há fatores que desautorizam a fixação da pena-base no mínimo legal, assim como o estabelecimento do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto e da substituição da reclusão por pena restritiva de direitos. Bem por isso a redução do parágrafo 4º do referido artigo 33 não se fez (e motivadamente) no patamar máximo.

[...]

V- No que concerne à substituição, a Resolução nº 05 de 2012 do Senado Federal alterou o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 para o fim de admitir, também aos condenados por tráfico de entorpecente, a possibilidade de ter a respectiva pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos. Essa substituição, contudo, sujeita-se ao disposto no artigo 44, incisos I, II e III do Código Penal (As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II o réu não for reincidente em crime doloso; III a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.).

Sem o preenchimento dos requisitos estabelecidos no Código Penal a substituição não será possível.

Sobre o tema, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Nesse sentido:

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. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

[...]

2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

(HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/9/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015)

Portanto, no caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a natureza, quantidade e diversidade das drogas – 42 invólucros plásticos com 299 g e 44 trouxinhas com 235 g, ambos de maconha, e 60 invólucros plásticos com 72 g de cocaína – foram ponderadas de forma negativa na terceira fase da dosimetria da pena, razão pela qual revela-se idônea a fixação de regime inicial mais gravoso e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0186833-7

HC 331.810 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00198908020148260309 198908020148260309 2015000379714 21018106220158260000

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	: MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCIANO MAX MACHADO VIVIANI (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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.