



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.904 - SP (2014/0061457-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JUVANEI DOS SANTOS REIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JUVANEI DOS SANTOS REIS (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. **WRIT** 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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP; Rel. Ministra **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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **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.

III - Não se presta o **habeas corpus** a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, tais como, no caso, ausência de provas para condenação.

IV - A pena imposta ao impetrante/paciente está suficientemente fundamentada. O aumento da pena-base se evidenciou proporcional, bem como a elevação pela majorante do art. 40, inciso VI, se deu no patamar mínimo. Do mesmo modo está fundamentada a não aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, haja vista haver nos autos evidências de dedicação à atividade criminosa.

V - A despeito da utilização, pelo Tribunal **a quo**, do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, dispositivo declarado inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal nos autos do **HC n. 111.840/ES**, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal por força da incidência do que disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06, uma vez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o paciente tinha em depósito **2,928 kg (dois quilos, novecentos e vinte e oito gramas) de maconha**, estando justificada a imposição do regime inicial fechado.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.904 - SP (2014/0061457-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado por JUVANEI DOS SANTOS REIS, ora paciente, em face de v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, c.c 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06.

Irresignado, interpôs apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, a qual foi denegada, mantendo-se integralmente os fundamentos expostos na sentença.

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante/paciente a injustiça de sua condenação, bem como o exagero da pena imposta, requerendo o seu redimensionamento, com a aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

A liminar foi indeferida às fls. 11-12.

As informações foram prestadas às fls. 25-48 e 55-62.

O Ministério Público Federal, às fls. 66-71, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** ou caso seja conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.904 - SP (2014/0061457-5)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.
NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO.
IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.
FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REGIME
INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. WRIT 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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP; Rel. Ministra **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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **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.

III - Não se presta o **habeas corpus** a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, tais como, no caso, ausência de provas para condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - A pena imposta ao impetrante/paciente está suficientemente fundamentada. O aumento da pena-base se evidenciou proporcional, bem como a elevação pela majorante do art. 40, inciso VI, se deu no patamar mínimo. Do mesmo modo está fundamentada a não aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, haja vista haver nos autos evidências de dedicação à atividade criminosa.

V - A despeito da utilização, pelo Tribunal **a quo**, do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, dispositivo declarado inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal nos autos do **HC n. 111.840/ES**, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal por força da incidência do que disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06, uma vez que o paciente tinha em depósito **2,928 kg (dois quilos, novecentos e vinte e oito gramas) de maconha**, estando justificada a imposição do regime inicial fechado.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Passo a analisar essa possibilidade.

E ao fazê-lo, verifico que pretende o impetrante/paciente a absolvição da conduta que lhe foi imputada ou, alternativamente, o redimensionamento da pena e modificação de regime.

Contudo, os pleitos do impetrante/paciente não merecem prosperar.

Inicialmente, impende destacar que a via estreita do **habeas corpus** não se presta ao reexame de matéria fático-probatória já estabelecida pelas instâncias ordinárias, nos termos da assentada jurisprudência dessa Corte, **verbis**:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO DE ENTORPECENTES. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. REINCIDÊNCIA.

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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O habeas corpus não é a via adequada para a discussão de questões que demandam o reexame do conjunto fático-probatório, como, por exemplo, o pedido de absolvição por insuficiência de provas, assim como a pretensão subsidiária de desclassificação do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o delito descrito no art. 28 do mesmo diploma legal.

3. [...]

4. [...]

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 161.604/MG, Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe de 14/11/2014).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. *Para proclamar a nulidade do feito, por ausência de realização de perícia, ou a absolvição do paciente por falta de provas, necessário é o reexame aprofundado do conteúdo probatório dos autos, a ensejar o rejugamento da causa, providência incabível na via estreita e célere do habeas corpus.*

5. *Agravo regimental não provido"* (AgRg no HC n. 262.662/SE, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 3/11/2014).

Descabido, portanto, nesta via estreita, o pedido de absolvição formulado pelo impetrante/paciente.

No que se refere à dosimetria da pena e ao regime inicial, a sentença condenatória fundamentou suas conclusões da seguinte forma (fl. 35):

"Atentando-se para o sistema trifásico de fixação da pena, diga-se que as circunstâncias preponderantes (art. 42), autorizam aumento de pena nesta primeira fase, já que a primariedade e inexistência de antecedentes não são os únicos fatores determinantes da pena-base. Deve ser considerada a expressiva quantidade de droga apreendida, no que diz com a fixação da pena em se tratando de tráfico de entorpecentes, pelo que a pena mínima deve ser exasperada em 1/6, passando a base a ser então de reclusão, de 5 (cinco) anos e 10(dez) meses e multa, de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, no mínimo. O réu praticou o crime com o envolvimento de adolescente, Luiz Henrique Lopes da Silva, de sorte que aumento a pena em 1/6, passando a ser então de reclusão, de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias e multa, de 676 (seiscentos e setenta e seis) dias-multa, no mínimo, tornando-se a definitiva, à míngua de quaisquer outras circunstâncias capazes de alterá-la, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas. Inaplicável a causa de redução prevista no artigo 33, parágrafo quarto, porque demonstrado que o acusado não é pequeno traficante, considerando a quantidade das drogas encontradas, exigindo-se atuação estatal mais severa, na tentativa de dissuadi-lo da prática de iguais e novos atentados."

O acórdão reprochado fundamentou o que se segue (fls. 42-44):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A pena imposta ao apelante foi fixada com equilíbrio e justiça, não merecendo, por tal motivo, reparo algum.

Convém registrar que, em que pese sua primariedade, não faz jus à redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois, para a sua aplicação, é indispensável que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Não resta dúvida, assim, de que tal causa de diminuição de pena é de ser aplicada apenas àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, como um pequeno deslize em sua vida, ainda que penalmente punível.

Aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida, mesmo que não tragam em sua folha de antecedentes condenações por outros crimes, não fazem jus ao benefício.

A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

No caso dos autos, ficou demonstrado que o apelante não pode, de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional.

Conforme bem ressaltado pelo Procurador de Justiça, o apelante estava plenamente ciente que transportava maconha, motivo pelo qual tentou se evadir no momento da abordagem. O adolescente ainda carregava grande quantidade de maconha, quase 3 kg (três quilos), não sendo plausível que o apelante não tivesse percebido o cheiro que exalava da sacola do menor. Além disso, os traficantes possuem esse hábito de se utilizarem da companhia de menores, para que eles assumam a propriedade da droga e os isentem de qualquer tipo de responsabilidade, motivo pelo qual a alegação de que o menor já estaria corrompido, pois foi morto em um confronto policial, não merece acolhida.

Quanto à causa de aumento de pena, prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas, o recurso não é de ser provido, pois suficientemente comprovada nos autos.

De fato, as investigações demonstraram que o adolescente estava no carro do apelante com as porções de maconha.

Verifica-se, com isso, que o comércio ilícito envolvia a participação do menor.

Neste sentido, ensina Renato Marcão que “Envolver criança ou adolescente tem o sentido de atuar conjuntamente, utilizar ou contar com a participação. É hipótese em que o agente atua em concurso eventual com criança ou adolescente, aliás, prática recorrente no ambiente do tráfico, notadamente em razão da menor capacidade de discernimento e resistência moral daqueles, a proporcionar maiores facilidades na cooptação, e da condição de inimizabilidade a que os mesmos personagens-alvo estão submetidos” (in “Tóxicos Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006, Anotada e Interpretada”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 345/346).

Este posicionamento é corroborado por Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, os quais afirmam que “Na Lei 6.368/1976, punia-se o agente apenas quando visasse as pessoas indicadas. Majoritariamente se entendia, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

falta de amparo legal, que não estaria caracterizada a causa de aumento quando o agente praticasse o delito em conluio com elas. Com a nova Lei de Drogas a majorante se aplica não apenas quando o agente vise a tais pessoas, mas também quando o agente as envolve, ou seja, se pratica o delito em concurso eventual ou em associação com alguma das pessoas que estejam nas situações previstas no artigo. A conduta daquele que se vale de pessoas que estão em situação de menor resistência certamente é mais censurável e por isto agiu bem o legislador ao puni-las mais severamente (...).” (in “Lei de Drogas Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006, Comentada artigo por artigo”, São Paulo, Método, 2007, pp. 146/147).

Por fim, o pedido formulado pelo apelante, no sentido de que lhe seja concedido isenção do pagamento da pena de multa, pois incompatível com sua situação financeira, não prospera.

Caso não tenha ele condições de arcar com a pecuniária, não terá, em hipótese alguma, sua pena convertida em pena privativa de liberdade. Poderá, junto à Vara das Execuções Criminais, pleitear a melhor forma para o pagamento da pena pecuniária, de modo a não comprometer seu sustento e de sua família.

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, determina que a pena imposta aos crimes considerados hediondos pela Lei nº 8.072/90, inclusive o tráfico de entorpecentes, serão cumpridas inicialmente em regime fechado, fixando novas regras para sua progressão, sendo vedada a concessão de anistia, graça, indulto ou fiança e, consequentemente, a substituição da privativa de liberdade em restritiva de direitos ou “sursis”.

Por fim, o regime inicial fechado impõe-se, diante da previsão do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o qual dispõe que os crimes hediondos e os assemelhados a tal, como o tráfico de entorpecentes, terão a pena cumprida em regime inicial fechado.”

Da leitura dos excertos acima é possível concluir que a pena imposta ao impetrante/paciente está suficientemente fundamentada. O aumento da pena-base se evidenciou proporcional, bem como a elevação pela majorante do art. 40, inciso VI, se deu no patamar mínimo. Do mesmo modo está fundamentada a não aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, haja vista haver nos autos evidências de dedicação à atividade criminosa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, a despeito da utilização, pelo Tribunal **a quo**, do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, dispositivo declarado inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal nos autos do **HC n. 111.840/ES**, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal por força da incidência do que disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/06, uma vez que o paciente tinha em depósito **2,928 kg (dois quilos, novecentos e vinte e oito gramas) de maconha**, estando justificada a imposição do regime inicial fechado.

Nesse sentido, não há reparos a fazer às decisões das instâncias ordinárias que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinaram a condenação do paciente.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0061457-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 290.904 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 38782010 666600

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JUVANEI DOS SANTOS REIS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JUVANEI DOS SANTOS REIS (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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.