



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.132 - SP (2015/0149830-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON VANDERLEI MELO (PRESO)
PACIENTE : MATEUS ISAIAS MANOEL MARTINS (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DETRAÇÃO PENAL.

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. O reexame da dosimetria por esta Corte Superior, em sede de *habeas corpus*, só é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade, o que não se vislumbra na hipótese.

3. Embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, elas não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, consoante a Súmula 231 desta Corte.

4. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) a depender das circunstâncias do caso concreto.

5. Devidamente justificado o *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e da quantidade das drogas apreendidas (19,53 gramas de maconha, divididos em 30 porções, e 14,65 gramas de cocaína em pó, distribuídos em 14 papéletes), 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).

6. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

7. *In casu*, o juiz de 1º grau fixou o regime prisional fechado com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos. Assim, relativamente ao paciente Mateus, considerando a quantidade da pena imposta (2 anos e 6 meses), o fato de ser primário e de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, é possível a fixação de regime mais brando. Em relação ao paciente Wellington, tendo em vista que é reincidente específico e foi condenado a pena superior a 4 anos, não há óbice à fixação do regime fechado.

8. Esta Corte vem entendendo que "o § 2.º do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal, tendo em vista que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juízo sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer regime inicial mais brando, tendo em vista a aplicação da detração no caso concreto" (HC 325.174/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/09/2015).

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Caraguatatuba, apenas em relação ao paciente Mateus Isaias Manoel Martins, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial, em atenção ao instituto da detração, e se estão preenchidos os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de novembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.132 - SP (2015/0149830-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de WELLINGTON VANDERLEI MELO e MATEUS ISAIAS MANOEL MASTINS, contra acórdão proferido pela 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 130):

"TRÁFICO DE DROGAS. Sólidas provas de caráter material e da autoria relativas à imputada traficância. Depoimentos de investigadores de Polícia que são de consideração e se coadunam à declaração de um dos réus. Laudos decorrentes de perícia que também são de relevo. Condenação que se mantém. Penas que, corretamente dosadas e individualizadas, ora são mantidas. Regime prisional fechado que, ajustado, apropriado, não se altera. Sentença confirmada. Portanto, recurso improvido."

Consta dos autos que os pacientes foram condenados pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, nos autos da Ação Penal n. 0001114-96.2014.8.26.0126, sendo-lhes atribuídas as penas de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, em relação a Wellington, e 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, quanto a Mateus, tendo sido fixado para ambos o regime inicial fechado (fls. 47/52).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso e mantido a condenação nos exatos termos da sentença (fls. 129/138).

No presente *writ*, o impetrante busca a reavaliação jurídica dos fatos a fim de que seja refeita a dosimetria das penas impostas.

Quanto ao paciente Mateus, requer a defesa:

- a) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea para diminuir a pena abaixo do mínimo legal, alegando não ser cabível o disposto na Súmula 231 do STJ;
- b) a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo (2/3), pois a quantidade e diversidade de entorpecentes não servem como requisitos para a fixação do *quantum* de diminuição;
- c) a fixação do regime inicial aberto, por se tratar de réu primário, com bons antecedentes e condenado a pena inferior a quatro anos;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- d) a substituição da reprimenda corporal por duas restritivas de direitos;
e
- e) a detração da pena, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, pois o paciente se encontra segregado desde 10/02/2014.

Já em relação ao paciente Wellington, busca-se:

- a) a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que a reincidência não é obstáculo para o benefício e que a utilização desta circunstância como agravante e como causa impeditiva da diminuição representa *bis in idem*;
- b) a fixação de regime inicial diverso do fechado; e
- c) a detração da pena.

Pugna, por fim, pela declaração incidental da inconstitucionalidade da multa prevista nos arts. 33, *caput* e § 1º, 34, 35 e 37, todos da Lei n. 11.343/2006, e aplicação aos pacientes da pena pecuniária nos termos do art. 49 do Código Penal ou, subsidiariamente, nos termos do art. 29 da Lei de Drogas.

Liminar indeferida às fls. 120/121.

Informações prestadas às fls. 127/147.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 155/157).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.132 - SP (2015/0149830-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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.

Postula-se, na presente impetração, o redimensionamento das penas impostas aos pacientes, a fixação de regime prisional menos gravoso, a detração penal e a declaração incidental de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 11.343/2006.

Inicialmente, constata-se que a discussão atinente à pena de multa prevista na Lei de Drogas não foi submetida ao exame do Tribunal *a quo*, não sendo possível a esta Corte Superior analisar a questão, sob pena de indevida supressão de instância.

Quanto à dosimetria das reprimendas, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Ao julgar apelo defensivo, o Tribunal *a quo* assim dispôs (fls. 134/135):

"(...) Ademais, malgrado o sustentado pela ilustre defesa, porque corretamente dosadas e individualizadas, nada há que se alterar na respeitável sentença em relação às penas a esses réus impostas.

Por sinal, considerando favoráveis a esses apelantes as circunstâncias judiciais, **o digno juiz da causa fixou as correspondentes sanções básicas conforme o mínimo cominado, ou seja, cinco (5) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa.**

Na fase intermediária desse cálculo foi mantida essa pena para Mateus, malgrado a presença das atenuantes por menoridade relativa (folhas 22) e confissão espontânea (folhas 83), haja vista ser mínimo esse *quantum* (Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça). Por outro lado, acresceu-se à sanção de Wellington fração equivalente a um quinto (1/5) em virtude de ser ele reincidente específico (folhas 13 dos segundos autos em apenso).

Na terceira etapa, Sua Excelência bem reconheceu a incidência do fator de redução previsto no parágrafo 4º do artigo 33 dessa norma para o correcorrente Mateus, pois primário, não bastasse apresentar ele bons antecedentes e inexistir sólidos demonstrativos no sentido de se dedicar a atividades ilícitas ou integrar organização da espécie. Aliás, empreendeu desconto próprio à ordem de metade (1/2).

Não se olvida, nesse ponto, que a natureza, o volume e a diversidade das drogas sob apreço (maconha e cocaína em pó) devem ser considerados, também, por ocasião da escolha dessa fração de redução . Daí não ser hipótese de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em grau maior.

Presente a sobredita recidiva no que concerne ao corréu Wellington, incabível, para ele, a aplicação dessa minorante.

Portanto, e faltantes causas modificadoras outras, ficam mantidas as penas aplicadas a esses sentenciados (dois anos e seis meses de reclusão e pagamento de multa a ser calculada em duzentos e cinquenta dias no menor valor unitário para Mateus, e, seis anos de reclusão e pagamento de multa à ordem de seiscentos dias, observados padrões menores, para Wellington)." (Grifos acrescidos).

Da leitura do excerto transcrito, não se vislumbra nenhuma das hipóteses que autorizam o reexame da dosimetria por esta Corte Superior, em sede de *habeas corpus*, o que só é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade.

Embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea atinentes ao paciente Mateus, conforme ressaltou o Tribunal *a quo*, a incidência dessas atenuantes não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, consoante a Súmula 231 desta Corte.

No mesmo sentido, entende o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - A questão relativa à dosimetria da pena não foi apreciada nas instâncias inferiores. Assim, seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria em supressão de instância. Precedentes.

II - A via estreita do *habeas corpus* não permite que se proceda à ponderação e o reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal, consideradas na sentença condenatória. Precedentes.

III - É firme a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal.

IV - *Habeas corpus* não conhecido.

(STF, HC 100.371/CE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 21/05/2010).

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) a depender das circunstâncias do caso concreto.

Assim, a reincidência do paciente Wellington, a toda evidência, afasta a aplicação do privilégio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relativamente ao paciente Mateus, verifica-se que a redução na fração de 1/2 justificou-se na quantidade e na variedade das drogas apreendidas – 19,53 gramas de maconha, divididos em 30 porções, e 14,65 gramas de cocaína em pó, distribuídos em 14 papелotes (fls. 50 e 134/135).

Dessa forma, devidamente justificado o *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e da quantidade 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).

A esse respeito, conferir ainda: HC 306.742/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 30/04/2015, e HC 233.059/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014.

Não obstante, verifica-se que o juiz de 1º grau fixou o regime prisional fechado com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos (fl. 51), declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 111.840/ES, sem, contudo, apontar qualquer elemento concreto para justificar o regime mais gravoso.

Assim, no caso em apreço, relativamente ao paciente Mateus, considerando a quantidade da pena imposta (2 anos e 6 meses), o fato de ser primário e de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, deve o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Caragatatuba avaliar a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, bem como de substituição da pena por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do mesmo Diploma.

Em relação ao paciente Wellington, tendo em vista que é reincidente específico e foi condenado a pena superior a 4 anos, não há óbice à fixação do regime fechado. Precedentes: HC 324.627/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/10/2015; e HC 294.711/SP, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 22/09/2015.

Por fim, quanto ao pedido de detração penal, o Tribunal *a quo* entendeu que o requerimento deve ser dirigido ao Juízo das Execuções Penais, ressaltando que o § 2º do art. 387 do CPP, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, só teria incidência em hipóteses excepcionais, quando o período de prisão cautelar for considerável a ponto de justificar o imediato abrandamento do regime prisional (fls. 136/137).

Nesse tocante, esta Corte vem entendendo que "o § 2.º do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.736/2012, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal, tendo em vista que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII – Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juízo sentenciante a verificação da possibilidade de estabelecer regime inicial mais brando, tendo em vista a aplicação da detração no caso concreto" (HC 325.174/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/09/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, a sentença condenatória foi proferida em 07/10/2014, posteriormente à vigência da Lei n. 12.736/2012, de modo que a competência para a aferição da detração penal é do magistrado sentenciante.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Contudo, CONCEDO a ordem, de ofício, para determinar que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Caraguatatuba, apenas em relação ao paciente Mateus Isaias Manoel Martins, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial, em atenção ao instituto da detração, e se estão preenchidos os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0149830-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 328.132 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011149620148260126 11149620148260126

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

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	: GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WELLINGTON VANDERLEI MELO (PRESO)
PACIENTE	: MATEUS ISAIAS MANOEL MARTINS (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.