



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.049 - SP (2015/0104820-5)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RENATO ISNARD KHAIR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX JOSE DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

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

2. Analisar a possibilidade de absolvição do paciente por insuficiência de provas demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal, providência inviável na via estreita do *habeas corpus*, ação de índole constitucional marcada por cognição sumária e rito célere, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder.

3. A decisão impugnada, à vista dos parâmetros legais, aplicou a minorante à razão de 1/3 (um terço), consideradas a natureza e a quantidade das drogas apreendidas – 37 (trinta e sete) porções de maconha, 46 (quarenta e seis) porções de *crack* e 15 (quinze) porções de cocaína.

4. Compete às instâncias ordinárias aplicar a fração pertinente do redutor em cotejo com as provas trazidas aos autos. Não cabe, no presente recurso, o reexame da matéria, pois demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório.

5. No caso dos autos, a despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ter sido fixada em 3 anos e 4 meses, a quantidade e a espécie das drogas apreendidas em poder do paciente – 37 (trinta e sete) porções de maconha, 46 (quarenta e seis) porções de *crack* e 15 (quinze) porções de cocaína, levadas em consideração na terceira etapa da dosimetria da pena – também devem ser utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, por reclamar o delito cometido maior intensidade na retribuição penal.

6. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inviabilizado, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, por não ser a punição requerida suficiente à prevenção e repressão do delito.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

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 e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de setembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.049 - SP (2015/0104820-5)

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 ALEX JOSÉ DA SILVA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente, denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo 37 (trinta e sete) porções de maconha, 46 (quarenta e seis) porções de *crack* e 15 (quinze) porções de cocaína, foi absolvido pelo MM. Juízo da 31ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo (fls. 13/16).

Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu-lhe provimento para condenar o paciente à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa (fls. 17/21).

No presente *writ*, a Defensoria alega que o paciente sofre constrangimento ilegal porque o acórdão foi proferido em contrariedade às provas dos autos, bem como foi deficientemente fundamentado.

Sustenta ser o caso de redução da pena em 2/3, com base no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que o paciente é primário e não faz parte de nenhuma organização criminosa; de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Pleiteou, liminarmente, a expedição de alvará de soltura.

A liminar foi indeferida (fls. 24/25).

As informações encontram-se nas fls. 33/47.

Em parecer (fls. 52/55), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.049 - SP (2015/0104820-5)

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

No caso, analisar a possibilidade de absolvição do paciente por insuficiência de provas demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal, providência inviável na via estreita do *habeas corpus*, ação de índole constitucional marcada por cognição sumária e rito célere, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes desta Corte:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006). DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 28 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL.

1. O pedido formulado no reclamo, no sentido de que seja desclassificada a conduta atribuída ao recorrente, que se amoldaria ao tipo previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, exige aprofundado exame de matéria fático-probatória, incompatível com a via estreita do *habeas corpus*. (...)
2. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, julgado parcialmente prejudicado, sendo desprovido no remanescente.
(RHC 40.193/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 10/10/2014).

HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO (ARTIGO 157, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE. ORDEM DENEGADA.

1. O pedido de absolvição não pode ser analisado, porque demanda exame acurado de todo o conjunto de provas e, como tal, ultrapassa os estreitos limites da presente ação.
2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelo MM. Juiz sentenciante. As circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao paciente e, consoante entendimento jurisprudencial, não caracteriza coação ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo, se as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao agente.
3. Ordem denegada.
(STJ, 6ªT, HC 129.258/DF, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 06/12/10).

Quanto à dosimetria, cumpre salientar que, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às 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.

O Tribunal de origem embasou a manutenção do redutor, em 1/3, levando em conta as espécies, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas – 37 (trinta e sete) porções de maconha, 46 (quarenta e seis) porções de *crack* e 15 (quinze) porções de cocaína.

Nesta instância especial, rever o entendimento manifestado no acórdão da via ordinária – ao qual cabe a aplicação da fração pertinente ao redutor em cotejo com as provas trazidas aos autos –, demandaria incursão no acervo fático-probatório, providência inviável na via estreita do *mandamus*. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). REDUÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, AO PATAMAR DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). DISCRICIONARIEDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado às penas de 02 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 200 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, encontrado com 36g de crack e 16g de cocaína.

2. O redutor do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 foi quantificado no patamar de 3/5 em razão da quantidade e da variedade de drogas apreendidas na espécie. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, este é um argumento que justifica a não aplicação da benesse em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

[...]

.7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, confirmada a liminar, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo as regras aplicáveis ao regime e as penas substitutivas serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais.

(HC 274.023/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade e a natureza da droga apreendida - 9.986 kg de cocaína - 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.

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.759/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014)

No que se refere ao regime inicial do cumprimento da pena, visto, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o paciente ser primário, o Tribunal de origem fixou o regime fechado, sem apresentar fundamentação suficiente para tanto (fl. 21).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º 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.

Da mesma forma, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a mera alusão à gravidade genérica do delito, aliada à consideração acerca da sua hediondez, não constitui fundamento idôneo para justificar a escolha do regime mais gravoso.

No caso dos autos, a despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ser inferior a 4 (quatro) anos, entendo que a quantidade de droga apreendida em poder do paciente – 37 (trinta e sete) porções de maconha, 46 (quarenta e seis) porções de *crack* e 15 (quinze) porções de cocaína, levada em consideração na terceira etapa da dosimetria da pena – deve também ser utilizada para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, por reclamar o delito cometido maior intensidade na retribuição penal.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGAS. APREENSÃO DE 22 PAPELOTES DE CRACK. PENA FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

03. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 4 (quatro) anos não asseguram ao réu, por si sós, o direito de cumpri-la em regime aberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Cassada a liminar anteriormente deferida. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade. (HC n. 315.526/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (Desembargador convocado do TJ/SC), Quinta Turma, DJe 12/5/2015)

Assim, considerando a quantidade e a diversidade das drogas e o *quantum* da pena aplicada, fixo o regime semiaberto para o início da expiação da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

Por fim, o paciente não faz jus ao benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos à implementação da referida benesse.

Isso porque, apesar de a Suprema Corte, em casos tais, admitir a possibilidade da substituição em comento, nos termos do art. 44 do Código Penal, na hipótese em exame, tal possibilidade deve ser afastada, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, não sendo a punição pleiteada suficiente à prevenção e repressão do delito.

A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DIVERSIDADE E RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. 4. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

3. No caso, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, diga-se, 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, considerando a quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas - 20 invólucros de maconha, pesando 44,60g e 10 pinos de cocaína totalizando 9,0g -, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

4. Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 275.298/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 07/03/2014).

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*.
Contudo, CONCEDO A ORDEM, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0104820-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 323.049 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00395676820128260050 20140000774350 395676820128260050

EM MESA

JULGADO: 15/09/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RENATO ISNARD KHAIR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX JOSE DA SILVA (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, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.