



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.113 - SP (2012/0125302-5)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : ROQUE JERÔNIMO ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ANDRÉ GOMES DIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. À luz do disposto no art. 105, I, II e III, da Constituição Federal, esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não vêm mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal, sob pena de se frustrar sua celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, impõe-se a sua rejeição. Cumpre ressaltar que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada obsta que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal.

3. No caso, constata-se que o acórdão da apelação transitou em julgado sem que fosse interposto recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, preferindo a defesa a via do *habeas corpus* para requerer aplicação da causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas), bem como a alteração do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade.

4. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

5. Na hipótese, a instância ordinária, conquanto tenha reconhecido a primariedade e os bons antecedentes do paciente, findou por afastar a aplicação da referida minorante, em razão da quantidade de substância entorpecente (115,9 g de cocaína) – e de evidências que conduziram à conclusão de que ele integra organização criminosa.

6. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ e do STF.

7. De outra parte, o Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 111.840/ES) declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, afastando a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado. Da mesma forma, entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

8. Observa-se que o Tribunal de origem não chegou a valorar os elementos contidos nos autos com base nos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal brasileiro, visto que fundamentou a fixação do regime fechado na hediondez e na gravidade abstrata do delito. Da mesma forma, vedou a substituição da pena privativa de liberdade.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem deferida, de ofício, para que o Juízo da Execução Penal reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as cima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e as Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.113 - SP (2012/0125302-5)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Leandro André Gomes Dias, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, juntamente com outra pessoa, transportando 115,9 g (cento e quinze gramas e nove centigramas) de cocaína.

Absolvido em primeiro grau, veio a ser condenado em sede de apelação do Ministério Público, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

No presente *writ*, sustenta a defensoria/impetrante, em síntese, que o paciente preenche os requisitos para obtenção do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inexistindo provas de que se dedique a atividades criminosas ou organizações de tal natureza.

Alega, ainda, ser possível a fixação de regime diverso do fechado para início de cumprimento da pena, bem como a conversão desta em restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem a fim de que, afastado o óbice da Lei nº 8.072/90, o Juízo das execuções estabeleça o regime inicial adequado para o cumprimento de pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.113 - SP (2012/0125302-5)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): A competência deste Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os *habeas corpus*, de forma originária, somente se verifica nas hipóteses taxativamente previstas no art. 105, I, alínea "c", da Constituição Federal.

De outro lado, a Carta Magna prevê, no art. 105, II, alínea "a", o recurso ordinário, cabível contra decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* julgados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

Outro instrumento, também com matriz constitucional (art. 105, inciso III), é o recurso especial. Nesse aspecto, a competência desta Corte se limita às causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

À luz desse preceito, esta Corte de Justiça não vem mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

No caso, constata-se que o acórdão da apelação transitou em julgado sem que fosse interposto recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, preferindo a defesa a via do *habeas corpus* para o reexame dos critérios para fixação da pena, imposição de regime prisional e substituição da sanção corporal.

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, impõe-se a sua rejeição.

Impende ressaltar, em casos que tais, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada obsta que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coarctar o constrangimento ilegal.

Na hipótese vertente, vislumbro circunstância capaz de atrair a excepcional intervenção desta Corte Superior, com a superação do óbice acima mencionado.

Isso porque, verificado constrangimento ilegal na fixação do regime prisional pela instância ordinária e na motivação para a negativa de substituição da pena. Não ocorrendo, entretanto, constrangimento ilegal em relação à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, segundo o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

No caso ora em análise, a instância ordinária, conquanto tenha reconhecido a primariedade e os bons antecedentes do paciente, findou por afastar a aplicação da referida minorante, em razão da quantidade de substância entorpecente (115,9 g de cocaína) – e de evidências que conduziriam à conclusão de que ele integra organização criminosa.

Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. EXCESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE E DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Inocorre constrangimento ilegal quando a Corte originária entende que o agente não satisfaz as exigências para a aplicação da nova causa de especial redução de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, diante da expressiva quantidade de droga apreendida em seu poder e por entender que se dedicava a atividades criminosas.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava à atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional. (HC 101.476/SP, Quinta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe de 25.5.2009)

Do Supremo Tribunal, colho este julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – Neste caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a referida minorante por reconhecer o envolvimento do paciente com a marginalidade.

III – A discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de habeas corpus, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes. (RHC 103.556/SP, Relator para acórdão Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJ e de 25.5.2011)

Nesse contexto, não vislumbro flagrante ilegalidade na aplicação do redutor em patamar diverso do máximo.

Contudo, como dito, no que tange ao regime aplicado para início de cumprimento da pena e à negativa de conversão da sanção corporal em restritivas de direitos, observo constrangimento ilegal a ser sanado.

Por ocasião do julgamento do HC nº 167.849/MG (sessão do dia 25.5.2010), salientei que, com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

Em igual sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n.º 111.840/ES, ao declarar inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, afastando a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado. Veja-se o Informativo nº 672:

É inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 ("Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"). Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deferiu habeas corpus com a finalidade de alterar para semiaberto o regime inicial de pena do paciente, o qual fora condenado por tráfico de drogas com reprimenda inferior a 8 anos de reclusão e regime inicialmente fechado, por força da Lei 11.464/2007, que instituía a obrigatoriedade de imposição desse regime a crimes hediondos e assemelhados — v. Informativo 670. Destacou-se que a fixação do regime inicial fechado se dera exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou-se que não se teriam constatado requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. Ressaltou-se que, assim como no caso da vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito de tráfico — já declarada inconstitucional pelo STF —, a definição de regime deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração. Ademais, seria imperioso aferir os critérios, de forma concreta, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo. Consignou-se que a Constituição contemplaria as restrições a serem impostas aos incursos em dispositivos da Lei 8.072/90, e dentre elas não se encontraria a obrigatoriedade de imposição de regime extremo para início de cumprimento de pena. Salientou-se que o art. 5º, XLIII, da CF, afastaria somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que denegavam a ordem.
(HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 27/6/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à substituição da pena privativa de liberdade, como ressaltado no Informativo acima transcrito, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, sendo, portanto, possível a conversão da sanção corporal em restritiva de direitos nos casos em que praticado o crime de tráfico de entorpecentes.

Nesse particular, veja-se o Informativo nº 598 do STF:

*Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de writ, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ("Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597. **Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas.** Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o habeas corpus. HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 1º.9.2010. (HC-97.256)*

No caso, a Instância Ordinária não chegou a valorar os elementos contidos nos autos com base nos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentou a fixação do regime fechado na hediondez do delito. Da mesma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma, vedou a substituição da pena privativa de liberdade, com fundamento no art. 44 da Lei de Drogas.

Assim, diante desse contexto, compete ao Juízo *a quo* reavaliar, em dados concretos, a possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado para início do resgate da reprimenda, assim como a substituição desta por restritivas de direitos.

À vista de todo exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Entretanto, em razão de flagrante ilegalidade verificada na espécie, concedo, de ofício, a ordem para que o Juízo da Execução Penal reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como a conversão da sanção corporal em restritivas de direitos, afastada a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0125302-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 246.113 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15312008 990090764562

EM MESA

JULGADO: 26/02/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROQUE JERÔNIMO ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ANDRÉ GOMES DIAS (PRESO)
CORRÉU : ANTÔNIO JOSÉ DE SANTANA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e as Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.