



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.817 - SP (2011/0222122-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANSLEY JANDERSON LEOPOLDINO LOPES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 260 INVÓLUCROS DE *CRACK*, 200 *TUBETES* DE COCAÍNA EM PÓ E 361 GRAMAS DE COCAÍNA EM PASTA, ALÉM DE 1200 *TUBETES* VAZIOS. PACIENTE REINCIDENTE NO DELITO DE TRÁFICO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. ART. 33, § 2º, B, DO CP. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. ALTO PODER DESTRUTIVO E DE DISSEMINAÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A pena-base do delito de tráfico foi devidamente majorada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses acima do mínimo legal em razão da natureza e quantidade do entorpecente apreendido (260 invólucros de *crack*, 200 *tubetes* de cocaína em pó e 361 gramas de cocaína em pasta, além de 1200 *tubetes* vazios), nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não havendo qualquer ilegalidade.

– No que diz respeito à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, as instâncias de primeiro e segundo graus não aplicaram esse benefício porque o paciente é reincidente (ostenta condenação por delito da mesma espécie). Por expressa previsão legal, essa causa de diminuição de pena é aplicada apenas aos réus primários.

– Quanto ao regime prisional, correta a fixação do regime fechado tendo em vista a gravidade concreta do delito, consubstanciada no alto poder destrutivo e de disseminação dos entorpecentes apreendidos, em consonância com o art. 42 da Lei 11.343/2006, bem como em razão da reincidência do paciente (art. 33, § 2º, b, do CP).

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 20 de fevereiro de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.817 - SP (2011/0222122-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANSLEY JANDERSON LEOPOLDINO LOPES (PRESO)

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANSLEY JANDERSON LEOPOLDINO LOPES contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal n. 0008857-35.2010.8.26.0309.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

A impetrante requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e a adoção de regime prisional mais brando.

Indeferida a liminar (fl. 74) e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 83/94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.817 - SP (2011/0222122-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Dessa forma, não conheço do presente *habeas corpus* porque substitutivo de recurso especial e passo à análise de eventual constrangimento ilegal capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante porque guardava em sua residência 260 invólucros de *crack*, 200 *tubetes* de cocaína em pó e 361 gramas de cocaína em pasta, além de 1200 *tubetes* vazios.

A pena-base do delito de tráfico foi devidamente majorada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses acima do mínimo legal em razão da natureza e quantidade do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não havendo qualquer ilegalidade. Nesse sentido:

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. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (45kg DE COCAÍNA). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. 3. EXCLUSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO VII, DA LEI N.º 11.343/2006. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. PROCEDIMENTO VEDADO NA VIA ELEITA. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A quantidade e a qualidade da droga são circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderantes na dosimetria da pena, nos termos do que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Assim, a majoração da pena-base encontra-se devidamente justificada, diante da apreensão, com o paciente, de aproximadamente 45 kg (quarenta e cinco quilos) de cocaína. Precedentes.

3. As instâncias ordinárias afirmaram ser o paciente o financiador das ações criminosas da associação, esclarecendo ser ele o detentor das drogas, bem como o responsável pelo repasse de valores aos demais membros da organização. Para desconstituir o que ficou estabelecido na origem, mostra-se necessário o reexame completo e detalhado dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento totalmente incompatível com os estreitos limites do habeas corpus.

Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 255.464/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 25/9/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

(1) CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (3) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE POSSUÍA ENVOLVIMENTO COM A CRIMINALIDADE LIGADA À NARCOTRAFICÂNCIA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (4) CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISOS III E V, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (5) WRIT NÃO CONHECIDO.

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. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. ("As circunstâncias foram graves, eis que o acusado transportava elevada quantidade de entorpecentes consistente em 203,27 (duzentos e três gramas e vinte e sete centigramas), sendo que a elevada quantidade de droga deve ser levada em consideração como fator preponderante na fixação da pena-base, conforme o art. 42 da Lei n.º 11.343/06 "). Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente possuía envolvimento com a criminalidade ligada à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcotraficância, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

4. O pedido de afastamento da majorante do art. 40, incisos III e V, da Lei Antidrogas fatalmente obrigaria o revolvimento de provas e fatos, o que impossibilita sua análise por este Sodalício, sob pena de indevido revolvimento fático-probatório.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 173.437/MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/6/2013).

No que diz respeito à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, as instâncias de primeiro e segundo graus não aplicaram esse benefício porque o paciente é reincidente (ostenta condenação por delito da mesma espécie). Por expressa previsão legal, essa causa de diminuição de pena é aplicada apenas aos réus primários. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS E REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, 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.

2. Na espécie, a instância ordinária findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da reincidência específica do paciente e de sua dedicação às atividades criminosas.

3. Para concluir em sentido diverso - sobre a dedicação à prática delituosa -, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

4. A reincidência, uma vez reconhecida, pode ser utilizada como fundamento para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Da mesma forma, não há que se falar em bis in idem na sua consideração como critério para exasperação da pena, pois se tratam de efeitos diversos dados a esse instituto, considerados em etapas distintas da fixação da pena. Precedentes.

5. Em decorrência da não aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44, I, do Código Penal).

6. A pena imposta e a reincidência do paciente, conduzem à necessidade de manutenção do regime prisional fechado para o início da expiação.

7. Ordem denegada (HC 237.214/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, necessário o preenchimento de todas as condições elencadas na lei, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

2. Inviável o reconhecimento da minorante em questão quando evidenciado que o paciente é comprovadamente reincidente, pouco importando se a reincidência é específica ou não, já que ausente qualquer distinção feita pelo legislador nesse sentido.

3. Não há que se falar em bis in idem quando considerada a reincidência na segunda etapa da dosimetria, como agravante genérica, e na terceira fase de aplicação da pena, como impeditivo para o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois se trata apenas de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação da reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e à reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

4. Ordem denegada (HC 178.933/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 03/02/2011, DJe 09/03/2011).

Quanto ao regime prisional, correta a fixação do regime fechado tendo em vista a gravidade concreta do delito, consubstanciada no alto poder destrutivo e de disseminação dos entorpecentes apreendidos, em consonância com o art. 42 da Lei 11.343/06, bem como em razão da reincidência do paciente (art. 33, § 2º, b, do CP).

Esse entendimento está de acordo com a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. **REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO E NATUREZA DA DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. 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 revisão criminal.

2. 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.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão do elevado potencial de disseminação e da natureza da droga - 29 porções de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 281377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013).

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 ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE 3. **MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (3 TUBETES DE COCAÍNA - 0,9g E 18 PEDRAS DE CRACK - 1,7g). ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO.** SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. UTILIZAÇÃO DE MENOR NA EMPREITADA CRIMINOSA. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. LIMINAR CASSADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Para a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no referido dispositivo. Hipótese em que, o Tribunal de origem, embora tenha reconhecido a dedicação às práticas criminosas, concedeu a minorante na fração de $\frac{1}{2}$ (metade). Para afastar eventual constrangimento ilegal seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do habeas corpus.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, conquanto a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos. Hipótese em que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo destaca a utilização de menor para a empreitada criminosa.

4. Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada (HC 274.467/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 04/11/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (**oito pedras de crack**), bem como as circunstâncias em que perpetrado o delito.

3. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

5. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente - crack -, substância entorpecente cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante.

6. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada (HC 187.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 09/04/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. PACIENTE REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 revisão criminal.

2. Há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da pena, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a atenuante da menoridade é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência. (Precedentes).

3. In casu, verifica-se que o paciente é reincidente, o que impede a fixação do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da menoridade relativa, tornando a pena definitiva no quantum de 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 243.692/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013)

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0222122-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 218.817 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3082010 3090120100088573 88573520108260309 990104859468

EM MESA

JULGADO: 20/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROSELY GALVÃO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANSLEY JANDERSON LEOPOLDINO LOPES (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.