



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.318 - SP (2016/0163896-7)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : PATRICIA MARYS DE ALMEIDA GONCALVES
ADVOGADO : PATRÍCIA MARYS DE ALMEIDA GONÇALVES - SP169686
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILAS ROSA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO REDUTORA AQUÉM DA MÁXIMA LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. OFENSA ÀS SÚMULA 440/STJ E 718 E 719/STF. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA RECLUSIVA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 44, I, CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. No que tange à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, urge salientar que a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em patamar diverso de 2/3, sem a apresentação de justificativa idônea, configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.
3. Exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite ao réu primário cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.
4. Descabido o pleito de substituição da pena privativa por restritivas de direitos, uma vez não preenchidos os requisitos autorizadores contidos art. 44, I, do Código Penal pela aplicação das regras do cúmulo material de penas. Precedentes.
5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir as penas a 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 176 dias-multa.

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 votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.318 - SP (2016/0163896-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : PATRICIA MARYS DE ALMEIDA GONCALVES
ADVOGADO : PATRÍCIA MARYS DE ALMEIDA GONÇALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILAS ROSA

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de SILAS ROSA contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 28 da Lei nº 11.343/06 (posse de entorpecente), à pena de advertência sobre os efeitos das drogas e, no art. 16, § único, IV, da Lei nº 10.826/03 (posse de arma), às penas de 3 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime fechado, ambos na forma do art. 69 do CP.

Interpostas apelações, o Tribunal de origem, apesar de negar provimento ao recurso defensivo, deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 416 dias-multa, totalizando as penas, para ambos os crimes, 7 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 426 dias-multa.

Sustenta a impetrante, em suma, a necessidade de fixação no patamar máximo do *quantum* referente ao privilégio contido no §4º do art. 33, da Lei 11.343/06, bem como para que seja determinado o cumprimento da pena em regime inicial menos gravoso, operando-se, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida em decisão de fl. 511.

As informações foram prestadas às fls. 514/526 e 529/542.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 545/550 pelo não conhecimento do writ, mas, no mérito, pela concessão da ordem de ofício, no sentido de se aplicar o *redutor de 2/3 pelo tráfico privilegiado, ante a falta de fundamentação do grau de redução (...)*, totalizando a pena pelo crime de tráfico de drogas em 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa (fl. 549).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 360.318 - SP (2016/0163896-7)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Como visto, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 416 dias-multa.

Requer o impetrante a fixação, no patamar máximo, do privilégio contido no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, seja determinado o cumprimento da pena em regime inicial menos gravoso e, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Quanto à dosimetria aplicada à pena pela Instância ordinária, especificamente quanto à aplicação do redutor de 1/6 pelo tráfico privilegiado e ao regime fechado para o cumprimento inicial da pena, o Tribunal de origem assim se pronunciou:

Passo a dosar a pena.

Na primeira fase, atento ao art. 59, do Código Penal, e art. 42, da Lei nº 11.343/2006, as condições judiciais são favoráveis ao réu, razão pela qual a pena base deve ser fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes aptas a alterar o patamar fixado.

Na fase final, entendo ser o réu merecedor do benefício previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, já que é primário, possuidor de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes e não há demonstração de que integre organização criminosa ou que se dedique à prática delitiva.

Dessa forma, reduzo a pena com a aplicação do redutor em seu patamar mínimo, qual seja, 1/6, o que enseja na reprimenda final de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, mais o pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, os quais fixo no mínimo legal.

No mais, indiscutível que, para os delitos de tráfico de drogas, o regime inicial é o fechado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. O bom filho torna-se rebelde, desrespeitador, violento, furta dos próprios pais e não raramente pratica agressões contra eles, violência esta que não pode ser tolerada, tudo para obtenção da droga. Acaba se transformando em traficante para sustentar o vício. A tranquilidade da família desaparece e em seu lugar passa a reinar o que há de pior, causando problemas de seriedade incontestável.

Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Assim, não merece ser acolhido o pedido formulado pela combativa Defesa (fls. 536/537).

No que tange à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, urge salientar que a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em patamar diverso de 2/3, sem a apresentação de justificativa idônea configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016).

Essa é a situação contida nos presentes autos, já que o Tribunal de origem, após concluir serem as condições judiciais favoráveis ao réu e considerar preenchidos os requisitos contidos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, fixa em 1/6 o redutor do tráfico privilegiado sem declinar qualquer consideração que justificasse a incidência da mencionada minorante em grau diverso do máximo.

Nesse sentido, inexistente fundamento válido para a aplicação da redução no grau mínimo, bem como preenchidos os requisitos legais, deve ser aplicada a fração máxima de 2/3.

Passo, assim, ao redimensionamento das penas.

Compulsando os autos, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, a qual permaneceu no mesmo patamar na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Na terceira fase, presente a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, as penas são reduzidas de 2/3, totalizando 1 ano e 8 meses de reclusão e 166



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

No que tange ao regime inicial fechado, vê-se que foi fixado apenas com base na gravidade abstrata do delito, situação, esta, que não se coaduna com a realidade dos autos, visto que, conforme já apontado, trata-se de paciente que, além de ter sua pena-base fixada no mínimo legal, fez jus à causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Estabelece o § 3º do art. 33 do CP que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

Súmula 440/STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse contexto, tratando-se de réu primário, condenado à pena reclusiva total não superior a 8 anos (3 anos de reclusão pelo delito do art. 16 da Lei 10.826/2003 e 1 ano e 8 meses de reclusão pelo do art. 33, caput, c/c §4º, da Lei n. 11.343/2006), cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, faz jus o paciente ao regime semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, §2º, da Lei n. 11.343/2006.

No tocante ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, embora a sanção dos crimes em que condenado, isoladamente, não tenha ultrapassado o *quantum* máximo de pena legalmente exigido, uma vez reconhecida a regra do concurso material nas instâncias de origem, verifica-se que a soma das penas estabelecidas, em definitivo, ultrapassa o *quantum* previsto nos art. 44, I, do Estatuto Repressivo, impossibilitando, portanto, sua concessão.

Sendo assim, é de se afastar a pretensão de substituição da pena privativa por restritivas de direitos, tendo em vista que as regras do cúmulo material afastaram o preenchimento dos requisitos autorizadores das medidas, consoante disposto no art. 44, I, do Código Penal. A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO, ESPECIAL OU DE REVISÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E DE PORTE ILEGAL DE ARTEFATO EXPLOSIVO. CONCURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MATERIAL. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE PELA FALTA DE APRECIÇÃO DA TESE DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE PELA VIA DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O § 4º, DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. RECONHECIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE O PACIENTE SE DEDICAVA À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. MODIFICAÇÃO PARA REGIME MENOS GRAVOSO. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, SURSIS E MUDANÇA PARA REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PENAS DEFINITIVAS, SOMADAS EM RAZÃO DO CONCURSO MATERIAL, QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

8. No tocante aos pedidos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sursis e a fixação de regime menos gravoso, incabível o acolhimento dessas pretensões, porquanto as sanções aplicadas, quando somadas diante do concurso material, excedem os limites legais impostos para a concessão dos benefícios almejados.

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 133.666/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INCABIMENTO. INDEFERIMENTO LIMINAR. MANUTENÇÃO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA QUE, EM RAZÃO DO SOMATÓRIO DECORRENTE DO CONCURSO MATERIAL, ULTRAPASSA OITO ANOS DE RECLUSÃO. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL APTO A JUSTIFICAR O PROCESSAMENTO DO WRIT. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. É inadmissível o emprego do habeas corpus em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional (precedentes do STJ e do STF), bem como à revisão criminal.

2. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que indefere liminarmente o writ, substitutivo de revisão criminal, em que não se vislumbra ameaça ou coação manifesta à liberdade de locomoção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta ao direito de ir e vir, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

4. No caso, busca a impetração a fixação de regime inicial menos rigoroso de cumprimento da pena e de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, em relação ao crime de associação para o tráfico de drogas, ao argumento da ausência de hediondez do crime. Entretanto, a paciente foi condenada como incurso nos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas, em concurso material, às penas que, somadas, ultrapassam 8 anos de reclusão, situação que, por si só, justifica a imposição do regime inicial fechado de cumprimento da pena e a não substituição por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, a, e 44, I, ambos do Código Penal.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 265.436/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 10/04/2013).

Ante o exposto, voto por não conhecer do writ, mas por conceder a ordem, de ofício, para reduzir as penas, quanto ao delito de tráfico, a 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, as quais totalizam, pelo concurso material com o delito do art. 16 da Lei n. 10.826/2003, 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 176 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0163896-7

HC 360.318 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00076297420138260000 00149534920128260292 00197653720128260292 13142012
149534920128260292 197653720128260292 20130000201876 20130000444598
20150000349558 76297420138260000

EM MESA

JULGADO: 18/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PATRICIA MARYS DE ALMEIDA GONCALVES
ADVOGADO : PATRÍCIA MARYS DE ALMEIDA GONÇALVES - SP169686
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILAS ROSA

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 do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.