



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.847 - SP (2014/0116535-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIO MANTOVAN DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDRO FAGNER AZEVEDO GARRIDO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FIXAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. 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 apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Justificado o *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e da diversidade 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).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/6 decorreu da quantidade e da variedade da droga apreendida (1 porção de cocaína, 4 invólucros plásticos contendo 6,0g de maconha, 7 porções contendo 2,7g de *crack* e 68 porções contendo aproximadamente 60g de cocaína), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do *mandamus*.

4. A Suprema Corte, 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.

5. Esta Corte tem firmado o entendimento de que "a quantidade e qualidade da droga apreendida podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, interferir na escolha do percentual de redução pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como na fixação do regime prisional e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (AgRg no REsp. 1.376.334/PR, Rel. Min. MARCO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 29/08/2014).

6. Embora fixada a sanção em patamar equivalente à aplicação do regime semiaberto (4 anos e 2 meses), o Tribunal de origem, ao lado do dispositivo reputado inconstitucional pelo STF, manteve o regime mais gravoso para o cumprimento da reprimenda arrimado na quantidade e na natureza das substâncias apreendidas.

7. O *quantum* de pena aplicada implica óbice à substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44 do CP.

8. *Writ* não conhecido.

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. 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, 20 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.847 - SP (2014/0116535-8)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ALEXSANDRO FAGNER AZEVEDO GARRIDO, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas infrações definidas nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, sendo-lhe imposta pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela primeira delas, e 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto, pela segunda, sendo esta última substituída por pena restritiva de direitos (fl. 93).

Insurge-se a impetração contra a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da primeira lei mencionada, no grau mínimo de 1/6, destacando que a quantidade de substância entorpecente apreendida não se mostrou expressiva, o que justificaria a fixação do redutor no grau máximo.

Ressalta, ainda, que a primariedade e as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente lhe permitem cumprir a reprimenda em regime prisional diverso do fechado, a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do CP.

Requer seja aplicado aquela minorante no patamar máximo e fixado o regime inicial diverso do fechado.

Indeferida a liminar pelo em. Ministro Ministro Ribeiro, às fls. 53/54.

Prestadas as informações (fls. 66/91 e 93/94).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 98/105).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.847 - SP (2014/0116535-8)

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.

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 em concreto. O legislador, entretanto, não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena.

Dessa forma, compete ao Juiz de primeiro grau, dentro do seu livre convencimento motivado, considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, especialmente, a natureza e a quantidade de droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para determinar o *quantum* de diminuição da reprimenda.

No caso, o sentenciante fixou o patamar de 1/6 para aquela minorante fundado na quantidade de droga apreendida em poder do sentenciado (1 porção de cocaína, 4 invólucros plásticos contendo 6,0g de maconha, 7 porções contendo 2,7g de *crack* e 68 porções contendo aproximadamente 60g de cocaína – fls. 8 e 73).

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 diversidade 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.

Atinente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda arremado naquele dispositivo declarado inconstitucional pelo STF e na valoração desfavorável das circunstâncias judiciais, evidenciada pela quantidade, a diversidade e a natureza das substâncias apreendidas (fls. 47/48).

No que tange à quantidade e à qualidade da droga apreendida, tais elementos podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na fixação do regime prisional (HC 124108, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 13/11/2014; HC 121389, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 07/10/2014, e AgRg no REsp. 1.376.334/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 29/08/2014).

In casu, embora fixada a sanção pelo Tribunal de origem em patamar equivalente à aplicação do regime semiaberto (4 anos e 2 meses), a adoção de regime prisional mais gravoso para o início da expiação justifica-se pela quantidade e pela diversidade da substância encontrada.

Por último, assinalo que o *quantum* de pena aplicada implica óbice à substituição pretendida, a teor do disposto no art. 44 do CP.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0116535-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294.847 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0048294162012 00482941620128260050 20130000459520 48294162012
482941620128260050 8482012

EM MESA

JULGADO: 20/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIO MANTOVAN DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDRO FAGNER AZEVEDO GARRIDO

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."

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.