



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.180 - SP (2015/0007278-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MAURO HENRIQUE CENCO
ADVOGADO : MAURO HENRIQUE CENÇO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON RODRIGUES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- O regime fechado foi fixado tendo em vista as circunstâncias do caso concreto - a natureza lesiva, variedade e quantidade da droga apreendida.

- *Habeas corpus* 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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2016 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.180 - SP (2015/0007278-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MAURO HENRIQUE CENCO
ADVOGADO : MAURO HENRIQUE CENÇO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON RODRIGUES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDSON RODRIGUES DA SILVA, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0007472-38.2012.8.26.0291).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 166 dias-multa.

Interposta apelação pelas partes, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao reclamo ministerial, redimensionando a pena para 5 anos de reclusão, mantido o regime fechado (fls. 17/26);

*APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE ENTORPECENTES
RECURSO DA DEFESA PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR
INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O
DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI ? 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE
- Inviável a absolvição ou a desclassificação para o delito o artigo
28 da Lei nº 11.343/06 se as circunstâncias que envolvem os fatos,
a variedade e a quantidade de drogas, e a forma como estavam
embaladas, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de
entorpecentes - Não se pode negar valor aos depoimentos de
policiais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não
se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente o réu.
- RECURSO MINISTERIAL VISANDO O AFASTAMENTO DA
CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, §
4º, DA LEI N. 11.343/06 - ACOLHIMENTO ~ Existindo nos autos
evidências de não se tratar o réu de pequeno e eventual traficante,
mas de pessoa envolvida na atividade criminosa do tráfico, não se
pode cogitar da redução da pena com base no § 4º do artigo 33 da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei nº 11.343/06. Recurso da Defesa não provido.

Recurso Ministerial provido, para afastar o redutor, majorando as penas.

No presente *writ*, o impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a não aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sustenta, ainda, a ilegalidade na fixação do regime fechado com base na gravidade abstrata do delito.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o redimensionamento da pena, bem como a fixação do regime semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 29/31.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 60/70, pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.180 - SP (2015/0007278-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal, tendo em vista a não aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e da fixação do regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A dosimetria da pena e o estabelecimento do regime prisional inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e estão atrelados às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, que somente podem ser revistos por esta Corte, mormente em *habeas corpus*, em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Em relação à não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue o que foi consignado pela Corte *a quo* quando julgada a apelação (fls. 24/25):

Já na terceira fase, o sentenciante, entendendo presentes os requisitos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduziu a pena em 2/3, chegando a 01 ano e 08 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa.

No entanto, in casu, não cabe o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que, de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado "poderá" reduzir a pena fixada ao agente, de um sexto a dois terços, desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. No caso dos autos, contudo, restou amplamente demonstrado que o réu se dedicava à atividade criminosa, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha variedade e quantidade de drogas, além de apetrechos destinados à divisão e embalagem dos entorpecentes, somada à quantia em dinheiro, produto da venda de diversas outras porções de droga, o que afasta definitivamente o reconhecimento de tal benefício. some-se a isso a existência de informações dando conta do tráfico de entorpecentes pelo réu, o qual sequer soube explicar o motivo de possuir uma balança de precisão.

Nesse contexto, atendendo ao apelo Ministerial, afasto a incidência do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, resultando a pena em 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena essa que torno definitiva, à míngua de outras causas modificativas.

Portanto, extrai-se que o Tribunal *a quo* formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava à atividades criminosas, tendo em vista a variedade e quantidade de drogas, apetrechos e dinheiro apreendidos com o réu - 02



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ependorfs de cocaína (pesando 55,44g); bem como guardava, no interior de sua residência, situada na mesma rua, nº 256, também para comercialização, 55 ependorfs de cocaína (pesando 44,230g), 02 pedras de "crack" (pesando 185,120g), 01 porção sólida de cocaína (pesando 44,320g) e 02 porções de cocaína em pó (pesando 63,430g), substâncias que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar; além de R\$ 52,00 em dinheiro, uma balança de precisão e 990 ependorfs vazios (fl. 20).

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa, como na espécie.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida com o recorrente - 11,240 kg de maconha - revela-se apta a evidenciar a dedicação à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

II - Além disso, o atual entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é no sentido de que, regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico, integra organização criminosa. Precedentes.

III - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n. 1.475.447/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1480593/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

Em relação ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No presente caso, assim foi consignado pelo Tribunal *a quo* para fixar o regime mais gravoso:

(...) nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, tal substituição não se afigura possível no caso dos autos em que, como já mencionado, o maior número de porções apreendidas evidencia não se tratar de pequeno traficante. Soma-se a isso a natureza lesiva das drogas apreendidas ("crack" e cocaína - causadoras de dependência química rápida e danos irreversíveis, que podem levar o usuário a óbito em reduzido tempo de uso), a demonstrar a altíssima reprovabilidade da conduta do traficante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelas mesmas razões, inadmissível a imposição de regime mais brando, solução que ensejaria sentimento de impunidade e incentivo à criminalidade, contrariando o anseio legítimo da sociedade em ver o autor de crime de tal natureza mais severamente punido.

Pela leitura do acórdão recorrido, verifica-se que o regime fechado foi fixado tendo em vista as circunstâncias do caso concreto - a natureza lesiva e variedade das drogas apreendidas. Ademais, com a quantidade de droga apreendida (207g de cocaína e 185g de crack), não há razões para flexibilizar o regime fixado, à luz do art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006, no estabelecimento do regime de cumprimento de pena e justifica a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

3. No caso, a Corte estadual aplicou a minorante da Lei de Drogas, na fração de 1/3 (um terço), fixou o regime inicial fechado e não substituiu a pena corporal com fundamento na diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas, 49 (quarenta e nove) invólucros de "crack"; 70 (setenta) porções de maconha e 299 (duzentos e noventa e nove) epperndorfs de cocaína, o que não se mostra desproporcional, portanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 332.409/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0007278-1

HC 314.180 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00074723820128260291 20140000843568 74723820128260291 8282012

EM MESA

JULGADO: 03/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAURO HENRIQUE CENCO
ADVOGADO : MAURO HENRIQUE CENÇO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON RODRIGUES 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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.