



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.265 - SP (2013/0366077-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLESIO APARECIDO ERVOLINO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. REGIME. PENAS ALTERNATIVAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TÓPICOS INDEPENDENTES. *HABEAS CORPUS* 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. A redução da pena em uma fase da dosimetria em nada impede, ao contrário, até recomenda, seja este fato valor relevante para mais brando tratamento no regime prisional e na possibilidade de incidência de sanções penais alternativas à prisão.
3. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para que o juízo da execução proceda à individualização do regime de cumprimento da pena, bem como verifique a possibilidade de aplicação de penas alternativas.

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.265 - SP (2013/0366077-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLESIO APARECIDO ERVOLINO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, em favor de Clesio Aparecido Ervolino, apontando como autoridade coatora Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, que negou provimento ao recurso em apelação interposto pelo paciente, mantendo sua condenação de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias.

Sustenta manifesto constrangimento ilegal, haja vista que o regime inicial fixado foi mais gravoso que a pena aplicada. Aduz, ainda, a violação do direito de ter sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, consoante art. 44 do Código Penal.

Indeferida a liminar, foi o parecer Ministerial pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.265 - SP (2013/0366077-3)

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.

A sentença condenatória, mantida na integralidade pelo TJSP quando do julgamento da apelação, restou assim fundamentada:

“[...]

Quanto as questões da liberdade provisória (o que alcança também o direito a recorrer solto), da possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade e do regime inicial da sanção, observo que o Supremo Tribunal Federal vem, ainda que de forma não unânime (havendo valiosíssimos votos divergentes) afastando as inflexíveis disposições legais expressas (vedação da liberdade e das penas restritivas, bem como regime inicial sempre fechado).

E as razões de tais entendimentos vêm bem esclarecidas na seguinte emenda:

[...]

Ou seja, é evidente que um dos principais fundamentos do afastamento daquelas disposições legais inflexíveis foi a preservação do poder/dever de individualização das penas, nem de longe se podendo disso extrair que todo e qualquer tráfico de entorpecentes deva ser considerado como tendo a mesma gravidade e pelos mesmos critérios que qualquer outro delito, tais como um simples furto ou estelionato, por exemplo.

Ora, não se pode negar que tanto o Constituinte como o legislador ordinário sempre demonstraram que o tráfico de entorpecentes é um crime muito grave, e merece ser combatido com especial rigor. Vide nesse sentido não só os dispositivos atacados das Leis nº 11.343/06 e 8.072/90, como também os incisos XLIII e LI do artigo 5º da Constituição Federal.

Desta forma, tenho que a melhor interpretação das decisões do Supremo Tribunal Federal, com o necessário e imprescindível respeito à vontade da sociedade expressada pelo legislador é a de que o sentido daquelas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinações específicas (maior rigor) deva ser a base de aplicação das penas para o crime de tráfico, mas com a flexibilidade de que, em situações diferenciadas de menor gravidade, se possa, em caráter excepcional, abrandar as sanções aplicáveis.

O tráfico de entorpecentes é uma atividade extremamente lucrativa, e a sanção para tal delito deve ser proporcional ao benefício que ele proporciona a quem o pratica, sob pena de prejudicar o objetivo da pena de dissuadir deste tipo de conduta.

Agir de outra forma, tratando o tráfico de drogas exatamente pelos mesmos critérios que qualquer outro delito não hediondo ou equiparado implicaria em transformar em letra morta as disposições, orientações e princípios contidos na Constituição Federal sobre tal delito.

Ora, no caso concreto, como já acima dito, as circunstâncias não indicam um crime de menor gravidade, já que foram encontradas grande quantidade de entorpecentes e materiais para manuseio e embalagem, potencialmente atingindo diversos usuários.

Ademais, o réu já foi significativamente beneficiado com a redução da pena nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não podendo se admitir que também seja beneficiado com regime mais favorável ou de outra medida substitutiva (aos quais não merece pelas circunstâncias acima indicadas), sob pena de tornar inócua a sanção penal.

Por isso que, no caso específico dos autos, aplico o regime fechado como o inicial, sendo negada a substituição da pena privativa de liberdade, tornando assim a sanção proporcional à gravidade do delito praticado, e em efetivo desestímulo a que não só o réu, mas mesmo outras pessoas, venham optar por este extremamente lucrativo e pernicioso delito.

E, pelas mesmas razões, tendo o réu respondido ao feito custodiado, e restando reforçadas por esta sentença as razões que o levaram anteriormente a sua custódia cautelar, especialmente observando a pena aplicada e as circunstâncias desfavoráveis acima indicadas, não há razão para o reconhecimento de situação excepcional que justificasse o direito de apelar solto, nos termos do art. 59 da Lei nº 11.343/06. [...]” (fls. 67 à 70)

Observa-se que tanto o regime inicial fechado de cumprimento de pena, quanto a negação às penas alternativas tiveram o mesmo e único fundamento: já foi o paciente beneficiado com redução da penal pela minorante do tráfico privilegiado.

A redução da pena em uma fase da dosimetria em nada impede, porém, ao contrário, até recomenda, seja este fato valor relevante para mais brando tratamento no regime prisional e na possibilidade de incidência de sanções penais alternativas à prisão.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus* mas, de ofício, conceder a ordem para que o juízo da execução (pois já transitada em julgado a ação penal de origem – fl. 222) proceda à individualização do regime de cumprimento da pena, bem como verifique a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de aplicação de penas alternativas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0366077-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.265 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00166922620138260000 00404752820128260050 01237407820128260000
1237407820128260000 166922620138260000 404752820128260050

EM MESA

JULGADO: 23/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS SANTANA MATOS LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLESIO APARECIDO ERVOLINO (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 do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.