



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.604 - RJ (2014/0191413-9)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : REGINALDO BATISTA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. BENESSE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. FIXAÇÃO PELA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

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. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

3. Caso em que o Tribunal de origem exasperou a pena-base em 1 ano, em virtude da diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida (220,9g de maconha, acondicionadas em 49 invólucros plásticos transparentes; 14,2g de cocaína, acondicionadas em 42 invólucros plásticos e 6,5g de *crack*, acondicionadas em 45 invólucros plásticos), o que não se mostra desproporcional ou desarrazoado.

4. Justificado o *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, daquele diploma, no patamar de 1/6, em razão da demonstração de que o réu "trabalhava para o tráfico local", como evidenciado pela quantidade de substância encontrada, 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).

5. 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.

6. A fixação de regime inicial fechado com arrimo na hediondez do ilícito denota, *in casu*, a necessidade de se avaliar, à luz do novel entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretoriano, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado do art. 44 da Lei n. 11.343/06, pois as instâncias ordinárias não procederem "à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal (HC 300.544/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015).

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado.

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 e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. 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, 25 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.604 - RJ (2014/0191413-9)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de REGINALDO BATISTA DOS SANTOS, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso na infração definida no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe imposta pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, reprimenda que foi elevada para 5 anos, após provido recurso de apelação do *Parquet*.

Pugna a impetração pela redução da pena-base, aduzindo ser possível sua fixação no mínimo legal, sob o argumento de que a quantidade de droga apreendida não era expressiva.

Insurge-se, ainda, contra o *quantum* de redução pela aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da primeira lei mencionada, apontando a possibilidade de fixá-la no grau máximo de 2/3, bem como de permitir ao paciente iniciar o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado.

Requer seja fixada a pena-base em seu patamar mínimo; aplicado aquela minorante no patamar máximo e alterado o regime prisional para o semiaberto.

Indeferida a liminar pelo em. Ministro Moura Ribeiro (fl. 43).

Prestadas as informações (fls. 52/69).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 74/77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.604 - RJ (2014/0191413-9)

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.

O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, 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.

Assim, por força do referido preceito normativo, no momento da fixação da reprimenda prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga.

No caso dos autos, o Tribunal de origem, a partir da valoração da "numerosa quantidade de papelotes contendo estupefacientes de diferentes espécies" (fl. 38), exasperou a pena-base em 1 ano acima do mínimo legal (6 anos), o que não se mostra desproporcional ou desarrazoado.

No que se refere à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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.º 11.343/2006, para determinar o *quantum* de diminuição da reprimenda.

Na hipótese sob análise, a Corte *a quo* fixou o patamar de 1/6 para aquela minorante fundada na constatação de que o réu "trabalhava para o tráfico local" como evidenciado pela numerosa quantidade de droga apreendida, que, segundo consta do decreto condenatório, consistia em 220,9g de maconha, acondicionadas em 49 invólucros plásticos transparentes, 14,2g de cocaína, acondicionadas em 42 invólucros plásticos e 6,5g de *crack*, acondicionadas em 45 invólucros plásticos (fl. 37).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, devidamente justificado o *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da quantidade 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.

No caso, o sentenciante fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda arrimado naquele dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, enquanto o Tribunal *a quo* manteve aquela orientação com base na hediondez do ilícito (fls. 25 e 39).

Tal constatação denota a necessidade de se avaliar, à luz do novel entendimento, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, pois as instâncias ordinárias não procederem "à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal (HC 300.544/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015).

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *writ*. CONCEDO a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0191413-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 300.604 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00222579620108190023 059292010 071059292010 08553810712010 22257962010
222579620108190023 59292010 71059292010 8553810712010

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : REGINALDO BATISTA DOS SANTOS

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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.