



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 291.971 - SP (2014/0075191-9)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **RODRIGO RODRIGUES DE MELO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL E FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática, que negou seguimento ao *habeas corpus*, mas concedeu, de ofício, a ordem, porque a questão nele levantada se encontra em consonância com jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.
2. Agravo regimental improvido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de agosto de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 291.971 - SP (2014/0075191-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra decisão monocrática que negou seguimento ao *writ*, mas concedeu a ordem de ofício:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. PENA APLICADA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL E FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. PARECER ACOLHIDO EM PARTE.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes.

2. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

3. Não incide o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. No caso dos autos, constatou-se que o réu se dedicava a atividades criminosas. A pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão do Tribunal *a quo*, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na sede estreita do *habeas corpus*.

4. Ainda que a jurisprudência das Cortes Superiores seja no sentido de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas é inconstitucional, matéria esta já pacificada, tal substituição só poderá ocorrer se forem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, quais sejam: pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis. *In casu*, impossível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva ante a quantidade da pena imposta (5 anos de reclusão).

5. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, não subsiste mais a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o correspondente à pena aplicada.

6. *Habeas corpus* a que se nega seguimento. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, manter o paciente em regime inicial semiaberto.

Sustenta o agravante que *há previsão legal expressa determinando a obrigatoriedade de fixação do regime prisional fechado aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes* (fls. 138/139).

Alega, ainda, *não ser possível a fixação de regime prisional diverso do fechado aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, visto que a previsão legal se encontra em consonância com a Constituição Federal por se tratar de crime equiparado a hediondo, que requer tratamento diferenciado, não afrontando a garantia da individualização da pena* (fl. 142).

Ao final, requer a reforma da decisão que concedeu a ordem ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 291.971 - SP (2014/0075191-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O agravo regimental não merece provimento, tendo em vista que a decisão ora agravada se revela consentânea com a jurisprudência desta Corte, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais transcrevo para que integrem o presente julgado (fls. 119/124):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em benefício de **Rodrigo Rodrigues de Melo**, em que se aponta como autoridade coatora a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 0013899-62.2013.8.26.0050) – fl. 25.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 20ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda, comarca de São Paulo/SP, na Ação Penal n. 283/13, condenou o paciente a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela infração ao art. 33, *caput*, c/c § 4º da Lei n. 11.343/2006 (13,53 g de cocaína e 4,07 g de cocaína na forma de crack – fl. 13). Foi-lhe vedado o direito ao recurso em liberdade (fls. 22/23).

Interpostos recursos pela defesa e pela acusação, o Tribunal local negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso do *Parquet*. Esta, a ementa do acórdão (fl. 26):

Tráfico de entorpecentes. Acusado surpreendido por policiais no momento em que fazia a venda de entorpecente a usuário. Apreensão, em poder do réu, de 15 porções de cocaína e 9 porções de crack, além de R\$ 80,00, em notas miúdas. Palavras dos policiais coerentes e harmônicas, em sintonia com o depoimento do usuário, ainda que apenas na polícia. Modificação do relato em juízo que em nada beneficia o acusado, já que não há dúvida de que a testemunha agiu assim por medo de represálias. Quantidade e variedade dos entorpecentes, além da apreensão de dinheiro, indicando clara destinação ao comércio ilícito. Condenação bem decretada. Recurso da acusação pleiteando o afastamento da redução operada nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Acolhimento. Regime fechado adequado. Substituição inviável. Apelo da defesa improvido. Apelo da acusação provido.

Neste *habeas corpus*, sustenta a Defensoria que, ao dar provimento ao recurso ministerial e afastar a causa de redução de pena mencionada, elevando as penas do paciente de 1 ano e 8 meses para 5 anos, a C. Câmara o fez com base em requisito não previsto em lei, uma vez que afastou a causa de redução de pena, com base no "volume e variedade da droga apreendida, a demonstrar a participação dele no tráfico habitual" (fls. 2/3).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega, ainda, que o regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade em abstrato do crime e na vedação contida na Lei n. 8.072/1990, alterada pela Lei n. 11.464/2007.

E, por último, sustenta o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos caso seja restabelecida a pena de 1 ano e 8 meses, prevista na sentença.

Requer, em liminar, a expedição de imediato alvará de soltura para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento deste *writ*. No mérito, pugna pelo restabelecimento da decisão de primeiro grau no ponto em que aplica o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo, pela fixação do regime diverso do fechado e pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (fls. 10/11).

A impetrante informa, também, que o paciente já progrediu para o regime semiaberto (fl. 10).

A liminar foi deferida para que o paciente fosse mantido no regime semiaberto até o julgamento deste *writ* (fls. 41/45).

Prestadas informações, o Ministério Público Federal opinou, pelas palavras do Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior, pelo não conhecimento do *writ*. Esta, a ementa do parecer (fl. 105):

HABEAS CORPUS. NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO, DE MODO A NÃO ADMITI-LO QUANDO UTILIZADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

É o relatório.

Primeiramente, observo que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo dos recursos. Esse é o atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe 11/9/2012; HC n. 104.045/RJ, Primeira Turma, Ministra Rosa Weber, DJe 6/9/2012; HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012; e HC n. 146.933/MS, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/11/2011.

Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

Pretende a Defensoria Pública, impetrante, o restabelecimento da decisão de primeiro grau no ponto em que aplica o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação de regime prisional menos gravoso e, por último, a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos.

Na espécie, há, ao menos em parte, constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antes de analisar os pedidos feitos pela impetrante, é necessário verificar o que ficou consignado no acórdão impugnado (fls. 31/32 – grifo nosso):

[...]

Sustenta o órgão da acusação que a reprimenda deve ser majorada e que a hipótese não comportava a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da lei 11.343/06.

As penas, a meu ver, devem ser revistas. A base foi fixada no mínimo, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa (mínimo), o que está adequado, considerando a primariedade do acusado. **A redução, contudo, não pode ser aceita, considerando o volume e a variedade da droga apreendida, a demonstrar a participação dele no tráfico habitual.** O preceito em foco admite atenuação da pena para réus, ainda que primários, que não ostentem periculosidade maior. **E o acusado revela acentuada periculosidade, na medida em que foi apreendida expressiva quantidade e variedade de drogas, além de quantia considerável de dinheiro em notas miúdas, a denotar tráfico usual.** Na aplicação do preceito, ademais, o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena. **No caso, portanto, mostrava-se inviável a aplicação do redutor. As penas de RODRIGO, afastada a redução, passam a ser de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa (mínimo legal).**

A despeito do volume das penas impostas (superior a 4 anos) não permitir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, fica uma observação: a substituição é incabível por evidente incompatibilidade do benefício com a conduta de quem trafica, disseminando o mal na sociedade, com a nota de que a lei estabelece o regime inicial fechado para casos tais. A conduta examinada, evidentemente, não se encontra entre aquelas em que o legislador pretendeu favorecer o réu com a benesse pleiteada. Substituição, no caso dos autos, implicaria na mais clara impunidade, em desprestígio para o Poder Judiciário e risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos da ação delitiva. A atividade do traficante, indivíduo sem escrúpulos, é tão perniciosa para a sociedade, destruindo o cidadão e sua família, para o exercício do comércio ilícito, que fica até mesmo difícil imaginar uma pena substitutiva para ser aplicada, se fosse caso. **Ademais, condutas como a do acusado disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, desde os mais óbvios, de saúde pública, até aqueles que constituem reflexo da atividade, vez que a prática do tráfico fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves, demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. Pelas mesmas razões, inviável a concessão de regime mais brando, cumprindo ressaltar que o regime para o tráfico ilícito de entorpecentes (fechado) decorre de lei (lei 11.464/07).**

Assim, no que tange ao almejado restabelecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal entendeu que a quantidade e variedade da droga apreendida denota que o paciente pratica o tráfico de maneira habitual. Nesse sentido: HC n. 254.194/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/2/2014; HC n. 180.885/MS, Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 3/2/2014; e HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

198.568/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 7/3/2012.

A pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão do Tribunal *a quo*, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na sede estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido, o HC n. 268.293/SP, Ministra Marylza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 7/3/2014.

A respeito da substituição, com razão o nobre Subprocurador-Geral da República, que, em seu parecer, assim consignou: *in casu, deve ser mantida a pena fixada pelo Tribunal a quo: 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Nesse contexto, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que não preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal* (fl. 110).

Assim, ainda que a jurisprudência das Cortes superiores seja no sentido de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas é inconstitucional, matéria esta já pacificada, tal substituição só poderá ocorrer se forem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, quais sejam: pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis.

Dessa forma, não há como proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a ausência do requisito objetivo, qual seja, pena inferior a 4 anos, visto que ao paciente foi aplicada pena de 5 anos de reclusão (HC n. 210.996/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 10/12/2013; e HC n. 265.203/RJ, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 4/10/2013).

Acerca da aplicação do regime inicial de cumprimento de pena, vê-se que, conquanto a condenação tenha ficado em 5 anos de reclusão, foi mantido, em segunda instância, o regime fechado com base na vedação legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 e em fundamentos abstratos e genéricos.

Nesse ponto, portanto, melhor sorte assiste ao paciente, pois o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, que impõe o regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, em 27/6/2012.

Não subsiste, dessa forma, a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

Contudo, foi noticiado pela impetrante que o paciente, em razão da progressão de regime, cumpre pena em regime semiaberto (fl. 10).

Assim, **nego seguimento** ao *habeas corpus*, mas, à vista dos precedentes, confirmando a liminar, **concedo, de ofício**, a ordem tão somente para manter o paciente no regime inicial semiaberto.

Assim, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0075191-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 291.971 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00138996120138260050 138996120138260050 15532013 2014000016534 2832013

EM MESA

JULGADO: 19/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO RODRIGUES DE MELO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RODRIGO RODRIGUES DE MELO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.