



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.119 - SP (2014/0281643-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOIA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO CARVALHO SERGIO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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**, 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.

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação criminal, manteve a sentença condenatória para afastar a incidência do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, bem como fixar o regime inicial fechado para o paciente.

IV - É razoável o afastamento da aplicação da mencionada minorante, não obstante seja o paciente primário e pequena a quantidade de droga com ele encontrada, em virtude da **dedicação à atividade criminosa**, adequadamente fundamentada no acórdão impugnado.

V - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do **HC n. 111.840/ES**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

VI - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo tecnicamente primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, **b e c**, do Código Penal, é o **semiaberto** para o crime de tráfico e **aberto** para o crime de associação para o tráfico.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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 Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.119 - SP (2014/0281643-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO CARVALHO SÉRGIO, em face de v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado à pena total de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.333 (mil trezentos e trinta e três) dias-multa pela prática das condutas previstas nos arts. 33, **caput** e 35, **caput**, da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, a qual foi parcialmente provida para reduzir as penas-base para o mínimo legal, totalizando **8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa**.

Daí o presente **writ**, em que pretende a impetrante fazer incidir para o caso a minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, bem como garantir ao paciente regime mais brando de cumprimento de pena ante o **quantum** aplicado.

A liminar foi indeferida às fls. 54-55.

As informações foram prestadas às fls. 64-84.

O Ministério Público Federal, às fls. 88-99, opinou pelo não conhecimento do **habeas corpus**, mas pela concessão da ordem de ofício para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, seja avaliada, pelo Juízo das Execuções, a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.119 - SP (2014/0281643-7)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.
NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.
ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA
DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33.
IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE
CRIMINOSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL
FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL.
IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO
INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE
PELO STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL
SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO.
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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**, 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.

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação criminal, manteve a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença condenatória para afastar a incidência do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, bem como fixar o regime inicial fechado para o paciente.

IV - É razoável o afastamento da aplicação da mencionada minorante, não obstante seja o paciente primário e pequena a quantidade de droga com ele encontrada, em virtude da **dedicação à atividade criminosa**, adequadamente fundamentada no acórdão impugnado.

V - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do **HC n. 111.840/ES**, reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

VI - **In casu**, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo tecnicamente primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, **b** e **c**, do Código Penal, é o **semiaberto** para o crime de tráfico e **aberto** para o crime de associação para o tráfico.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Pretende a impetrante o reconhecimento da minorante da Lei de Drogas, bem como a concessão ao paciente de regime mais brando de cumprimento de pena.

Vejamos, inicialmente, a aplicabilidade do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

O acórdão guerreado afastou a incidência da minorante nos seguintes termos:

"[...] Por fim, na terceira fase acertadamente, deixou-se de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a dedicação dos réus com assiduidade à prática de crimes e pertencentes a organização criminosa, finalizando-se, assim, as sanções em cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa [...]" (fl. 46).

Da leitura do excerto acima reproduzido, verifica-se razoável o afastamento da aplicação da minorante, não obstante seja o paciente primário e pequena a quantidade de droga com ele encontrada (25,8 g de cocaína e 11 g de maconha). É que o fundamento para afastar o benefício foi a **dedicação à atividade criminosa**, adequadamente fundamentada no acórdão impugnado.

Ressalte-se, por imprescindível, que a conclusão acima expendida impede, **ex vi legis**, a substituição por pena restritiva de direitos, haja vista que o **quantum** de pena imposto inviabiliza a concessão do benefício, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Aprecio, por fim, a fundamentação acerca do regime inicial de cumprimento de pena.

Assim consta do acórdão vergastado:

"[...] O regime inicial, para ambos os crimes, foi fixado de acordo, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o que preceitua o § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que, atualmente, permite a progressão, não obstante seja o tráfico de drogas um crime equiparado ao hediondo. Não há como alterá-lo para o aberto ou semiaberto. Outrossim, não podem os traficantes, ainda que jovens, presos em flagrante e condenados por isso, voltar convívio, social, com liberdade para continuarem traficando entorpecente, viciando outros jovens, mantendo-os no vício, trazendo desgraça a eles e às suas famílias. Comprovada a traficância, o lugar dos seus agentes deve ser o cárcere, único regime prisional compatível com a gravidade da conduta e de suas consequências à sociedade. Posteriormente, preenchidos os requisitos necessários, poderão obter outro regime, menos rigoroso, no Juízo da execução penal [...]" (fls. 47-48).

Depreende-se da leitura do excertos acima que **não foi invocado outro fundamento para a imposição do regime inicial fechado ao paciente que não o óbice imposto pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90**, razão pela qual a ordem deve ser concedida de ofício.

É que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do **HC n. 111.840/ES**, declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais cabível a imposição do regime inicial fechado a todos os condenados por crimes hediondos, devendo-se proceder a uma análise caso a caso das condições dos sentenciados, em homenagem ao princípio da individualização da pena, insculpido no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Nesse sentido, precedentes dessa Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ANÁLISE A SER FEITA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. [...]

2. [...]

3. **Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. [...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Tribunal a quo fixe o regime inicial de cumprimento de pena à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (HC 263.249/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29/10/2014).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06, EM SEU PATAMAR MÍNIMO. QUANTUM DESPROPORCIONAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA DO ART. 46 DA LEI DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. GRADAÇÃO DO REDUTOR CONFORME O GRAU DE INCAPACIDADE DO RÉU. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. [...]

6. [...]

7. No concernente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 10.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 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.

8. [...]

9. [...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 10 (dez) meses de reclusão e 170 (cento e setenta) dias-multa, no regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (HC 167.376/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 1º/10/2014).*

Da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, com a fixação das penas-base no mínimo legal, bem como se trata de indivíduo primário, razão pela qual os regimes que mais bem atendem sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, **b** e **c**, do Código Penal, são o semiaberto para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo, entretanto, a ordem de ofício para estabelecer o regime inicial semiaberto para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico para o início do cumprimento das penas impostas ao paciente.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0281643-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 308.119 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00448871220128260564 20140000344203 21382012 448871220128260564

EM MESA

JULGADO: 02/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIEL BIDOIA DONADE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO CARVALHO SERGIO
CORRÉU	: DIEGO RIBEIRO XAVIER

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 Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.