



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 309.810 - SP (2014/0307950-5)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE : RENATO ANTONIO PAPPOTTI**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : RENATO GARCIA PEREIRA**

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. A ausência de interposição de recursos contra o acórdão condenatório pelo advogado dativo, devidamente intimado, não implica ausência de defesa técnica por vigorar no sistema recursal o princípio da voluntariedade.

3. *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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 309.810 - SP (2014/0307950-5)**

**RELATOR** : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA  
**IMPETRANTE** : RENATO ANTONIO PAPPOTTI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RENATO GARCIA PEREIRA

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RENATO GARCIA PEREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 000936-41.2009.8.26.0482).

Narra a inicial que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, c/c o art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006. Contudo, o Juízo de primeiro grau absolveu o paciente por não existir prova suficiente para a condenação, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu provimento ao recurso, condenando o paciente nos termos da denúncia, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, expedindo o mandado de prisão após o trânsito em julgado. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 100):

*ENTORPECENTES - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - Réu que forneceu 04g (quatro gramas) de "cocaína", em forma de "crack" a dois adolescentes - Prova do delito — Testemunhos policiais válidos - Absolvição afastada - Causa de aumento descrita no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas devidamente comprovada - Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, eis que o apelante não preenche os requisitos a tanto - Impossibilidade da substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos - Fixação de regime inicial fechado- Recurso provido, com determinação.*

Em razão da inexistência de recurso contra o acórdão da apelação, a condenação transitou em julgado, razão pela qual foi expedido e cumprido o mandado de prisão em desfavor do paciente.

No presente *writ*, a defesa alega existir constrangimento ilegal à liberdade de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção do paciente diante da inexistência de defesa técnica consubstanciada na ausência de interposição de recursos contra o acórdão condenatório.

Aduz que houve prejuízo em razão da inexistência de qualquer recurso contra a apelação, ante a imediata prisão do paciente após o trânsito em julgado.

Aduz que a ex-defesa "atuou bem em obter êxito em absolvê-lo em primeiro grau, mas, de forma posterior fora completamente desidioso ao ponto de não apresentar quaisquer recursos contra o r. acórdão" (e-STJ fl. 10).

Informa, ainda, que o paciente possui condições pessoais favoráveis e que foi surpreendido no seu local de trabalho ao ser preso, pois o paciente entendia que poderia permanecer em liberdade.

Requer, liminarmente e no mérito, a anulação de "todos os atos até então posteriores ao r. acórdão que reformou a sua sentença ABSOLUTÓRIA, abrindo-se prazo para a sua defesa apresentar os recursos que entenderem necessários" (e-STJ fl. 20).

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 123/125.

Parecer do Ministério Público pelo não conhecimento do *mandamus* quanto à matéria exposta no *writ* e pela concessão de ordem de ofício quanto à incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 208/215).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 309.810 - SP (2014/0307950-5)**

### VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 revisão criminal. 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.

A defesa objetiva a nulidade do procedimento criminal após a intimação do defensor dativo ante a ausência de interposição de recursos contra o acórdão condenatório, o que, a seu ver, demonstra a inexistência de defesa técnica, possibilitando a formação da coisa julgada e a expedição de mandado de prisão para cumprimento de pena.

Conforme as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

São Paulo (e-STJ fls. 145/146), o paciente encontrava-se assistido à época do julgamento do recurso de apelação por advogado dativo, tendo sido este intimado pessoalmente do resultado do acórdão em 14/7/2015, tendo, contudo, optado por não interpor nenhum recurso contra o julgamento, transitando em julgado a condenação pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio *pas de nullité sans grife*, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). Foi, desse modo, editado pelo Supremo Tribunal Federal o enunciado sumular 523, que assim dispõe: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

Nessa linha, a demonstração do prejuízo sofrido pela defesa é reconhecida pela jurisprudência atual como imprescindível tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, consoante retratam os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

*DIREITO ELEITORAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO PENAL. NULIDADE PROCESSUAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL NÃO ALCANÇA A AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que a demonstração de prejuízo, nos termos “do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grife - compreende as nulidades absolutas”. Precedente. [...] 5. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 868516 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/5/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 22/6/2015 PUBLIC 23/6/2015).*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO DE ARMAS E MUNIÇÕES. POSSE E DETENÇÃO DE EXPLOSIVOS E ARTEFATOS. CRIME DE LAVAGEM DE BENS, DIREITOS E VALORES. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FUNDAMENTADAS. IMPETRAÇÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. [...]5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção 6. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RHC 123890 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15/5/2015 PUBLIC 18/5/2015).*

Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior de

Justiça:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONDENAÇÃO. ADVOGADO SUSPENSO PELA OAB NO MOMENTO DA PROLATAÇÃO DA SENTENÇA. APRESENTADA APELAÇÃO E CONTRARRAZÕES AO APELO MINISTERIAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

*2. No processo penal vigora o princípio "pas de nullité sans grife", segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado nº 523 de sua Súmula, que assim dispõe: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".*

*3. No caso, o Tribunal de origem foi categórico ao afirmar que o advogado constituído "embora suspenso, exerceu ativamente a defesa do paciente em todos os atos processuais", o que afasta o apontado constrangimento ilegal.*

*4. Não resta, portanto, configurada manifesta ilegalidade que permita a concessão da ordem de ofício.*

*5. Habeas corpus não conhecido (HC 317.220/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 28/8/2015).*

*PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. MERO INCONFORMISMO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*1. A demonstração do prejuízo - que em alguns casos de nulidade absoluta, por ser evidente, pode decorrer de simples raciocínio lógico do julgador - é reconhecida pela jurisprudência atual como essencial tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, conforme entende o Supremo*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Tribunal Federal.*

*2. Não comprovado o efetivo prejuízo para o paciente, não há como invalidar o ato processual, pois, a teor do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.*

*[...]*

*7. Habeas corpus não conhecido (HC 294.955/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015).*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO DO CONSELHO DE SENTENÇA POR COMPROMETIMENTO DE SUA IMPARCIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. SITUAÇÃO A QUE O PRÓPRIO RÉU DEU CAUSA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 563 E 565 DO CPP. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.*

*[...]*

*4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, o que não ocorreu na espécie. Precedentes.*

*[...]*

*6. Ordem de habeas corpus não conhecida (HC 287.139/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21/8/2014, DJe 2/9/2014).*

E, no caso, a defesa não demonstrou a efetiva ocorrência de prejuízo ao paciente, tendo se limitado a dizer que a não interposição de recurso contra o acórdão condenatório já seria suficiente para demonstrar a inexistência de defesa técnica, o que, contudo, não coaduna com a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que a ausência de interposição do recurso cabível pelo advogado do réu, ainda que assistido por defensor público ou dativo, não constitui nulidade por ausência de defesa, ante o princípio da voluntariedade dos recursos.

Nesse sentido:

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DESTA CORTE PARA APRECIAR O MÉRITO DO WRIT ORIGINÁRIO. NÃO*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OCORRÊNCIA. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. TRANSCURSO IN ALBIS DE PRAZOS PARA MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE DEVOLUÇÃO DE PRAZO PARA INTERPOR APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE COMPARECEU EM JUÍZO E SE EVADIU APÓS A CONDENAÇÃO. CARÊNCIA DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE APELAÇÃO. PARTES DEVIDAMENTE INTIMADAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PEDIDO AVULSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A alegação de que o Tribunal a quo descumpriu a ordem exarada por esta Corte, para apreciar o mérito do writ originário, não se sustenta. Hipótese em que todos os pleitos formulados perante a segunda instância foram suficientemente examinados.

2. Nos termos do art. 571, II, do Código de Processo Penal, eventuais nulidades verificadas durante o processo deverão ser arguidas por ocasião das alegações finais. No caso, a tese de cerceamento de defesa por indeferimento de diligências foi suscitada apenas em sede recursal, o que torna preclusa a pretensão de invalidação da instrução criminal. Ademais, os autos dão conta de que tal indeferimento em nada interferiu no julgamento do feito, circunstância que demonstra a inexistência de prejuízo suportado pelo recorrente apto a inquinar de nulidade a ação penal (art. 563 do CPP).

3. A alegação de ausência de defesa técnica durante o processo não prospera, pois o recurso parte da premissa equivocada de que o prazo para manifestação da defesa transcorreu in albis, quando na verdade consta do acórdão atacado que o advogado requereu diligências em favor do recorrente.

4. Não se mostra razoável a devolução do prazo para interposição do recurso de apelação se o acusado, a despeito de ter comparecido em Juízo, evadiu-se do distrito da culpa após a condenação e, regularmente intimado da sentença, somente manifestou sua irresignação 8 meses após a publicação do édito condenatório.

5 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a inércia recursal do advogado constituído não caracteriza, por si só, carência de defesa, notadamente se o réu e seu defensor, devidamente intimados do decreto condenatório, permaneceram inertes, como no caso.

6. O pedido formulado em expediente avulso que discute o regime inicial de cumprimento de pena deve ser previamente submetido à análise do Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Recurso ordinário desprovido.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(RHC 52.526/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015)

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA NÃO COMPROVADA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. Nos termos da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal, "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

2. A alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu.

3. Não há falar em carência de defesa quando o patrocínio da causa, tanto o público quanto o particular, não foi de tal ordem precário a ponto de considerar a recorrente desassistida, pois a Defensoria Pública apresentou resposta à acusação e o advogado particular, de sua livre escolha, acompanhou a audiência de instrução e ofereceu alegações finais orais.

4. O fato de o defensor, no desempenho autônomo de sua tarefa e ante a conveniência do caso concreto, ter deixado de arrolar testemunhas, de interferir na colheita da prova oral com reperguntas e de recorrer não implica, de forma automática, nulidade do processo por violação objetiva da defesa, pois tais atos não são obrigatórios e a recorrente olvidou de demonstrar o real prejuízo sofrido e a existência de tese recursal que pudesse ensejar a provável alteração do julgamento.

5. Não está caracterizada a deficiência da defesa técnica pela ausência, por si só, de interposição de apelação criminal no prazo legal, pois, ante o princípio da voluntariedade recursal, previsto no art. 574 do CPP, o defensor constituído não está obrigado a recorrer e as partes, pessoalmente intimadas da sentença em audiência, mantiveram-se inertes, não manifestando qualquer inconformismo com a condenação.

6. Recurso ordinário não provido.

(RHC 39.788/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)

Assim, não há nulidade a ser reconhecida.

Quanto ao pedido ministerial para que seja reconhecida a incidência da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não há possibilidade de concessão da ordem de ofício, pois, após análise do acórdão condenatório, constatei que o Tribunal *a quo* indeferiu a incidência da mencionada minorante não apenas pela inexistência de comprovação de exercício de atividade lícita, mas, igualmente, pela circunstância da prisão em flagrante de 4g de *crack*, associado ao depoimento dos adolescentes envolvidos na prática delitiva no sentido de que o paciente os havia ensinado como fracionar o entorpecente, como pesá-lo em uma pasta de dente, à embalá-lo e até mesmo teria sugerido o preço de revenda das pedras por R\$ 10,00 (dez reais) cada uma (e-STJ fl. 101), o que, ao ver da instância ordinária, demonstra sua dedicação ao tráfico de drogas como meio de vida, situação apta ao indeferimento da causa especial de diminuição de pena por ausência de requisito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo inviável a revisão das conclusões do acórdão condenatório ante a impossibilidade de revolvimento das provas dos autos na via estreita do *mandamus*.

A propósito:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*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. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida.

*Precedentes.*

5. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nos elementos colhidos na instrução e com base nas circunstâncias fáticas do delito (ausência de comprovação de atividade lícita associada ao fato de ter sido surpreendido com certa quantidade de droga - 1 pino de cocaína, pesando 0,58g, e 7 porções de maconha, pesando 7,25g,- e expressiva quantia de dinheiro - R\$ 1.636,00 -, quando indicado como pessoa responsável pela venda de tóxicos no banheiro), que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. *Precedentes.*

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Fixada a pena do paciente em 5 anos de reclusão, e reconhecida sua primariedade, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, sobretudo quando considerado que quantidade de droga apreendida não é expressiva para justificar o regime mais gravoso.

8. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da pena.

(HC 357.934/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016)



## **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: 2014/0307950-5

**HC 309.810 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00093614120098260482 20140000114479 5802009 93614120098260482

EM MESA

JULGADO: 04/10/2016

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : RENATO ANTONIO PAPPOTTI  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : RENATO GARCIA PEREIRA

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

#### **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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.