



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.186 - SP (2014/0147202-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DE JESUS CORREA MACHADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE, NATUREZA DA DROGA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 45 pedras de *crack* (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. *Habeas Corpus* não conhecido.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido, em parte, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente), que concedia a ordem de ofício. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.186 - SP (2014/0147202-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DE JESUS CORREA MACHADO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNO DE JESUS CORREA MACHADO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0099622-82.2012.8.26.0050).

Ressuma dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, *in verbis* (fls. 58-59):

(...)

Na fase do artigo 59 do Código Penal, não se afirma que as circunstâncias judiciais sejam de todo desfavoráveis e se revela dolo normal à espécie, o que mantém as penas no piso legal.

Na segunda fase, não se cogita de confissão espontânea porque o réu não admitiu a traficância e disse que as drogas apreendidas na sua posse eram para o seu próprio uso.

Finalmente, ainda que significativa a quantidade de drogas apreendidas, impõe-se o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 por não haver, nos autos, prova de que o réu -primário e menor - fizesse parte de organização criminosa articulada para a prática de tráfico de entorpecentes ou se dedicasse a atividade criminosa, o que implica penas de 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo vigente, por inexistir, nos autos, circunstâncias que permitam a fixação de valor diverso em razão da capacidade financeira do réu.

Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal, condenando o réu BRUNO DE JESUS CORRÊA MACHADO, portador da Cédula de Identidade R.G. nº 71.035.861/SP, filho de Rosiane de Jesus Corrêa Machado, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, aplicando-lhe as penas de 2(dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal.

Observo, no caso concreto, a impossibilidade de acolhimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, porque o réu não demonstrou aptidão e responsabilidade para o seu cumprimento, não se mostrando adequada a substituição, por não atender às finalidades preventiva e repressiva da reprimenda penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Possível, entretanto, o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o desconto da pena corporal, por força do disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal e o período de prisão cautelar, desde 16 de outubro de 2.012.

Indefiro o recurso em liberdade, por presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que justificaram a prisão cautelar durante a instrução, reforçados pela condenação, recomendando-se o réu ao estabelecimento prisional em que se encontra recolhido.

Não se conformando com os termos da sentença, a Defesa apelou, sendo negado provimento ao recurso, em acórdão assim fundamentado, no que interessa (fls. 87-91):

(...)

Os cálculos das sanções aplicadas, por sua vez, não comportam reparo.

Mantida a fixação das penas-base nos mínimos legais, bem como a redução de 1/2 (metade), em face da causa especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que já beneficiou o apelante, tendo em vista que a natureza e a quantidade da substância apreendida (45 pedras de **crack**) indica a necessidade de maior censura, por tratar-se de entorpecente que apresenta maior lesividade ao organismo humano, tornando seu usuário, em curto período de tempo, escravo do desejo de consumir o entorpecente.

Realce-se que, “Tratando-se de tráfico de entorpecente, na avaliação das circunstâncias legais para a fixação da pena, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade da droga, pois se trata de informações que demonstram o estágio de nocividade da substância para a saúde pública, e o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, revelando a personalidade perigosa e voltada à prática criminosas” (cf. STJ, 5ª T., HC 9.743/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU, 22/11/99, pág. 169; RT, 775/559; LexSTJ, 12/226; grifei).

No mesmo sentir podemos citar outro julgado dessa Corte Superior esclarecendo que: “O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida 13 (treze) pedras de “crack”- justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3” (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra Laurita Vaz, Dje de 05-06-12).

Dessa forma, sem valia o pedido para redução de 2/3 nas sanções aplicadas.

No concernente ao regime carcerário, em consonância com a Lei nº 11.464/07 que alterou o art. 2º da Lei nº 8.072/90, passou-se a permitir a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos e assemelhados, mas a fixação do regime carcerário deve ser a mais rigorosa, isto é, início no fechado. (...)

Além do mais, consigne-se que a solução é absolutamente necessária, porquanto o delito nas condições em que foi praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, sendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão de regime mais brando algo responsável pelo sentimento de impunidade, com consequente estímulo à prática de delito de indiscutível gravidade. Ninguém desconhece que a dependência de drogas é o flagelo da sociedade.

Por outro lado, não há falar em fixação de regime inicial menos rigoroso ante a aplicação do instituto da detração, nos termos da Lei nº 12.736/12, que deu nova redação ao art. 387 do Código de Processo Penal.

Cumprе salientar, neste ponto, que não basta o cômputo, na pena privativa de liberdade, do tempo de prisão provisória cumprida pelo réu para a obtenção da progressão de regime, sendo necessária também a aferição do requisito subjetivo, que só pode ser feita pelo juízo da execução.

A esse respeito, convém mencionar julgado desta 9ª Câmara Criminal: “Ademais, tal decisão seria tomada sem atentar para a análise do mérito do sentenciado, contrariamente ao estabelecido no art. 112 da Lei de Execução Penal, que por ser lei especial, contém normas que devem ser observadas para a correta individualização da pena. O condenado deverá cumprir a pena privativa de liberdade em etapas cada vez menos rigorosas até obter a liberdade, devendo, para tanto, ser observado seu mérito, que não pode ser aferido de atropelo de juízo da condenação.

Sem a análise do merecimento da progressão de regime, por vezes necessário até a realização de exame criminológico, estaria sendo violado o disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que dispõe sobre a individualização da pena.

A lei a ser observada para a progressão de regime é a das execuções penais, de forma que, a apreciação da detração penal deve ser remetida para o juízo da execução, observando-se o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da Constituição Federal) a teor do disposto no art. 66, inciso III, alínea “b”, da Lei das Execuções Penais” (TJSP, Apelação nº 0021117-23.2011.8.26.0047, rel. Des. Roberto Midolla, julgado 05-09-2013). No mesmo sentido: TJSP, 16ª Câmara Criminal, HC nº 0122573-89.2013.8.26.0000, rel. Des. Alberto Mariz de Oliveira, julgado 08-10-2013; TJSP, 16ª Câmara Criminal, Apelação nº 0009330-97.2012.8.26.0358, rel. Des. Newton Neves, julgado 08-10-2013.

No entanto, fica mantido o regime inicial semiaberto ante a ausência de recurso do Ministério Público.

Ressalte-se, ainda, que, sob os mesmos fundamentos acima expostos, incabível a substituição da sanção carcerária por restritivas de direitos.

Saliente-se que nada obstante a Resolução nº 5/2012 do Senado Federal ter suspenso a execução da expressão que impedia a aplicação de pena alternativa, a mesma não determinou, até porque não teria poder para tanto, a adoção da pena substituta como regra nos crimes de tráfico. Assim, a solução deverá ser dada pelo caso concreto, salientando-se que a própria Constituição Federal dá tratamento diferenciado ao crime de tráfico de drogas ao estabelecer que é inafiançável, não havendo possibilidade de punição e prevenção ao crime, equiparado a hediondo, com a imposição de pena em regime mais brando.

Frise-se que não se pode negar a acentuada nocividade da conduta de um traficante, diante dos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, expondo a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes, ainda mais no caso sub judice, **tendo sido apreendido com o réu 45 pedras de crack, droga extremamente lesiva aos seus usuários, sendo certo que a substituição da sanção carcerária por penas restritivas de direitos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se mostra suficiente para a repressão e a prevenção desse crime.

Dessa forma, entendo que não estão preenchidos os requisitos necessários para a obtenção do referido benefício.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Como o réu apelante está preso, recomende-se-o no presídio em que se encontra (RTJ, 150/545, 159/234, 163/1082, 164/231, 166/531, 169/271, 181/1029, 182/644, 184/682 e 185/647; RSTJ, 97/384, 98/397, 98/406, 133/542, 136/413, 139/444 e 148/542; RT, 728/501, 730/449, 738/567, 749/597, 776/499, 777/573 e 783/571) (grifou-se).

Dá o presente *mandamus*, no qual o impetrante argumenta que "com fulcro no art. 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 deve ser o norte para determinar o regime inicial de cumprimento da pena; como a pena-base foi aplicada no mínimo legal, pois as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP e 42 da Lei de Tóxicos são favoráveis ao paciente, a decorrência lógica é a fixação do regime inicial menos gravoso que o montante da pena permite - *in casu*, regime inicial aberto" (fl. 5).

Sustenta que "como não há motivação idônea a justificar o estabelecimento do regime mais gravoso, não é possível seu estabelecimento" (fl. 5).

Afirma, ainda, ser cabível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, segundo artigo 44 do CP, considerando-se a primariedade do paciente, bem com a fundamentação inidônea utilizada pelo Tribunal *a quo*.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime aberto para início de cumprimento de pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, expedindo-se o alvará de soltura em favor do paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 106/110.

Foram prestadas informações às fls. 120/144 e 149/176.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Adonis Callou de Araújo Sá, pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem (fls. 178/181).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.186 - SP (2014/0147202-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE, NATUREZA DA DROGA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 45 pedras de *crack* (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. *Habeas Corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, impende registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Na hipótese vertente, não vislumbro manifesto constrangimento ilegal na imposição do regime inicial semiaberto, tampouco na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Verifica-se, *in casu*, que o Tribunal de origem manteve o regime inicial semiaberto e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em razão da gravidade concreta do delito em comento, destacando a quantidade e a natureza da droga apreendida - 45 pedras de *crack* (fl. 11), substância causadora de efeitos extremamente deletérios.

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. O juiz, 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.

Nesse diapasão, o Tribunal *a quo* entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, tendo em vista que a quantidade e a natureza da substância entorpecente encontrada em poder do paciente demonstram que regime inicial mais brando, ou eventual substituição da reprimenda corporal por penas alternativas, não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial semiaberto, bem como a negativa de substituição da pena, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da quantidade, da natureza e da variedade das drogas apreendidas - 3 invólucros de maconha e 69 invólucros de cocaína - não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas Corpus não conhecido, tornando sem efeito a liminar outrora deferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 286.944/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO). POSSIBILIDADE. MECÂNICA DELITIVA, QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO (CRACK).

1. A fixação do regime prisional nos crimes de tráfico de drogas deve pautar-se nos termos do art. 33 do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, tendo em vista o reconhecimento, pela Suprema Corte, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2006.

2. Na espécie, não obstante a pena reclusiva ter sido consolidada em patamar inferior a 4 (quatro) anos, não se mostra possível a aplicação do regime aberto, diante da mecânica delitiva e da quantidade e qualidade da droga apreendida: 5,7 g (cinco gramas e setenta centigramas) de crack, entorpecente este altamente danoso ao usuário e à sociedade, dada a alta toxicidade e dependência provocadas, a exigir maior rigor na repressão - regime semiaberto.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1396214/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 19/12/2013)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.186 - SP (2014/0147202-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Srs. Ministros, entendo, realmente, que a substituição está devidamente fundamentada. Entretanto, quanto à fixação do regime mais gravoso do que o devido, não vejo presente nenhuma fundamentação concreta.

Não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0147202-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.186 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0099622822012 00996228220128260050 20140000036367 99622822012
996228220128260050

EM MESA

JULGADO: 16/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DE JESUS CORREA MACHADO (PRESO)

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

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 habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido, em parte, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente), que concedia a ordem de ofício.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.