



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.891 - SP (2014/0023241-6)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO DIAS DA CRUZ

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 4. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS 5. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Na espécie, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, qual seja, 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, considerando a diversidade e a natureza das drogas apreendidas – 91 (noventa e uma) porções de cocaína e 18 (dezoito) pedras de *crack* –, não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena em regime diverso do fechado.

3. Os mesmos motivos que justificaram o estabelecimento do regime inicial mais rigoroso recomendam a não aplicação do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de abril de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.891 - SP (2014/0023241-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Alessandro Dias da Cruz, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta) dias-multa.

Interposta apelação criminal pela defesa, o Tribunal de origem manteve a condenação (fls. 33/40).

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente faz jus ao regime prisional mais brando, mormente porque "a figura privilegiada do tráfico de entorpecente, prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 não deve ser considerada hedionda como aquela prevista no caput do mesmo artigo" (fl. 3).

Diante disso, pleiteia, inclusive liminarmente, seja estabelecido o regime aberto como inicial do cumprimento da reprimenda e, após, seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 46/47) e as informações dispensadas.

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 54/62), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.891 - SP (2014/0023241-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Primeiramente, é de se registrar que o réu não tem direito à uma pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício de sua discricionariedade motivada prevista na legislação, tarefa da atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte – cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal – imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional.

Dito isso, vejamos o que consta da sentença acerca da dosimetria da pena, na parte que interessa (fl. 11):

[...]

O réu é primário e não ostenta antecedentes que desabonam sua conduta. Assim, fixo a pena-base em seu mínimo legal, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, em face da quantidade da droga, que não é expressiva, e da intensidade do dolo, normal para o tipo.

Aplico a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, que visa à redução da reprimenda daquele que, iniciando-se na seara criminosa, tem ainda possibilidade maior de recuperação para o convívio em sociedade e diminuo em dois terços, perfazendo um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias-multa, tornando-a definitiva nesse patamar à minguada de quaisquer outras circunstâncias a serem consideradas.

Fixo o regime fechado como inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos da Lei 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, da Lei 8.072/90

O Tribunal estadual, por sua vez, asseverou (fls. 39/40):

Na hipótese destes autos, e de acordo com entendimento desta Turma Julgadora, nem seria caso de redução máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando-se em conta a quantidade, variedade e nocividade dos entorpecentes apreendidos. Todavia, na ausência de recurso ministerial nada há que se fazer.

[...]

Esta Câmara Criminal vinha entendendo que os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados - e o é o tráfico de entorpecentes - não admitiam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mas considerando a Resolução nº 5, do Senado Federal, publicada em 15.02.2012, suspendendo a eficácia da expressão 'vedada a conversão em pena restritiva de direitos', contida no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, passou a decidir que, em casos excepcionais, e presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, cabível é o benefício.

Não é o caso dos autos, data máxima vênha, tendo em vista, mais uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vez, a quantidade de entorpecente apreendido, 91 porções de cocaína e 18 pedras de crack.

Por tal motivo também se mantém o regime inicial fechado, ainda considerada a gravidade do crime praticado, equiparado aos hediondos. O réu foi surpreendido na posse de 91 porções de cocaína e 18 pedras de crack.

Como visto, a fixação da pena-base no patamar mínimo legal foi devidamente fundamentada, assim como a redução da causa de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Todavia, a quantidade e variedade de drogas apreendidas – 91 (noventa e uma) porções de cocaína e 18 (dezoito) pedras de *crack* – obstaram o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, tem-se por certo o entendimento de que não é mais possível fixar o regime fechado para os crimes hediondos e assemelhados com base apenas na Lei n. 11.343/2006, pois o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional mencionada norma, devendo, assim, a fixação do regime de cumprimento da pena observar a disciplina do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Dessa forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado.

Não obstante, mesmo sendo a pena aplicada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a quantidade e variedade de drogas revelam, a meu ver, adequada a fixação do regime fechado.

Nesse sentido :

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. (...). 7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 8. Na hipótese, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 9. (...). (HC 190.946/MG, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 19/03/2013).

Na espécie, os mesmos motivos que justificaram o estabelecimento do regime inicial fechado recomendam a não aplicação do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0023241-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 287.891 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00372020720138260050 20130000759867 372020720138260050 7642013

EM MESA

JULGADO: 03/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO DIAS DA CRUZ

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."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.