



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.301 - SP (2014/0313575-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ROSA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADAS NA TERCEIRA FASE. MODO INTERMEDIÁRIO. RECURSO EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. QUESTÃO SUPERADA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida (33 porções de maconha, pesando 57g e 40 porções de cocaína, com peso de 32,4g), valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, e elencadas como circunstâncias prevaletentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

3. Certificado o trânsito em julgado da condenação, fica superada a análise da legalidade da prisão cautelar.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de março de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.301 - SP (2014/0313575-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ROSA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **RAFAEL ROSA DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 33, *caput*, o § 4º, da Lei n. 11.343/06, vedado o recurso em liberdade.

Pelas razões sintetizados na ementa do acórdão, a seguir reproduzida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação lá interposta:

"APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. Materialidade e autoria sobejamente demonstradas - Condenação mantida - Pleito de redução da pena pela minorante prevista no art. 33, § 4º, em seu patamar máximo - Impossibilidade - Quantidade de droga não ínfimas a ponto de permitir redução máxima, nem elevadas suficientemente para justificar diminuição no mínimo - Espécie de droga (cocaína) que é sabidamente mais perniciosa que outras utilizadas - Desnecessidade de perícia acerca do seu grau de pureza - Inocorrência de *bis in idem*, pois sequer consideradas tais circunstâncias na fixação da pena-base - redução intermediária razoável aos fatos - Precedentes - regime inicial mais brando e substituição da pena privativa de liberdade que não se mostram suficientes para a necessária assimilação da terapêutica penal pelo agente e não socialmente recomendados ante a extrema perniciosidade da conduta evidenciada pela não inexpressiva quantidade de drogas e sua natureza, além das circunstâncias fáticas - Incidência de causa de diminuição de pena que não desnatura o caráter de crime equiparado a hediondo - Inteligência da súmula nº 215, do STJ - Aplicação do art. 387, § 2º que compete ao Juízo da Execução, dotado de maiores elementos informativos para tanto - decisão incensurável. Recurso desprovido" (e-STJ, fl. 38).

Nesta Corte, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, sob o argumento de que: a) "a prisão deve guardar estrita obediência às hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, passando, principalmente, após as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/11, a ter de respeitar, de igual modo, o princípio da proporcionalidade"; b) "a fundamentação da imposição do regime inicial fechado contida no v. acórdão está amparada em preceito que teve a sua inconstitucionalidade decretada pelo Plenário do E. STF, a quem cabe, na ordem jurídica nacional, a missão de guardião da Carta da República, fica evidente a inconstitucionalidade da decisão"; e c) "a prisão provisória, que ora recai sobre o paciente, é mais gravosa do que o título prisional que lhe será eventualmente fixado ao final do processo criminal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo, pois, evidente a violação ao princípio da proporcionalidade" (e-STJ, fls. 1-14).

Requer, assim, a soltura do paciente e a fixação de regime mais brando.

A liminar foi deferida, para que o paciente aguardasse o julgamento do mérito deste *habeas corpus* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 56-59).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 76-93), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem para que seja estabelecido o regime semiaberto (e-STJ, fl. 101).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.301 - SP (2014/0313575-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ROSA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADAS NA TERCEIRA FASE. MODO INTERMEDIÁRIO. RECURSO EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. QUESTÃO SUPERADA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a variedade da droga apreendida (33 porções de maconha, pesando 57g e 40 porções de cocaína, com peso de 32,4g), valoradas na terceira fase da dosimetria da pena, e elencadas como circunstâncias prevaletentes, a teor dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedente.

3. Certificado o trânsito em julgado da condenação, fica superada a análise da legalidade da prisão cautelar.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

A Corte de origem negou provimento ao recurso da defesa e manteve a pena imposta ao paciente, nos seguintes termos:

"A pena-base foi fixada no mínimo legal, consignando o magistrado a não utilização da quantidade, espécie e variedade de drogas na primeira fase da dosimetria, porque utilizaria (como de fato utilizou) tais critérios para quantificação da redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Em seguida, a despeito da confissão espontânea, não fez incidir tal atenuante, à luz da súmula n.º 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase da dosagem da sanção penal, sem razão a defesa quanto ao pleito de redução no máximo legal.

Primeiro porque, como bem positivado na sentença, cuida-se de droga de considerável potencial lesivo, o que é fato notório. Ora, não é necessário que a perícia aponte o grau de pureza da substância para que se possa afirmar tratar-se de droga mais "pesada", em termos bem populares, dada a notoriedade dessa característica, do que a maconha, por exemplo. É de conhecimento geral haver certa "escala" na utilização das drogas comumente consumidas em nosso país, podendo-se estabelecer a seguinte "progressão": "maconha-cocaína-crack".

Além disso, a quantidade de drogas apreendidas (33 porções de maconha, pesando 57g e 40 porções de cocaína, com peso de 32,4g), embora não elevada a ponto de justificar redução mínima, também não é inexpressiva para fundamentar a perseguida redução máxima, de modo que se afigura razoável a solução adotada na r. sentença na redução intermediária.

[...]

No caso dos autos, sequer cabem maiores considerações sobre o acenado *bis in idem*, pois se revestiu de elogiável cuidado o juiz sentenciante, ao se abster de considerar a quantidade e espécie de drogas na primeira fase da dosimetria da pena, para fazê-lo na derradeira etapa.

Frente a isso, impossível a pretendida redução da pena.

O regime inicial não poderia mesmo ser outro que não o fechado, pois, a despeito da primariedade do agente, os fatos são deveras graves e suas consequências são nefastas para a sociedade, donde se extrai a intensa periculosidade de sua conduta.

Relembre-se, com efeito, que foi o acusado surpreendido na posse de 33 porções de maconha e 40 de cocaína, reclamando do Estado-juiz maior rigor, sobretudo porque a determinação de regime menos gravoso não se mostraria suficiente para a necessária absorção da terapêutica penal por parte do condenado.

Não se pode perder de vista, ainda, que o tráfico de drogas é a principal mola propulsora dentro de uma verdadeira e odiosa engrenagem delitiva. Vale dizer, é o comércio ilícito de entorpecentes que fomenta a prática de tantos outros crimes: furtos e roubos são perpetrados pelos dependentes, sedentos pelo uso das substâncias; os produtos de tais crimes são receptados; armas são traficadas; dívidas de usuários são, não raras vezes, adimplidas com a própria vida do dependente químico, com o intuito, inclusive, de "dar exemplo" e "manter o respeito" entre seus pares.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todo esse enredo criminoso atua como um cancro social, que consome famílias e, por conseguinte, todo o corpo social, pois a ninguém é conferido o "luxo" da imunidade diante de tamanha mazela.

Frente ao descrito panorama, não se pode concluir que regime menos gravoso, e mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito permitam o alcance do escopo da pena, seja qual a função que se atribua à sanção penal: absoluta ou retributivista (retribuição do mal causado pelo agente ao bem jurídico tutelado); e relativa, utilitarista ou prevencionista (prevenção do cometimento de novos delitos, de maneira geral e especial negativa [desestímulo ao cometimento de novos delitos - temor incutido na sociedade e no agente], geral positiva [reafirmação da vigência da norma atacada pelo infrator] e especial positiva [caráter ressocializador])." (e-STJ, fls. 41-46.)

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, verifica-se que, além de considerações genéricas acerca da gravidade do delito, o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado com fulcro na quantidade e na natureza da droga apreendida. Contudo, embora esses últimos argumentos sejam válidos para a escolha do regime mais severo, nos termos da jurisprudência desta Corte, o modo inicial fechado mostra-se desarrazoado considerando as demais balizas favoráveis ao paciente.

Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, constatada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime semiaberto (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o suficiente à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e variedade da droga apreendida, valoradas na terceira fase da dosimetria da pena e elencadas legalmente como circunstâncias preponderantes.

A propósito, confira-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA (1/2) UTILIZADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO TAMBÉM PELA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade da droga apreendida, qual seja, 43 tijolos de maconha, pesando 129g. Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- As referências feitas à hediondez do delito devem ser afastadas como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso pelas instâncias ordinárias.

- O regime semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão comporta, deve ser mantido ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida com a paciente - 43 tijolos de maconha, pesando 129g -, elemento que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 279.016/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Noticiado nos autos, o trânsito em julgado da condenação, fica superada a análise da legalidade da prisão cautelar (e-STJ, fls. 72-74).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0313575-0

HC 310.301 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14832013 20140000515323 30207797820138260224

EM MESA

JULGADO: 10/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAFAEL ROSA DOS SANTOS (PRESO)

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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.