



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.255 - SP (2015/0170858-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : MERHEJ NAJM NETO
ADVOGADO : MERHEJ NAJM NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE VANTINI LUZ

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUESTÕES JÁ EXAMINADAS EM RECURSO ESPECIAL. PREJUDICIALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* 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. A impetração de *habeas corpus* com objeto idêntico ao apreciado nos autos de recurso especial, interposto perante esta Corte Superior, obstaculiza o seu conhecimento, dada a prejudicialidade nesses pontos.
3. Fixada a pena do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, reconhecida sua primariedade e sendo favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.
4. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.255 - SP (2015/0170858-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : MERHEJ NAJM NETO
ADVOGADO : MERHEJ NAJM NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE VANTINI LUZ

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **FERNANDO HENRIQUE VANTINI LUZ** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de "*advertência sobre os efeitos das drogas*", por infração ao art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Provido o apelo ministerial, o Tribunal de origem condenou o paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

O seu defensor interpôs recurso especial (e-STJ, fls. 324-338), requerendo a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e a fixação do regime aberto como inicial de cumprimento de pena. O apelo especial foi parcialmente provido para "determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal" (e-STJ, fls. 434-438).

Em observância à determinação do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal estadual, reapreciando o apelo ministerial, negou-lhe provimento, mantendo o acórdão anteriormente proferido (e-STJ, fls. 451-455 e 502-504).

Neste *writ*, o impetrante alega, em síntese, que, apesar de o acórdão impugnado ter reconhecido "a primariedade e os bons antecedentes do ora paciente, lhe foi negado não somente a causa de redução prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343.2006, mas, também, apreciação da fixação de regime inicial aberto ou semiaberto para cumprimento de pena" (e-STJ, fls. 1-11).

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que seja fixado regime menos gravoso ao paciente, seja aplicado a causa de redução do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo e convertida a pena restritiva de liberdade em uma restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 545-549).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 557-585), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 591-595).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.255 - SP (2015/0170858-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : MERHEJ NAJM NETO
ADVOGADO : MERHEJ NAJM NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE VANTINI LUZ

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUESTÕES JÁ EXAMINADAS EM RECURSO ESPECIAL. PREJUDICIALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* 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. A impetração de *habeas corpus* com objeto idêntico ao apreciado nos autos de recurso especial, interposto perante esta Corte Superior, obstaculiza o seu conhecimento, dada a prejudicialidade nesses pontos.
3. Fixada a pena do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, reconhecida sua primariedade e sendo favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.
4. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

VOTO

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, 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.

Inicialmente, em relação aos pedidos de incidência da causa especial de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que os temas já foram objeto de análise por esta Corte no julgamento do REsp 1.446.635/SP, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, nos seguintes termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Inicialmente, em relação à suposta ofensa ao art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Tóxicos, ao contrário do que afirma a defesa, verifica-se que o recorrente não faz jus à referida causa especial de diminuição da pena. Isso porque, para se aplicar a benesse de que cuida o supracitado artigo, é necessário o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

(...).

No caso, contudo, o Tribunal estadual apontou circunstâncias concretas para afastar a aplicação da benesse ao recorrente, quais sejam, a quantidade e nocividade da droga e a efetiva dedicação à atividade criminosa.

Assim ficou consignado no acórdão (fls. 247/248):

Importante consignar que foram apreendidas cinquenta gramas de "crack" (cocaína petrificada) que, como bem mencionado pelo d. Promotor de Justiça, é droga suficiente para a confecção de mais de cinquenta pedras. Sendo assim, a considerável quantidade, capaz de atingir diversas pessoas, e a especial potencialidade do crack, droga ainda mais nociva do que as demais, justificam a não aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

(...).

Dessa forma, ante o não preenchimento dos requisitos legais, irretocável a decisão no sentido de afastar a aplicação da referida causa de diminuição da pena"

Desse modo, nesta parte, o *writ* não merece sequer conhecimento, pois houve o esgotamento dessa instância para a análise das questões.

Nesse sentido, confirmam-se:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FRAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, I, DA MESMA LEI. QUESTÕES JÁ EXAMINADAS NOS AUTOS DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL. PREJUDICIALIDADE DO *WRIT* NESSES PONTOS. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO *MANDAMUS* ACERTADA. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. INOVAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A impetração de *habeas corpus* com objeto idêntico ao apreciado nos autos de agravo em recurso especial, interposto perante este Sodalício, obstaculiza o seu conhecimento, dada a prejudicialidade nesses pontos.

2. Ausente ilegalidade na reprimenda imposta ao paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, superior a 4 (quatro) anos de reclusão, restou prejudicado o *habeas corpus* quanto ao pleito de substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 44, I, do CP.

3. É inadmissível a apreciação, em sede de agravo regimental, de tese que não foi alegada na inicial do remédio constitucional, pois à parte é vedado inovar pedidos quando da interposição do regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 192.111/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 01/02/2013).

Quanto ao regime prisional, a Corte de origem assim consignou:

"É de ser manter o regime inicial fechado.

Isto porque, Por fim, consigne-se que a concessão de regime inicial diverso desvitaliza a eficácia intimidante da pena, incentivando a prática do tráfico. A prevalecer o entendimento segundo o qual o regime prisional é corolário imperativo do quantum da pena, seria obrigatório, em linha de coerência, premiar o autor com o regime semiaberto (Código Penal, artigo 33, § 2º, b), medida imprópria, inconveniente e inadequada para um crime tão grave. E mais, conforme o disposto no § 3º do artigo 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do mesmo Código. Além disso, verifica-se, claramente, que a pena aplicada não é único parâmetro da ser utilizado na fixação do regime, sendo que o próprio texto legal afirma que o condenado a pena superior a quatro anos e inferior a oito anos, não reincidente, poderá (grifo meu), desde o princípio, cumprir a pena em regime semiaberto. **Desta feita, as circunstâncias do delito, a gravidade do crime cometido, bem como a especial potencialidade da droga apreendida e sua considerável quantidade, justificam o regime inicial fechado, sendo que outro não seria suficiente**" (e-STJ, fls. 451-455, grifou-se).

Convém destacar que não mais subsiste a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados, 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 (em 27/7/2012).

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, embora o Tribunal de origem tenha baseado a negativa ao regime menos gravoso nas circunstâncias e gravidade do delito, certo é que fez referência também a "especial potencialidade da droga apreendida e sua considerável quantidade" (50g de *crack*).

Entretanto, considerada a pena final imposta (5 anos de reclusão), e o fato de o agente ser primário e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis, o **regime semiaberto** é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL FECHADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *HABEAS CORPUS* 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. O acórdão impugnado afastou, a partir de dados concretamente extraídos dos autos, a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por entender que o réu se dedica a atividades criminosas. Para concluir de modo diverso, seria necessário amplo reexame do conjunto fático-probatório colacionado aos autos, expediente inviável nesta estreita via processual.

3. Contudo, verifica-se flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, considerando a quantidade de pena imposta 5 (cinco) anos; a primariedade do condenado; o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e a quantidade relativamente pequena da droga apreendida, portanto, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11.343/2006.

4. Ressalte-se não ser cabível, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando-se a quantidade de pena imposta, superior a 4 (quatro) anos, nos termos dos arts. 44, I, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento pena."

(HC 342.332/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0170858-8

HC 330.255 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00243748920098260576 20130000687812 20140000491439 20140000626027
243748920098260576 5760120090243740 7402009 990101087960

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MERHEJ NAJM NETO
ADVOGADO : MERHEJ NAJM NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE VANTINI LUZ

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.