



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.238 - SP (2016/0011135-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE BRANDIERI NOEL (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE.

1. Este Tribunal inadmite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvada, porém, a possibilidade de concessão de ordem de ofício, nos casos de flagrante constrangimento ilegal.
2. A quantidade e a natureza do entorpecente justificam o regime mais gravoso, que deverá ser aquele subsequente ao regime correspondente à pena imposta.
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto.

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, após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do *habeas corpus*, sendo acompanhado pelo Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, e o voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo do pedido, concedendo, contudo, a ordem de ofício, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Nefi Cordeiro, verificou-se empate na votação, prevalecendo a decisão mais favorável ao réu, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, por empate, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Rogerio Schietti Cruz. Votou com o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 05 de abril de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.238 - SP (2016/0011135-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARLOS HENRIQUE BRANDIERI NOEL (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de CARLOS HENRIQUE BRANDIERI NOEL contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0018305-75.2013.8.26.0196.

Consta dos autos que a paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006. Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, o impetrante requer a aplicação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena, pois alega que o regime fechado foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito.

Liminar indeferida às fls. 52/53.

Informações prestadas às fls. 67/94.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 97/103, pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.238 - SP (2016/0011135-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109.956, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Em primeiro grau, a pena foi fixada nos seguintes termos:

[...]

Atendendo as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena base para os réus, a ser fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, presente circunstância agravante quanto a Alex, devido reincidência (fls. 103/105), majoro sua pena a um sexto. Não vinga atenuante quanto a Carlos, por uma confissão espontânea ao crime do artigo 33 caput da Lei 11.343/06, porquanto feita com ressalvas e buscando beneficiar-se. Ademais, sua pena já está no mínimo, sendo impossível reduzi-la ainda mais nesta fase.

Na terceira fase, estão ausentes circunstâncias de aumento ou diminuição, permanecendo a sanção tal como lançada.

*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva, a fim de condenar ALEX JÚNIOR MOLINA ALVES, como incurso no artigo 33 caput, c.c artigo 35 caput da Lei 11.343/06, ao cumprimento de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e ao pagamento de 1.390 (mil, trezentos e noventa dias) dias-multa, fixados no mínimo legal; também **condeno CARLOS HENRIQUE BARNDIERI NOEL , como incurso no artigo 33, caput, c.c artigo 35 caput, ambos da Lei 11.343/06, ao cumprimento de 8 (oito) anos de reclusão e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.***

A pena será cumprida inicialmente em regime fechado, conforme entendimento já sedimentado neste juízo no sentido de que não cabe a substituição da pena corporal nos crimes de tráfico face os dantescos efeitos que tais crimes tem promovido em nossa sociedade (fls. 18/19).

Por sua vez, quanto ao regime de cumprimento de pena, o Tribunal a quo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

asseverou:

[...]

No mais, absolutamente adequada a fixação do regime prisional extremo para início do desconto da pena privativa de liberdade.

Não se olvide que se trata, no caso da condenação pelo cometimento do delito de tráfico ilícito de drogas, de crime que denota conduta absolutamente perniciosa à sociedade, sobretudo por contribuir com a disseminação da substância ilícita entre a população, fato que, por alcançar patamares insuportáveis, coloca em risco, inclusive, a tranquilidade social e a ordem pública, mormente por ser causa mediata de vários outros delitos, notadamente aqueles de natureza patrimonial.

De rigor realçar que os recorrentes praticaram delito equiparado a hediondo em relação ao narcotráfico, cuja perniciosidade, a manifesta reprovação social e a previsão, pelo legislador constituinte, de regime especial (Constituição da República, artigo 5º, inciso XLIII), torna imperioso o início do desconto da sanção carcerária no regime mais severo.

*Em acréscimo à gravidade abstrata do delito, tem-se que a **quantidade das drogas apreendidas, sua dualidade - cocaína em ambas suas apresentações -, bem como sua natureza - sendo despiciendo discorrer-se sobre a letalidade e alto grau viciante da cocaína, mormente na forma de crack - evidenciam maior reprovabilidade na conduta dos réus, sendo que outra não poderia ser a resposta estatal no caso em concreto** (fls.43/44).*

Compulsando os autos, verifico que o paciente foi preso em flagrante com **77 gramas de cocaína e 0,980 gramas de crack**. Levando-se em consideração essa circunstância, a Corte Estadual manteve o regime fechado fixado pelo magistrado em primeiro grau.

Na escolha do regime prisional suficiente à reprovação e à prevenção do delito de tráfico de drogas, o juiz deve levar em consideração, além de outras circunstâncias, a quantidade e a natureza da substância apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06), pois quanto maior o poder de disseminação e o efeito deletério do entorpecente maior a gravidade da conduta, exigindo uma resposta mais efetiva do Estado, notadamente por força do princípio da individualização da pena.

Nesse contexto, a quantidade e a natureza do entorpecente justificam o regime fechado nos casos de aplicação de pena final igual ou inferior a 8 (oito) anos de reclusão ou, até mesmo, inferior a 4 (quatro) anos de reclusão (quando há a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06). Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. **REGIME MENOS GRAVOSO** E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. **POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO E NATUREZA DA DROGA**. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

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 revisão criminal.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que 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".

4. Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão do elevado potencial de disseminação e da natureza da droga - 29 porções de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 281377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe 13/12/2013).

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 ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE 3. **MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (3 TUBETES DE COCAÍNA - 0,9g E 18 PEDRAS DE CRACK - 1,7g). ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO.** SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. UTILIZAÇÃO DE MENOR NA EMPREITADA CRIMINOSA. 4. ORDEM NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDA. LIMINAR CASSADA.

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. Para a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no referido dispositivo. Hipótese em que, o Tribunal de origem, embora tenha reconhecido a dedicação às práticas criminosas, concedeu a minorante na fração de ½ (metade). Para afastar eventual constrangimento ilegal seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do habeas corpus.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, conquanto a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos. Hipótese em que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo destaca a utilização de menor para a empreitada criminosa.

4. Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada.

(HC 274.467/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 4/11/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. **REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTÂNCIA.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõe-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Mostra-se devida a incidência da fração de 1/3 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (**oito pedras de crack**), bem como as circunstâncias em que perpetrado o delito.

3. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

5. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente - crack -, substância entorpecente cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante.

6. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

(HC 187.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 9/4/2012).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.238 - SP (2016/0011135-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: A questão aqui posta em debate se refere à possibilidade de se fixar regime mais rigoroso – fechado – a quem foi apenado com pena que, em tese, autorizaria o cumprimento em regime aberto.

Entendo presentes, no caso concreto, elementos que justificam regime mais gravoso que o aberto, mas também entendo que, neste caso, o regime terá que ser o subsequente, ou seja, o semiaberto.

Assim, **não conheço** da impetração, mas **concedo** a ordem **de ofício**, para fixar o regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.238 - SP (2016/0011135-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARLOS HENRIQUE BRANDIERI NOEL (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Senhor Presidente, acompanho, com a máxima vênia, a divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0011135-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 347.238 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00183057520138260196 183057520138260196

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANDRE CADURIN CASTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CARLOS HENRIQUE BRANDIERI NOEL (PRESO)
CORRÉU	: ALEX JUNIOR MOLINA ALVES

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do habeas corpus, sendo acompanhado pelo Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, e o voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo do pedido, concedendo, contudo, a ordem de ofício, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Nefi Cordeiro, verificou-se empate na votação, prevalecendo a decisão mais favorável ao réu; a Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, por empate, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Rogerio Schietti Cruz.

Votou com o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.