



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.782 - MS (2015/0102327-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JINALDO LOPES DA SILVA NETO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Justificado o *quantum* de redução pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da natureza e da diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório" (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da natureza da droga apreendida (20g de *crack*), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do *mandamus*.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na fixação do regime prisional, bem como na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

6. *In casu*, a Corte estadual justificou o regime mais gravoso para o início de expiação da reprimenda e vedou a substituição pretendida em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da natureza e da quantidade da substância apreendida (20 gramas de *crack*) – o que evidencia a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, *ex vi* do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 –, bem como do fato de a traficância ter sido desenvolvida em "boca de fumo" localizada na residência do réu, de modo que a medida seria insuficiente para a necessária resposta penal ao delito praticado.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC).

Brasília, 03 de setembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.782 - MS (2015/0102327-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso espeical com pedido liminar impetrado em favor de JINALDO LOPES DA SILVA NETO, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Narra a impetração que o paciente foi condenado, pelo crime capitulado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado, reprimenda majorada, no Tribunal, para 3 anos e 4 meses.

Pugna pela aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, daquele diploma, em seu patamar máximo, pelo abrandamento do regime prisional e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Pleiteia, inclusive liminarmente, a aplicação do mencionado redutor no grau máximo, com a consequente alteração do regime prisional para o aberto e a substituição da sanção corporal por pena restritiva, com a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Pleito liminar indeferido (fls. 209/210).

Dispensadas as informações, o *Parquet* manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 219/231).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.782 - MS (2015/0102327-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida. Para fazer jus à referida benesse, portanto, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

In casu, verifica-se que o Tribunal *a quo*, aplicou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, fundado na natureza da droga apreendida, por considerar o montante "justo e suficiente para prevenção e reprovação do delito" (fl. 199).

Dessa forma, devidamente justificado o *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade da droga apreendida, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório" (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

A esse respeito, conferir, ainda: HC 306.742/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 30/04/2015, e HC 233.059/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014.

Atinente ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, o Tribunal de origem justificou a manutenção do regime mais gravoso na valoração negativa das circunstâncias judiciais, em razão da natureza e da quantidade da substância apreendida (20 gramas de *crack*), considerada de elevado grau de afetação da saúde pública, bem como do fato de a traficância ter sido desenvolvida em "boca de fumo" localizada na residência do réu, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, tal como declinado na sentença (fls. 122/123 e 200).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal conclusão se coaduna com a orientação jurisprudencial de que a quantidade e a qualidade da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na fixação do regime prisional (HC 124108, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 13-11-2014; HC 121389, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 07-10-2014, e AgRg no REsp. 1.376.334/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 29/08/2014).

No tocante à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, nada obstante o afastamento pelo Colendo STF da vedação legal contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (HC 97.256-RS), cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012), a concessão dessa benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas reclama o preenchimento dos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, entre eles aqueles de cunho subjetivo, elencados no inciso III daquele preceptivo legal (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, motivos e circunstâncias indicarem ser a substituição suficiente).

Por outro lado, de acordo com o art. 42 da Lei de Drogas, a quantidade e a natureza da substância apreendida preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

In casu, a Corte estadual valeu-se das mesmas circunstâncias consideradas para a manutenção do regime prisional (natureza lesiva do entorpecente e local de apreensão da droga) para vedar a substituição pretendida, concluindo ser a medida insuficiente para a necessária resposta penal ao delito praticado (fl. 201).

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0102327-2

HC 322.782 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011760220138120017 00021417720138120017 11760220138120017
21417720138120017 722013

EM MESA

JULGADO: 03/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: JINALDO LOPES DA SILVA NETO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC).