



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.203 - SP (2015/0160342-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÍCERO DE ALMEIDA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do CP, dado a quantidade, a diversidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos.

REGIME INICIAL REFERENTE AO CRIME PREVISTO NO ART. 33 DA LEI 11.343/06. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SISTEMA PRISIONAL MAIS SEVERO MANTIDO, NO ENTANTO, EM RAZÃO DA GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. Afastada a escolha do regime fechado com base na hediondez do crime, mantém-se tal modo prisional, conforme assentou a origem, em razão da gravidade concreta do delito, representada pela diversidade da droga apreendida.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44 do Código Penal.

2. *In casu*, a pena foi estipulada em patamar superior a quatro anos de reclusão, o que impede a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

3. *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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.203 - SP (2015/0160342-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÍCERO DE ALMEIDA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CÍCERO DE ALMEIDA contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0044356-23.2012.8.26.0564, mantendo a sentença que o condenou à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que, tendo em vista o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a causa de diminuição especial deveria ter sido aplicada no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), não podendo a quantidade ou a variedade do entorpecente apreendido mitigar o redutor.

Defende que o regime inicial fechado teria sido mantido com esteio na hediondez do crime e, diante do *quantum* final da pena e da favorabilidade das circunstâncias judiciais, deveria ser abrandado para o semiaberto/aberto, em conformidade com o art. 33 e parágrafos do CP e os Enunciados Sumulares ns. 718 e 719 da Suprema Corte.

Argumenta que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico mostra-se cabível, haja vista a Resolução n. 05/2012 do Senado Federal, a qual suspendera a expressão que vedava tal benesse.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em 2/3 (dois terços), alterado o regime inicial para o semiaberto/aberto e convertida a pena privativa em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.203 - SP (2015/0160342-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

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, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

Consta, ainda, que, no dia 26 de setembro de 2012, por volta das 12 horas, na Vela do Campinho, 0, Jardim Laura, nesta cidade e comarca de São Bernardo do Campo, JANAINA DE SOUZA VÍTOR, qualificada às fls. 25/29, e CÍCERO DE ALMEIDA, qualificado às fls. 30/32, traziam consigo, sem autorização e em desacordo com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, drogas consistentes em 27 (vinte e sete) invólucros de plástico contendo 25,29 gramas de crack, substância derivada da cocaína; 24 (vinte e quatro) invólucros de plástico contendo 16,0 gramas de cocaína; e 10 (dez) invólucros de plástico contendo 4,0 gramas de Cannabis Sativa L, substância popularmente conhecida como maconha (auto de exibição e apreensão de fls. 16/17), substâncias estas que determinam dependência física e psíquica, conforme concluiu o laudo de constatação de fls. 23. (e-STJ fl. 07)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

No que tange à aplicação da causa especial de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Tribunal de origem assim fundamentou a manutenção da fração em 1/6 (um sexto), *verbis*:

*Ausentes agravantes ou atenuantes, na derradeira, sofreram correta diminuição de 1/6, pela minorante da Lei Especial, **estribada na quantidade e natureza do entorpecente apreendido**, além da disseminação da cocaína e crack, cujo poder viciante assola seus dependentes que, para garantia do consumo, na maioria das vezes, chegam a praticar crimes patrimoniais deixando em polvorosa os demais cidadãos de bem que compõe a sociedade. (e-STJ fl. 23)*

No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

Disciplinando o tema, a doutrina e a jurisprudência firmaram o entendimento de que devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena 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".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, verifica-se que se entendeu devida a redução em 1/6 (um sexto), considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas.

Por essa razão, não se pode considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que deixou de aplicar o *quantum* máximo de diminuição, tendo em vista que **a quantidade, a variedade e a natureza dos entorpecentes - 25,29 g de crack, 16 g de cocaína e 4,0 g de maconha** (e-STJ fl. 07) - justificam a mitigação inferior ao máximo legalmente previsto.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

No que se refere ao regime inicial de execução da pena, verifica-se que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colegiado *a quo* manteve o fechado em aresto proferido nos seguintes termos, a saber:

*No que tange ao regime, de rigor o fechado, porque outro mais brando **não atenderia à gravidade concreta** da conduta, **inclusive por sua natureza equiparada a hedionda**, reforçada pela recentíssima Súmula nº 512, do STJ. (e-STJ fl. 24).*

Quanto ao tema, deve-se observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI).

Contudo, afastando-se, em parte, o fundamento em que o Tribunal de origem se embasou para manter o regime inicial fechado, qual seja, a natureza hedionda do crime, vê-se que o regime fechado se mantém, dada a gravidade concreta do delito, representada pela variedade do entorpecente apreendido, consoante se nota da leitura do seguinte excerto do aresto impetrado: "*No que tange ao regime, de rigor o fechado, porque outro mais brando não atenderia à gravidade concreta da conduta [...]*" (e-STJ fl. 24).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAIOR ousadia e periculosidade evidenciada. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." No mesmo sentido são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"; "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." No caso dos autos, o julgador de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, estabeleceu o regime inicial fechado, a partir de motivação concreta extraída dos autos, qual seja, a quantidade da droga apreendida (40 porções individuais de maconha e crack), que evidencia a maior ousadia e periculosidade da paciente, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/06.

3. Noutro ponto, com relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observo que a decisão do magistrado também não comporta reparos.

O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos, não verificando, na hipótese, o preenchimento de tais requisitos, tendo em vista que, ao fixar a pena-base, o Juiz de primeiro grau consignou que as circunstâncias previstas no art. 59 do CP não lhe eram favoráveis, considerando a diversidade de entorpecentes (maconha e crack) apreendidos em seu poder. Dessarte, em razão das circunstâncias do crime lhes serem desfavoráveis, incabível, no caso, a substituição ora pleiteada.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 330.312/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 04/05/2016)

Em relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena restou estabelecida definitivamente em patamar superior a 04 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exigido pelo art. 44 do CP.

Nesse norte, os seguintes precedentes, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/6. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

- Tendo em vista o não redimensionamento da pena e mantido o patamar acima de 4 anos, o paciente não faz jus ao regime aberto, conforme disposições do art. 33, § 2º, do Código Penal.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o quantum da pena aplicada supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.468/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do writ.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0160342-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 329.203 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00443562320128260564 20150000185620 443562320128260564

EM MESA

JULGADO: 14/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CÍCERO DE ALMEIDA (PRESO)
CORRÉU	: JANAINA DE SOUZA VITOR

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, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.