



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.579 - SP (2015/0042447-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE SAMUEL LOPES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO. NULIDADE DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA NOS AUTOS DO DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA E DO INTERROGATÓRIO DO RÉU. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ALTEROU AS VERDADES POSTAS NA SENTENÇA.

1. Segundo o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, só se é possível admitir nulidade quando o vício causar prejuízo ao processo e às garantias da parte.
2. No caso, a ausência, na mídia encaminhada ao tribunal, do registro do depoimento de uma das testemunhas e do interrogatório do réu nos autos da apelação não interferiu no entendimento do julgado, porquanto a verdade nele exposta sobre o teor dos termos processuais não é questionada e corresponde ao que foi colhido na instrução criminal.
3. Aplicável à hipótese o princípio *pas de nullité sans grief*.

PENA. REDUTOR DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXAME DE PROVA. VIA INADEQUADA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CASO CONCRETO.

1. Concluído pela instância de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
2. Mantido o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
3. Ordem não conhecida.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 06 de outubro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.579 - SP (2015/0042447-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE SAMUEL LOPES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de JOSE SAMUEL LOPES DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação e Embargos de Declaração n.º 0026269-72.2013.8.26.0050).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 600 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 (fls. 25/34).

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo da defesa para, reconhecida a atenuante da menoridade, reduzir a pena para 5 anos de reclusão, com pagamento de 500 dias-multa, mantida, no mais, a sentença. O aresto está assim ementado (fl. 51):

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - Absolvição - Inadmissibilidade - Existência de prova segura da autoria e materialidade dos crimes - Condenação mantida.

PENA. REDUÇÃO. ADMISSIBILIDADE. Reconhecimento da atenuante da menoridade.

A defesa opôs embargos de declaração, visando sanar omissão quanto à nulidade do acórdão, apontada pela Procuradoria de Justiça, que constatou que a mídia anexada continha tão-somente a oitiva do policial Rafael, não estando nos autos nem o depoimento do policial Alessandro e nem o interrogatório do réu. Os embargos foram rejeitados (fls. 71/76).

Nesta via, renova o argumento de que a mídia anexada aos autos originários continha tão-somente a oitiva do policial Rafael, não estando nos autos nem o depoimento do policial Alessandro e nem o interrogatório do réu, ora paciente, de modo que deve ser declarado nulo o aresto atacado, porquanto não seria possível julgar a apelação sem provas essenciais.

Pretende, ainda, a aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo, a alteração do regime prisional fixado e, caso diminuída a reprimenda, sua substituição por restritiva de direitos.

Pugna, liminarmente, pelo relaxamento da prisão do paciente, já que o processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

está maculado por nulidade absoluta, além do que foi fixado regime mais gravoso do que o legalmente previsto.

No mérito, requer a declaração de nulidade do aresto combatido, com a conversão do julgamento em diligência, ou, subsidiariamente, a aplicação da maior fração de redução no tocante ao tráfico privilegiado, bem como a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida, consoante decisão de fls. 140/141, sendo que o Ministério Público Federal, instado a manifestar-se, opinou pela denegação da ordem em parecer assim sumariado (fl. 244):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DEFENSIVA. PARCIAL PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO.

INVIABILIDADE DE MANEJO DO WRIT COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO, NO CASO, O RECURSO ESPECIAL. ENTENDIMENTO JÁ CONSOLIDADO NESSA CORTE E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO.

APELAÇÃO CRIMINAL SEM A JUNTADA DE MÍDIA CONTENDO ÁUDIO DO DEPOIMENTO DE UMA DAS TESTEMUNHAS E INTERROGATÓRIO DO RÉU. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. JULGAMENTO QUE CONFIRMOU A CONDENAÇÃO QUE LEVOU EM CONSIDERAÇÃO REFERÊNCIAS A TAIS PROVAS, QUE SE ENCONTRAM NOS AUTOS, ALÉM DO ÁUDIO DO DEPOIMENTO DE OUTRA TESTEMUNHA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.

RECONHECIMENTO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO E REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS (230 TROUXINHAS DE CRACK E UM TIJOLO; 251 PAPELOTES DE MACONHA E UM TIJOLO; 2100 PAPELOTES DE COCAÍNA, TIJOLO DE COCAÍNA, INVÓLUCRO E OUTROS 32 DE LANÇA PERFUME) A INDICAR A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA E ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. QUANTIDADE DE PENA APLICADA (CP, ARTIGO 44, INCISO I).

MANIFESTAÇÃO PELO NÃO CONHECIMENTO DO *HABEAS CORPUS* E, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.579 - SP (2015/0042447-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO. NULIDADE DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA NOS AUTOS DO DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA E DO INTERROGATÓRIO DO RÉU. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ALTEROU AS VERDADES POSTAS NA SENTENÇA.

1. Segundo o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, só se é possível admitir nulidade quando o vício causar prejuízo ao processo e às garantias da parte.
2. No caso, a ausência, na mídia encaminhada ao tribunal, do registro do depoimento de uma das testemunhas e do interrogatório do réu nos autos da apelação não interferiu no entendimento do julgado, porquanto a verdade nele exposta sobre o teor dos termos processuais não é questionada e corresponde ao que foi colhido na instrução criminal.
3. Aplicável à hipótese o princípio *pas de nullité sans grief*.

PENA. REDUTOR DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXAME DE PROVA. VIA INADEQUADA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CASO CONCRETO.

1. Concluído pela instância de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
2. Mantido o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
3. Ordem não conhecida.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A primeira discussão do feito diz com a alegação de nulidade, sustentando a impetrante que é nulo o julgamento da apelação se os autos não contêm o registro do depoimento de testemunhas e o interrogatório do réu, os quais deveriam estar gravados na mídia anexada.

Assevera, na espécie, que somente foi gravado no CD encaminhado com o processo o depoimento de uma testemunha, Rafael Occhiuzzi Kuramoto, ficando sem registro o depoimento da testemunha Alessandro Mendes de Sá e o próprio interrogatório do paciente;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situação a ensejar o pretendido vício.

Nesse passo, diga-se que, embora o Impetrante sustente a existência do vício no julgamento da apreciação do recurso, não comprova em que sentido e por qual motivo haveria de se anular o processo.

Na hipótese, merece menção o princípio *pas de nullité sans grief*, regente do sistema de nulidades processuais, constantes do art. 563 do CPP, segundo o qual não se anula ato do processo sem a devida comprovação do prejuízo.

Ao falar em **princípio do prejuízo**, o magistério da doutrina abalizada bem esclarece o sentido da exigência, *verbis*:

“Constitui seguramente a viga mestra do sistema de nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.” (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho – As Nulidades do Processo Penal – 10ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 29).

Do quanto se depreende do caderno processual, portanto, a defesa interpôs o recurso de apelação e em suas razões não fez qualquer ponderação sobre o teor dos depoimentos e do interrogatório tomados na instrução criminal, optando por abordar genericamente a inexistência de provas para a condenação.

Tanto é verdade que a defesa somente foi se atentar para a ausência dos referidos termos processuais depois que a Procuradoria Geral de Justiça proferiu parecer anotando tal fato.

O que é importante observar no contexto da discussão é que, conquanto cause desconfiância um julgamento realizado para rever a condenação sem algumas peças colhidas na instrução, isso, por si só, não é motivo de nulidade, porquanto a extensão da ausência deve atingir a substância do entendimento revisado.

Com efeito, no caso em exame, sem realizar qualquer confronto de frases, de termos, de provas etc., a defesa, em seu apelo, partiu da premissa de que o depoimento dos policiais não poderia prevalecer, porque a autoria do paciente se deveu a um ato forjado por parte dos milicianos.

Ou seja, não se sustentou que os depoimentos eram contraditórios ou que o teor deles, ao contrário da convicção condenatória, deveria ser levado em conta para a absolvição.

Bem por isso o exame do Tribunal *a quo* cingiu-se a manter a versão das testemunhas e negar a versão genérica do réu, conforme se nota dos trechos (fls. 52/54):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A autoria delitiva do réu, de igual sorte, ficou amplamente provada conforme se extrai da minuciosa análise dos autos.

O réu negou a autoria delitiva, esclarecendo que fora incriminado pelos policiais, pois já era conhecido dos mesmos, acrescentando, que não possuía a chave do local onde estava guarnecida toda a droga apreendida e que era usuário de drogas, versão que restou isolada do robusto conjunto probatório encontrado nos autos.

Os policiais informaram que estavam realizando patrulhamento rotineiro quando suspeitaram da conduta do réu e o abordaram, momento em que eles, depoentes, perceberam que o recorrente, após mencionar seus dados pessoais, era foragido da Justiça, sendo que o réu afirmou ser possuidor de um alvará de soltura, fazendo com que eles, policiais, fossem até a sua residência para verificar a veracidade das informações e, ao chegarem no local indicado pelo apelante o mesmo já avisou que no local existiam entorpecentes, informação que foi efetivamente confirmada, eis que no local foram encontradas, além das drogas mencionadas na peça vestibular, 1000 “ependorfs” vazios, pote de carbonato de cálcio, rádios de telecomunicação, folhas com anotações do movimento de venda de entorpecentes, R\$ 422,00, e objetos usualmente utilizados no fabrico, na preparação, produção e distribuição das drogas, acrescentando, por fim, os policiais, que diante da apreensão o réu confessou que praticava o nefando comércio.

Nem se alegue que os policiais envolvidos na operação quiseram prejudicar o réu ou justificar a sua atuação, movidos por sentimentos torpes.

Aliás, é preciso repudiar, definitivamente, os ataques injustificados a depoimentos prestados por policiais. Sua qualidade de funcionários públicos infunde credibilidade, pois são chamados a depor sobre fatos que presenciaram ou vivenciaram.

(...)

Há a considerar, ainda, que não parece crível que policiais saiam pela via pública, com entorpecentes, e escolham, de forma aleatória, quem vão prejudicar naquele dia para justificarem sua atuação perante a sociedade.

Ressalta-se, também, que ao contrário do que sustenta a esforçada defesa, a condenação não foi lastreada na confissão informal do réu, mas sim em todo o robusto conjunto probatório produzido durante a instrução processual, não havendo, assim, qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, ou qualquer nulidade da prova.

Diante disto, o que se percebe é que a prova coligida é harmônica e leva ao reconhecimento inescusável da autoria delitiva. A condenação do réu, portanto, é medida de rigor, sendo impossível sua absolvição (...).

Assim, a simples alegação não é motivo hábil a reconhecer a nulidade processual, cumprindo ressaltar que até mesmo as afirmações do acórdão relativamente ao que disseram as testemunhas e o paciente não são contraditadas pela defesa, estando em foco tão somente a ausência do termo respectivo.

Dessa maneira, inexistente qualquer prejuízo efetivo, pois o entendimento do Tribunal *a quo* se pautou pelo que de fato contém a instrução criminal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dito isso, sobeja a análise do segundo ponto da impetração atinente ao benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, asseverando a impetrante que o paciente faz jus à redução da pena no patamar máximo e, por conseguinte, mereceria regime diverso e substituição da reprimenda.

Urge colacionar as seguintes passagens do acórdão impugnado (fls. 55/57):

Impossível a aplicação do pretendido redutor previsto no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, pois não é crível que uma pessoa possa ter em depósito quase 4 quilos de “cocaína” e mais de 1 quilo de “maconha” sem que faça parte de uma organização criminoso, e isto porque não se consegue adquirir tão significativa quantidade de entorpecentes e estupefacientes sem se estar infiltrado na marginalidade, ressaltando, ainda, que foram apreendidos cadernos dando conta da contabilidade das vendas das drogas, além de materiais usados no acondicionamento e na produção das mesmas; tudo a demonstrar a existência de uma estrutura organizada.

O regime de pena fixado na sentença merece ser mantido, pois é o mais adequado para o caso concreto, considerando a quantidade de “cocaína” e “maconha” - enseja especial censurabilidade pelos efeitos nefastos que tal conduta gerou na paz social.

Ao praticar o tráfico de entorpecentes em tela, o réu ensejou enormes malefícios à Sociedade que se viu desorganizada, desassossegada e impotente para lidar com tal sorte de transgressão à normalidade e à lei.

O grave crime praticado pelo réu também está a exigir do Estado medida que, durante seu período de correção, reeducação, reintegração, e ressocialização, o impeça de tornar a delinquir, e o neutralize, fazendo com que deixe de prejudicar outras pessoas inocentes e de colocar em risco a sociedade.

Não bastasse isto, impõe-se ao réu uma resposta estatal adequada até mesmo para que se sinta desestimulado a prosseguir por este caminho abjeto, tudo em observância à função preventiva especial da pena.

Com relação ao disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei nº 12. 736/12, também não há como acolher o inconformismo manifestado pela esforçada defesa, e isto porque, conforme preceitua o referido artigo:

“O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regi-me inicial de pena privativa de liberdade.”

Note-se que se trata da fixação inicial do regime, momento em que o ilustre sentenciante, ao considerar as circunstâncias judiciais favoráveis de um réu, levará em conta o tempo que este já esteve preso por aquele processo para a fixação de regime menos gravoso.

Observa-se que, no caso concreto, o Magistrado, ao fixar o regime, sopesou que o recorrente trazia expressiva quantidade de drogas, o que demonstra seu desprezo pelas regras sociais básicas e seu desprezo pelo semelhante, além de demonstrar sua opção pelo lucro fácil, divorciado de qualquer senso de moral, sendo, correto, portanto, o desconto da pena privativa de liberdade inicialmente no regime fechado.

Ressalta-se, ainda que o novo dispositivo, não estabeleceu que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detração devesse funcionar como alavanca automática de progressão de regime, pois esta conta com requisitos legais objetivos (tempo de prisão) e subjetivos (bom comportamento) que devem ser analisados pelo Juízo da Execução.

Sobre a discussão, anote-se que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

No caso em comento, verifica-se que a instância de origem, com arrimo nos fatos da causa, negou a incidência da causa especial de redução de pena por entender que o paciente integrava organização criminosa, razão pela qual não faria jus à benesse.

Destarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que o paciente pertencia aos quadros de organização criminosa - não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Confirmam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em seu poder - aproximadamente 70 quilos de cocaína, distribuídos em 70 pacotes.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada.

(HC 206.837/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. VIA INADEQUADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. QUANTUM DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. 13 KG DE COCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O *writ* não foi criado para a finalidade aqui empregada, de discutir a dosimetria da pena. Há que se utilizar o recurso cabível ou, após o trânsito em julgado, a revisão criminal, se for o caso. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

4. *In casu*, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, pois foram adotados fundamentos concretos para justificar a dosimetria da pena, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto. Foi ressaltada a grande quantidade de entorpecente apreendida (cerca de 13 kg de cocaína), bem como indicado que o paciente integra associação criminosa, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas. Sobre o tema, deve-se ter em conta o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, segundo o qual "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".

5. *Habeas corpus* denegado.

(HC 135.846/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. As penas-base dos réus foram fixadas fundamentadamente acima do mínimo legal em razão da expressiva quantidade de droga apreendida, em consonância com o art. 42 da Lei de Drogas, ressaltando-se, ainda, a existência de antecedente negativo quanto ao réu (...).

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora os pacientes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sejam primários, não atendem ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pela instância ordinária que integram organização criminosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ e do STF.

5. Ordem denegada.

(HC 162.375/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 19/10/2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. 1. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 2. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM *HABEAS CORPUS*. 3. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Paciente que, nos termos do que assentado nas instâncias antecedentes, integra organização criminosa. Precedente.

2. Afastar a premissa de que o Paciente integra organização criminosa demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*.

3. Não há falar em contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República, pois, embora em sentido contrário à pretensão do ora Paciente, o juízo da 4ª Vara de Guarulhos/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Superior Tribunal de Justiça apresentaram suficiente fundamentação ao decidir pela inaplicabilidade da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Ordem denegada.

(HC 109.991/SP, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 07/12/2011)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *WRIT* DENEGADO.

(...)

6. Por fim, vale ressaltar que, para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

7. No caso concreto, por força dos estreitos limites do *habeas corpus*, não há como verificar se o paciente, efetivamente, não se dedicava às atividades criminosas, nem integrava organização criminosa.

8. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006).

9. *Writ* denegado.

(HC 98.766/MG, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 04/03/2010)

Impende consignar, que, na espécie, a quantidade da droga foi também levada em conta para o fim de afastar o redutor previsto no mencionado dispositivo legal, circunstância igualmente considerada para o fim de fixar o regime fechado.

Nesse sentido, ressalte-se que o art. 42 da Lei Antidrogas determina 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".

Assim, a instância de origem entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, não há ilegalidade a ser sanada.

A propósito:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PENAL MAIS GRAVOSO E PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 4 anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a natureza e quantidade da droga apreendida (15 porções de cocaína), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1462967/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS. CRIME COMETIDO EM LOCAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. 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 recurso especial.

2. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, 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. Não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista a gravidade concreto do delito, evidenciada pela natureza e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - maconha e crack (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) -, bem como pelo fato de o crime ter sido cometido em local de grande circulação de crianças e adolescentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 290.199/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Os Tribunais Superiores assentaram que o uso do remédio heroico se restringe a sanar ato ilegal de autoridade, que deve ser cessado de imediato, inadmitido seu uso indiscriminado como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais.

2. No que diz respeito à fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observo que as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal não foram todas favoráveis. Assim, não obstante a pena tenha sido fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam a adoção do regime mais gravoso.

3. De acordo com o entendimento pacificado nesta Egrégia Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior, a matéria objeto de irresignação não pode vir a ser suscitada apenas no writ aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame da instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 226.426/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 27/08/2014)

Ante o exposto, **não conheço da ordem.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0042447-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 317.579 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0026269722013 00262697220138260050 20140000639434 26269722013
262697220138260050

EM MESA

JULGADO: 06/10/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE SAMUEL LOPES DA SILVA (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.