



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 280.280 - SP (2013/0353144-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RENATO DA COSTA GARCIA
ADVOGADO : RENATO DA COSTA GARCIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO ROBERTO VIEIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 2. TESE DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO POR TER SIDO PROFERIDA COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. DETRAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 4. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE PACIENTE QUE NÃO ERA TRAFICANTE EVENTUAL E FAZIA DA NARCOTRAFICÂNCIA SEU MEIO DE VIDA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. 6. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA DROGA. ELEVADO POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. 7. 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. A tese de nulidade da condenação, por ter sido proferida com base, exclusivamente, em depoimentos de policiais, bem como os pleitos de aplicação da detração e de redução da pena de multa, não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do remédio heroico.

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente não era traficante eventual e fazia da narcotraficância seu meio de vida, 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*.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, em razão do elevado potencial de disseminação da droga, diante da quantidade de substância entorpecente apreendida - 73 porções de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

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 Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 14 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 280.280 - SP (2013/0353144-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RENATO DA COSTA GARCIA
ADVOGADO : RENATO DA COSTA GARCIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO ROBERTO VIEIRA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO ROBERTO VIEIRA DOS SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0015653-72.2012.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 21.8.2012, por suposta prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa, pois, "em revista pessoal no denunciado, foi encontrado no interior de sua cueca uma sacola plástica contendo 73 (setenta e três) porções de pó esbranquiçado e já embalado para venda e mais a quantia de R\$ 100,00 (cem reais) em dinheiro" (fl. 66). Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

A ação penal procede.

Interrogado em Juízo o réu negou a acusação, alegando e não por estas palavras, que na data dos fatos voltava para sua residência em sua motocicleta, quando encontrou um conhecido na via pública, a quem deu uma carona, e logo depois, no momento em que entrava em sua rua, foram abordados pelos policiais, que indagaram se ele havia jogado algo no chão, e diante de sua negativa um dos policiais desceu a rua e retornou pouco depois com um saco plástico, contendo uma porção de entorpecente, oportunidade então que seu conhecido empreendeu fuga, e assim os policiais passaram a lhe imputar a injusta acusação. Disse ainda que a quantia em dinheiro encontrada em seu poder era proveniente de seu trabalho em uma farmácia.

Contudo, as provas carreadas aos autos, inclusive aquelas obtidas na fase administrativa da investigação, estão a demonstrar a propriedade da acusação.

A materialidade do tráfico está bem caracterizada, à vista do teor do laudo pericial e do auto de apreensão acostados aos autos. Não ocorre de modo diverso com a autoria. Com efeito. Os policiais militares Elton Aparecido dos Santos e Waldir Oliveira de Almeida foram unânimes em afirmar que estavam em patrulhamento de rotina quando se depararam com uma motocicleta e de imediato suspeitaram de seus dois ocupantes, de sorte que lhes deram a determinação para que parassem e obtiveram êxito a tanto, porém o indivíduo que estava na garupa empreendeu fuga a pé.

Consta ainda do relato destes policiais que o réu foi submetido à revista pessoal e que no interior de sua cueca foi encontrada certa quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cocaína e no interior de sua carteira foi encontrada a quantia de R\$10,0.

O policial militar Elton Aparecido dos Santos disse ainda que efetuou a abordagem ao réu na via pública, diante de populares, e o réu teria dito que seus parentes moravam nas proximidades, mas não conversou com qualquer pessoa, eis ninguém se aproximou do local.

Por sua vez o policial militar Waldir Oliveira de Almeida afirmou ainda que a abordagem ao réu ocorreu após sua tentativa de fuga, e que o acompanhante do réu conseguiu fugir a pé. Disse ainda que o réu alegou que as setenta e três porções de cocaína pertenciam ao seu colega que fugido.

Convém ressaltar que não consta dos autos que tais policiais tivessem algum motivo para injustamente acusarem os réus, a quem sequer conheciam, e as pequenas divergências entre seus relatos são previsíveis, próprias da prova oral, haja vista o lapso temporal entre o fato e a oitiva em Juízo, não bastasse a quantidade de ocorrências que são instados a atenderem.

Por sua vez, as testemunhas de defesa Manoel Valentim da Silva, Reginaldo Vieira de Jesus, Cleiton de Oliveira Gomes Moura mentiram, ao afirmarem que presenciaram a prisão do réu e que ele não portava qualquer droga, que os policiais teriam mentido e que o indivíduo que fugiu foi quem jogou a sacola contendo os entorpecentes.

Tais relatos, provenientes de pessoas integrantes do convívio do réu, ante o interesse óbvio no desfecho da ação penal ao contrário do que ocorre com os policiais aqui indicados como testemunhas de acusação estavam a exigir o respaldo de outros elementos de convicção, o que não é a hipótese dos autos.

Aliás, não seria crível que tais pessoas, ligadas ao réu, uma delas até mesmo por laços de sangue, presenciasse tamanha arbitrariedade por parte dos policiais, como alegam, e não tomassem qualquer providência junto à corregedoria da polícia militar por intermédio do advogado constituído nos autos!

Ademais, por quais motivos os policiais iram injusta e gratuitamente acusar o réu?

Poder-se-ia argumentar com o fato de que o réu não foi surpreendido comercializando a droga, entretanto, a posse de expressiva quantidade de substância entorpecente, embalada de forma individual parece não deixar margem a dúvida de que era destinada à comercialização espúria.

É o suficiente a sustentar a acusação.

Assim, levando em conta os critérios informadores contidos 59 do Código Penal, fixo a pena em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 50 dias-multa em seu mínimo unitário a mingua de antecedentes criminais.

A quantidade da droga apreendida, aliada à quantia em dinheiro, parece indicar que não se tratava de comercialização eventual, tornando certa a temeridade da conduta, e porque não dizer a periculosidade latente do réu, obstando a redução prevista no artigo 3º, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

Ante o exposto, julgo procedente a ação penal para condenar Paulo Roberto Vieira dos Santos a cumprir a pena de 05 anos de reclusão e a pagar o valor de 50 dias-multa em seu mínimo unitário como incurso no artigo 3º, “caput”, da Lei 11.343/06.

Tal como veiculado de forma contínua nos diários de grande circulação no país, o tráfico de drogas vem se tornando assustadoramente contumaz no cotidiano das grandes, médias e até mesmo pequenas cidades, inclusive



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aquelas incrustadas nos mais distantes rincões da nação.

Não há distinção entre ricos ou pobres, raça ou religião; o comércio ilegal avança de forma incontrolável, ora favorecido pela insuficiência policial, ora beneficiado pelo abrandamento do rigor penal.

Evidentemente o grande traficante, o responsável pela distribuição da droga em determinada região ou cidade, não se envolverá diretamente na comercialização da droga; valer-se-á do jovem preterido pela sorte, disposto a lutar por algum dinheiro que propicie a imediata realização de necessidades básicas.

Ocorre então a perfeita comunhão de interesses. De um lado, o responsável pelo tráfico, que se arrima em incautos jovens, inimputáveis pela tenra idade, ou de passado até então escorreito, para comercializar seu produto, e de outro o pequeno cidadão que, eventualmente detido pela prática espúria, poderá ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

O número expressivo de pessoas que poderiam ser servidas com as drogas, tal a quantidade de porções individuais, bem demonstram a periculosidade latente do réu, recomendando o cumprimento da pena no regime inicial fechado e obstando a substituição da pena por quaisquer das medidas alternativas.

Não se deve ignorar ainda as consequências do envolvimento de jovens e adolescentes em tal empreitada criminoso, culminando com o aumento exorbitante da violência contra tais pessoas, cujas atividades, em período integral, são postas à serviços dos traficantes, que, volto a repetir, não vão para os becos e vielas para comercializarem seu produto.

É de rigor, pois, que o Poder Judiciário, sobretudo, fique atento às sequelas que inevitavelmente advirão com o afrouxamento do rigor penal que deveria permear o tráfico de drogas!

Tais circunstâncias, ainda a meu ver, vedam o recurso em liberdade, mesmo porque o réu se encontra preso em virtude de prisão preventiva, impossibilitando, por óbvio, a substituição da pena por quaisquer das medidas alternativas, impondo ainda o cumprimento da pena no regime inicial fechado.

(...) (fls. 61/64) (grifou-se).

Irresignada com o édito condenatório, a Defesa interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi negado pelo Tribunal de origem, em 20.6.2013. Eis a fundamentação do julgado:

Cumprir observar, desde logo, que, de acordo com a sentença condenatória, ao apelante foi negado o direito de recorrer em liberdade.

Note-se que o réu foi condenado por tráfico de drogas, tendo sido apreendido em seu poder grande quantidade de cocaína, sendo certo que a conduta há muito atormenta a população, de modo a obstaculizar a liberdade pretendida, sob pena de se conferir sentimento de impunidade, com odioso estímulo à criminalidade.

Ademais, verifica-se que o apelante foi preso em flagrante e permaneceu no cárcere durante toda a instrução processual, não sendo lógico que, depois de condenado, seja colocado em liberdade.

Não é demais lembrar que 'A proibição ao direito de o paciente recorrer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em liberdade foi devidamente fundamentada. Ademais, o paciente foi preso em flagrante e permaneceu preso durante toda a instrução criminal' (cf. STF, 2ª T., HC 100.595/SP, relª. Minª. Ellen Gracie, DJe-045 de 10/03/11).

No sentido da impossibilidade de apelar em liberdade, outros julgados da Suprema Corte (cf., p. ex., STF, 1ª T., HC 103.945/SP, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-107 de 06/06/11 e STF, 1ª T., HC 97.883/MG, relª. Minª. Cármen Lúcia, DJe-152 de 14/08/09 in LexSTF, 368/481).

Também não se pode ignorar que, 'Havendo motivo justo, deve o réu ser recolhido ao cárcere, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória... Tudo depende do caso concreto' (Guilherme de Souza Nucci, 'Código de Processo Penal Comentado', 10ª ed., RT, 2011, art. 387, nº 58-A, pág. 737).

Importante acrescentar que a fundamentação pode ser sucinta e simples, bastando a indicação de elemento constante dos autos apto a justificar a impossibilidade de o apelante aguardar a solução do recurso em liberdade.

Da mesma forma, com o julgamento da apelação, sem sentido se conferir ao denunciado a possibilidade de aguardar solto a solução do recurso.

Acertada a solução, tem-se que o recurso não vinga também diante do mérito.

Anote-se, outrossim, ser incabível, nesta sede, discutir-se sobre a pertinência da determinação de instauração de processo pelo crime de falso testemunho contra as testemunhas arroladas pela Defesa, notadamente porque o Defensor do réu não foi constituído por tais testemunhas para defendê-las.

No caso, na fase inquisitiva, o réu permaneceu silente (fls. 06). Já em juízo, negou a acusação, alegando ter dado carona na garupa de sua motocicleta a um colega de futebol sobre quem não soube informar nome, características ou endereço, sendo ambos abordados pela Polícia. Disse que um dos policiais ficou vigiando a dupla, enquanto o outro desceu a rua e retornou com um saco plástico, dizendo que lá havia droga. Afirmou que, nesse ínterim, seu conhecido saiu correndo e conseguiu fugir, tendo os policiais o conduzido à Delegacia, onde foi impedido de se manifestar (fls. 135/137).

Nessa esteira, as testemunhas arroladas pela Defesa Manoel Valentim da Silva (fls. 113/117), Reginaldo Vieira de Jesus primo do apelante (fls. 118/124) - e Cleiton de Oliveira Gomes Moura (fls. 125/130) narraram ter presenciado a abordagem do apelante e de seu colega pelos dois policiais. Afirmaram que o carona jogou alguma coisa ao chão, motivo pelo qual um dos policiais ficou vigiando os agentes, enquanto o outro voltou para procurar o que havia sido dispensado.

Destacaram que, nesse interregno, o garupa fugiu, acrescentando não haver drogas na cueca do réu, ao contrário do que afirmaram os policiais.

A testemunha Aparecido Feitosa Guimarães (fls. 131/134), por seu turno, afirmou ser o apelante funcionário de sua drogaria, admitindo que ele não era registrado e que, no dia dos fatos, estava aquele de folga.

A versão apresentada pelo apelante, assim, encontra respaldo apenas nos depoimentos prestados por seu primo e amigos, contrariando, frontalmente, os imparciais relatos apresentados pelos policiais militares Elton Aparecido dos Santos (fls. 88) e Waldir Oliveira de Almeida (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

108/112).

Com efeito, os milicianos confirmaram os fatos narrados na denúncia. Relatou o policial Waldir estar em patrulhamento com o colega de farda Elton, quando avistaram o acusado em uma motocicleta sem placas com outro indivíduo. Afirmou ter dado sinal de parada, na hipótese não atendido pelos agentes, os quais empreenderam fuga, passando por farol vermelho. Em seguida, o garupa pulou da moto e saiu correndo, tendo somente o denunciado sido abordado. Frisou ter sido o policial Elton quem revistou o apelante e com ele foram encontrados R\$ 100,00 no bolso, além de certa quantidade de entorpecentes, cerca de setenta e três porções individuais, num saco plástico dentro da cueca dele. Mencionou ter o réu alegado pertencer a droga ao colega para quem dava carona e lhe pediu que guardasse a droga, não sabendo fornecer detalhes sobre tal pessoa. Esclareceu ter a abordagem sido feita pelo depoente e pelo soldado Elton, o qual fez a revista pessoal no denunciado.

No mesmo sentido, a narrativa do policial Elton, que acrescentou ter o apelante negado informalmente a acusação, bem como sustentado que parentes dele moravam nas proximidades do local da abordagem. Asseverou que o outro ocupante da motocicleta não foi perseguido, diante das regras de segurança da Polícia, segundo as quais não é de praxe deixar um companheiro sozinho.

Observe-se que os esclarecimentos apontados se mostram harmônicos, coerentes, lógicos e livres de dúvidas, nada havendo que possa demonstrar animosidade ou intenção deliberada de prejudicar o réu, além do que a lei não faz ressalva alguma relativa ao valor de versão trazida por policial.

Aliás, este Egrégio Tribunal de Justiça tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser a testemunha policial não afeta o valor probante de sua palavra (TJESP, Apelações Criminais nºs. 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador SOUZA NERY, julgado 14-4-2011 e 0014034-25.2009.8.26.0564, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, julgado 19-5-2011, este com citação de vasta doutrina e decisões a respeito), sendo tranquila a jurisprudência em tal sentido (STF, HC nº. 74.608-0/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO; RT 816/548; TJESP, Apelação Criminal nº. 993.08.018758-4).

Frise-se, por oportuno, que pequenas divergências entre os relatos de testemunhas não têm o condão de lhes retirar o valor probatório, ainda mais quando coincidentes nos aspectos essenciais (RT 166/82, 375/213, 688/331 e 710/296; RJDTACrimSP 6/78 e 8/251; RJTJESP 138/415 e LexJTJ 183/301).

Nítida, pois, a ligação entre o tóxico e o dinheiro apreendidos e o apelante, pouco importando apurar qual policial inicialmente abordou o denunciado.

Evidente, então, que o relato das testemunhas de acusação, no caso sem vínculo com o denunciado e sem motivo para prejudicá-lo, prevalece sobre os depoimentos trazidos por pessoas próximas ao réu, estas com evidente interesse na solução do processo.

Quando não bastasse, a simples condição de policial da testemunha não dá motivo para desconfiar do seu depoimento, tornando-o inócuo ou impróprio para gerar convicção. A menção genérica à facciosidade do agente público não serve, como regra, para se descrer em seu testemunho (CPP, arts. 202 e 214, combinados), assentando o Colendo Supremo Tribunal Federal que 'A prova testemunhal obtida por depoimento de agente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado. É preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas' (cf. STF, 2ª T., HC 74.522-9/AC, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU, 13/12/96, pág. 50.167).

Também não se pode ignorar que os amigos do denunciado, como bem anotado pelo magistrado, nada comunicaram à Corregedoria da Polícia Militar ou à autoridade policial a respeito da situação reportada em pretório e, pior, sequer justificaram tal omissão de forma convincente (ao contrário, indagado a respeito, disse a testemunha Reginaldo Vieira não saber responder fls. 120).

Da mesma forma, as testemunhas de defesa mostraram-se 'confusas' ao relatar a conduta do companheiro do réu, consistente na dispensa da droga (inicialmente, afirmaram ter visto a cena, para, depois, uma delas ponderar que 'ouviu falar' a respeito fls. 122), tudo confirmando a mendacidade de tais relatos.

Igualmente, a providencial existência de vários amigos do denunciado justamente no momento da abordagem policial já torna suspeitos os respectivos depoimentos, algo reforçado pelo 'silêncio' ou omissão deles que, repita-se, ao menos procuraram a autoridade policial para relatar a 'situação' benéfica ao acusado.

A respeito, o eventual receio alegado pela Defesa não tem sentido, isso porque relataram suas versões em juízo sem qualquer constrangimento, tudo corroborando o perjúrio.

Inequívoco, repita-se, o vínculo entre a droga e o dinheiro apreendidos com o réu, valendo anotar que **a quantidade e forma de acondicionamento do entorpecente (73 invólucros de cocaína, pesando 50,3 gramas da droga)** corroboram a mercancia espúria, sendo certo que 'Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstância que cercam o agente envolvido' (RT 729/542).

Destarte, apurada a materialidade através do auto de exibição e apreensão (fls. 11/12), pelo laudo de constatação provisório (fls. 13), bem como pelo exame químico toxicológico (fls. 100/101), a par de delineada a autoria à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base no mínimo legal, mantida a reprimenda em tal patamar na segunda fase do artigo 68 do Código Penal, ante a inexistência de agravantes ou atenuantes.

Por fim, bem justificado o óbice ao reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, não merecendo reparo a fundamentação exposta na sentença.

A respeito, acrescente-se que o denunciado não demonstrou de forma convincente exercer função lícita e contínua (ao contrário, Paulo Roberto, na Delegacia, disse estar desempregado fls. 6, 15 e 16, afirmando, em juízo, que trabalhava numa farmácia, mas não comprovou o vínculo empregatício por documento hábil), ficando nítido ser o vil comércio a profissão ou meio de vida dele, quadro apto a obstaculizar o reconhecimento da minorante em foco.

(...)

Ainda que demonstrada a atividade lícita do apelante, o fato dele,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supostamente, trabalhar em uma drogaria como balconista conforme alegado em seu interrogatório, não afasta ou prejudica a conduta descrita na denúncia, porquanto perfeitamente possível a simultaneidade entre aquela ocupação e o tráfico de drogas.

No mais, consigne-se que o regime fechado imposto para cumprimento da pena privativa de liberdade decorre da Lei nº. 8.072/90, já com a redação trazida pela Lei nº. 11.464/07, sendo o único cabível diante do tráfico.

Regime mais brando ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno do maior rigor conferido pela própria Constituição Federal diante de delitos hediondos ou a estes equiparados (artigo 5º, XLIII).

Em tal sentir, tem-se que 'O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90' (STJ, HC 207414, Relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado 04-10-11).

Ainda neste sentir, já se ressaltou que: '1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado. 2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante' (STF, HC 103.011/RN, 2ª T., Relatora Ministra ELLEN GRACIE, LexSTF 382/450).

(...)

A solução é absolutamente necessária, porquanto o delito praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, pelo menos antes de se submeter ao regime imposto como forma de angariar confiança e, assim, ser colocado em contato com a mesma sociedade já severamente prejudicada.

Além do mais, não se pode negar a acentuada nocividade da conduta de um traficante, responsável direto pelo esfacelamento de lares e famílias como consequência da disseminação do vício, ficando clara a periculosidade do autor da infração sob análise.

Mantida a reprimenda corporal estipulada na sentença, sem sentido a discussão atinente à substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos ou à concessão do *sursis*, tendo em vista o 'montante' do 'castigo'.

Importante realçar a impossibilidade da concessão de tais benesses ao traficante, solução claramente inadequada à repressão e prevenção do crime, representando mesmo incentivo à criminalidade, tanto que presente óbice legal (artigo 44 da Lei de Tóxicos) decorrente do rigor constitucional diante do tráfico.

Embora o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, tenha reconhecido a inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º e 44, ambos da Lei de Tóxicos (HC 97.256/RS), o fato é que tal julgado foi proferido **incidenter tantum**, gerando efeitos somente com relação às partes (nunca **erga omnes**), sem propiciar a ineficácia daqueles dispositivos legais (artigo 52, X, da Constituição da República) que, pois, mantêm executividade diante de hipóteses diversas, não gerando a decisão obrigatoriedade (STF, HC 111.840/ES, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado de 27-06-12).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pondere-se que o próprio Código Penal impede a substituição da corporal por restritivas de direitos em determinadas situações (como ocorre, v.g., diante de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa artigo 44, I, do CP), nunca se considerando tais óbices inconstitucionais, além do que o impedimento sob análise apresenta inegável sentido em face do comércio espúrio de drogas, com amparo no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, nada impedindo que o legislador vede o benefício a autores de outros crimes, de forma integral ou parcial (v.g., artigo 17 da Lei nº. 11.340/06).

Importa, sim, a periculosidade ínsita e própria do autor de roubo (óbice previsto no artigo 44, I, do CP) ou tráfico (óbices descritos nos artigos 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº. 11.343/06), por exemplo, para se obstaculizar a substituição da privativa de liberdade, como fez o legislador.

Ressalte-se, por derradeiro, que o magistrado, ao se deparar com o falso testemunho, tem o dever de encaminhar cópia do respectivo depoimento à Polícia ou ao Ministério Público, independentemente de pedido da acusação, consoante artigos 40 e 211, *caput*, do Código de Processo Penal.

À vista do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo integralmente a respeitável sentença impugnada (fls. 46/54).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, *in verbis*:

(...) o V. Acórdão não traz qualquer contradição, obscuridade, omissão ou ambigüidade, sendo analisadas todas as matérias suscitadas pelo embargante via apelação. No caso, cabe anotar que a matéria atinente à detração não comporta discussão no processo de conhecimento, devendo a questão ser analisada quando da execução do julgado (definitiva ou provisória), consoante se infere do artigo 66, inciso III, alínea "c", da Lei de Execuções Penais, regra não contrariada pelo artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

O regime prisional deve ser estipulado quando da condenação, como visto *in casu*, decidindo-se sobre a detração na fase da execução, de modo a se observar o "retiro" adequado ante eventual interstício de prisão provisória, como é óbvio, dispensando a matéria qualquer consideração nesta oportunidade, mesmo porque mantida a sentença condenatória.

Já as demais questões ventiladas pela Defesa (inaplicabilidade da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06 e fixação do regime inicial fechado para cumprimento da corporal) foram exaustivamente apreciadas quando do julgamento do recurso, nada ensejando declaração.

O embargante, pois, nitidamente, além de trazer matéria estranha ao processo de conhecimento, pretende discutir situações amplamente analisadas através da decisão colegiada impugnada, daí o evidente cunho infringente (ou protelatório) almejado pela Defesa, impondo destacar que a função dos embargos de declaração está delimitada pelos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal, "...que possibilitam suprir obscuridade, dúvida ou contradição de decisão judicial. Trata-se de recurso integrativo e não de substituição, motivo pelo qual não pode ser utilizado para obter reexame da causa, nem mesmo para fins de questionamento, pois o juiz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não é obrigado a responder e acompanhar pontualmente toda argumentação das partes, mormente se um motivo fundamental é poderoso a apagar todos os aspectos da controvérsia e, por isso mesmo, suficiente para fundar a decisão" (TJESP, Embargos de Declaração nº. 0005937-97.2008.8.26.0361/50000, Relator Desembargador SOUZA NERY, julgado 06-10-11).

O V. Acórdão, registre-se, traz expressamente os motivos que levaram a E. Turma julgadora a negar provimento ao recurso da Defesa, ficando nítido que eventual impugnação à solução deve ser exteriorizada pela via própria, não se prestando "os embargos declaratórios a nenhuma espécie de função prequestionadora" (julgado antes apontado) (fls. 58/59).

Daí o presente *mandamus*, no qual menciona o impetrante ser o caso do reconhecimento de flagrante ilegalidade na espécie, a justificar o conhecimento da impetração.

Alega que se mostra indevida a condenação com base unicamente em depoimento de policiais, a ensejar a nulidade do feito ou mesmo a "absolvição por insuficiência probatória" (fl. 2).

Assere que, diante da primariedade do increpado e do reconhecimento de seus bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não integrando organização criminosa, é viável a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, bem como a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dada a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei de Drogas.

Defende ser cabível a fixação do regime menos gravoso para o início do cumprimento da pena da paciente, eis que inexistente atualmente o óbice legal.

Salienta que restou desconsiderado o disposto no artigo 387, § 2.º, do Código de Processo Penal, com a redação prevista na Lei n.º 12.736/12.

Requer, liminarmente e no mérito, seja (I) reconhecida a nulidade absoluta do feito; (II) absolvido o paciente por insuficiência probatória; (III) aplicada a causa de diminuição de pena em seu patamar máximo, 2/3 (dois terços); (IV) modificado o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto ou semiaberto; (V) substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; (VI) fixada a pena de multa no mínimo legal; (VII) aplicada a detração penal.

A liminar foi indeferida às fls. 157/163.

Foram prestadas informações às fls. 167/187, 197 e 200/269.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Eitel Santiago de Brito Pereira, pela parcial concessão da ordem (fls. 193/194).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 280.280 - SP (2013/0353144-5)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 2. TESE DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO POR TER SIDO PROFERIDA COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. DETRAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 4. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE PACIENTE QUE NÃO ERA TRAFICANTE EVENTUAL E FAZIA DA NARCOTRAFICÂNCIA SEU MEIO DE VIDA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. 6. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA DROGA. ELEVADO POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. 7. 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. A tese de nulidade da condenação, por ter sido proferida com base, exclusivamente, em depoimentos de policiais, bem como os pleitos de aplicação da detração e de redução da pena de multa, não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do remédio heroico.

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente não era traficante eventual e fazia da narcotraficância seu meio de vida, 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*.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, em razão do elevado potencial de disseminação da droga, diante da quantidade de substância entorpecente apreendida - 73 porções de cocaína - (art. 42 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto a tese de nulidade da condenação, por ter sido proferida com base, exclusivamente, em depoimentos de policiais, verifica-se que a matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que obsta seu exame por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Com efeito, o Colegiado bandeirante limitou-se a afirmar a idoneidade do depoimento de policiais para figurar como prova no processo penal, consignando que “a circunstância de ser a testemunha policial não afeta o valor probante de sua palavra” (fl. 49). Em momento algum houve pronunciamento da Corte estadual acerca de eventual nulidade do édito condenatório por suposta utilização do depoimento dos policiais como prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exclusiva para a condenação.

Do mesmo modo, os pleitos de aplicação da detração e de redução da pena de multa não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por este Sodalício.

Dessarte, não tendo sido as matérias em apreço enfrentadas pelo Tribunal de origem, afigura-se inviável o seu conhecimento por este Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LATROCÍNIO, SEGUIDO DE MORTE, E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA (ARTS. 157, § 3º, E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE DENEGOU A ORDEM, PORQUANTO A MATÉRIA DEVERIA SER DISCUTIDA EM APELAÇÃO, JÁ INTERPOSTA E PENDENTE DE JULGAMENTO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA DECLARAR A NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, POR OFENSA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO E PELA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO HABEAS CORPUS ALI IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, PELO STJ, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

VI. A declaração de nulidade da sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena - ao argumento de que não teria sido respeitado o critério trifásico, deixando de ser considerados a primariedade do réu e seus bons antecedentes, bem como de que o Magistrado sentenciante teria incorrido em bis in idem, ao condenar o paciente, simultaneamente, como coautor de latrocínio e pelo delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal -, não foi debatida pelo Tribunal de origem, no acórdão do writ ali impetrado, impugnado no presente Habeas corpus.

VII. Se as controvérsias ora suscitadas não foram apreciadas pela Corte de origem, ao julgar o Habeas corpus ali impetrado - cujo acórdão é impugnado no presente writ -, uma vez que pendente o julgamento da apelação defensiva, a análise de tais questões não encontra espaço na via eleita, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

VIII. "As matérias que não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem não podem ser aqui apreciadas, sob pena de supressão de instância. Não se justifica a análise prematura, nesta sede, de temas que dizem com o próprio mérito da condenação, com o regime aplicado ou a possibilidade de substituição da reprimenda, notadamente considerando a liberação do paciente para recorrer. Tais teses deverão ser objeto de recurso próprio" (STJ, HC 233.838/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2012).

IX. Ademais, em contato com a Vara de origem, obteve-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

informação de que a Apelação, interposta pela defesa, foi posteriormente julgada, tendo o Tribunal a quo, à unanimidade, negado provimento ao recurso defensivo, ocasião em que, após amplo exame do conjunto de fatos e provas, delineados na Ação Penal originária, manteve a sentença condenatória do paciente.

X. Transitado em julgado o processo-crime, com início da execução definitiva da pena, não mais persiste interesse na análise de eventual excesso de prazo injustificado para o julgamento da Apelação, como aventado na inicial do writ.

XI. Habeas corpus não conhecido.

(HC 37501/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DA PROVA QUE A ORIGINOU. ATENUANTE DA CONFISSÃO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Verificando-se que o Tribunal de origem não apreciou as questões relativas à ilicitude da prova que deu origem à ação penal e à possibilidade de aplicação da atenuante da confissão, tendo em vista que sequer foram alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir o aumento de pena procedido em razão da reincidência, ficando a reprimenda do paciente definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

(HC 227.688/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FABRICAÇÃO DE DROGAS. GUARDA DE PETRECHOS PARA FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPLEXIDADE DAS ALEGAÇÕES. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não se conhece de habeas corpus cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de instância, especialmente em vista das peculiaridades e da complexidade das teses aventadas, bem ainda da ausência de demonstração, de plano, do apontado constrangimento ilegal.

2. Embora evidente a complexidade do feito, com onze corréus, denunciados por vários delitos graves, em concurso material, não se justifica a excessiva demora no julgamento do recurso de apelação criminal.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue a apelação criminal nº 990.09.164131-6.

(HC 163.833/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 15/06/2012)

No tocante ao pleito de absolvição por insuficiência de provas, cumpre salientar que o *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do remédio heroico. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA.

1. Para se desconstituir o édito repressivo, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado de provas, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.

2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 236.105/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MAIS DE 35 QUILOS DE MACONHA E HAXIXE. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO E APLICAÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Não é possível conhecer do pedido de absolvição por falta de provas, em sede de habeas corpus, tendo em vista que a desconstituição do que ficou estabelecido pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise de provas, ensejaria a reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 281.370/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 11/04/2014)

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 DROGAS 3. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PLEITO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. (...) 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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. Não há como conhecer do pedido de absolvição, pois, ao que se tem, a instância ordinária, soberana na análise do conjunto fático-probatório, entendeu que está comprovada a materialidade delitiva e que existem elementos suficientes à determinação da autoria da conduta ilícita. Portanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se mostra possível modificar o que ficou estabelecido e absolver a paciente sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do acervo probatório.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 248.057/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013)

Quando à causa especial de diminuição de pena, mister sublinhar 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.

Na espécie, verifica-se que o Juízo de primeiro grau negou a incidência da benesse em testilha ao paciente por entender que "a quantidade da droga apreendida, aliada à quantia em dinheiro, parece indicar que não se tratava de comercialização eventual, tornando certa a temeridade da conduta, e porque não dizer a periculosidade latente do réu" (fl. 63).

O Colegiado estadual, por sua vez, com arrimo nos fatos da causa, ratificou a negativa da minorante por concluir que restou "nítido ser o vil comércio a profissão ou meio de vida dele" (fl. 51).

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que a conclusão de que o paciente não era traficante eventual e fazia do narcotráfico seu meio de vida, 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.

Nesse sentido:

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, as instâncias ordinárias negaram-lhe a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias que indicariam a sua ligação com atividades criminosas.

2. Para se concluir que a paciente não se dedicava à atividades ilícitas 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 203.494/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE 50 GRAMAS DE MACONHA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi rejeitada de forma fundamentada, tendo sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, que a paciente se dedica, de forma reiterada, ao comércio ilícito de drogas, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, por se dedicar a atividades criminosas.

2. De mais a mais, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da referida lei - associação estável ou de caráter permanente -, o que demonstra sua dedicação a atividades criminosas, no caso, relacionadas ao cometimento do crime de tráfico de drogas.

3. A conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo que seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos para se desconstituir o que ficou lá decidido, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

(HC 197.815/SP, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJ e de 28.6.2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colho o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – Neste caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a referida minorante por reconhecer o envolvimento do paciente com a marginalidade.

III – A discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes.

(RHC 103.556/SP, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJ e de 25.5.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* :

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Constata-se, entretanto, que não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 anos de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, inexiste, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

Outrossim, tenho que a imposição do regime inicial mais gravoso foi devidamente fundamentada, razão pela qual não há falar em constrangimento ilegal.

Com efeito, a imposição do regime inicial fechado foi assim motivada pelo Magistrado de primeira instância:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O número expressivo de pessoas que poderiam ser servidas com as drogas, tal a quantidade de porções individuais, bem demonstram a periculosidade latente do réu, recomendando o cumprimento da pena no regime inicial fechado e obstando a substituição da pena por quaisquer das medidas alternativas (fl. 64).

Verifica-se, assim, que o Juízo de primeiro grau fixou o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda corporal em razão da gravidade concreta do delito em comento, destacando o elevado potencial de disseminação da droga, diante da quantidade de substância entorpecente apreendida - 73 porções de cocaína (fl. 66).

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. 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.

Nesse diapasão, o Juízo sentenciante entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto a quantidade da droga demonstra que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DEFINITIVA: 2 ANOS, 7 MESES E 3 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. MAIOR PODER DE DISSEMINAÇÃO. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O regime inicial fechado foi devidamente justificado na gravidade concreta do delito, consubstanciada no alto poder de disseminação do entorpecente apreendido (666 g de cocaína), em consonância com o art.

42 da Lei 11.343/2006. Precedentes: HC 281.377/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 13/12/2013; HC 274.467/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 4/11/2013; HC 187.047/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 9/4/2012.

- Levando-se em consideração as circunstâncias do delito, notadamente a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, não se mostra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabível, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes: HC 281.377/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 13/12/2013;

HC 219.461/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJe 26/11/2013.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 280.052/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE, NATUREZA E POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO DA DROGA. 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. 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 11.343/06, 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. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e do sursis, em razão da quantidade, da natureza e do potencial de disseminação da droga apreendida - mais de 123 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 284.004/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 14/04/2014)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0353144-5

HC 280.280 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00156537220128260050 156537220128260050 3342012 7302012

EM MESA

JULGADO: 14/10/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO DA COSTA GARCIA
ADVOGADO : RENATO DA COSTA GARCIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO ROBERTO VIEIRA DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.