



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.126 - SP (2013/0167225-8)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO VICTOR MESQUITA DE LIMA

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06, NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1 - À luz do disposto no art. 105 da Constituição Federal, esta Corte de Justiça não vem mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, recurso especial, ou revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2 - Impende ressaltar que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada obsta que se defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal.

3 - Segundo o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no tráfico de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

4 - Na hipótese, foi aplicada a causa de diminuição de pena no patamar de 1/2, em razão da quantidade e diversidade das drogas encontradas em poder do paciente, a saber, 24 trouxinhas de maconha, 66 porções de cocaína, e 30 pedras de crack, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

5 - Esta Corte, alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado, em observância ao princípio da individualização da pena. Portanto, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no tocante a tais delitos, devem ser normalmente seguidos os critérios previstos nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal brasileiro.

6 - Impetração não conhecida. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para que o Juízo das Execuções Penais reavalie, com base em dados concretos, a aplicação do regime prisional, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.126 - SP (2013/0167225-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Marcelo Victor Mesquita de Lima, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de 250 dias-multa, pela prática do delito capitulado no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei 11.343/06.

Inconformada, a Defesa interpôs apelo, ao qual foi negado provimento.

No presente *writ*, alega-se, em resumo, possível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo, bem como a fixação de regime prisional menos gravoso, e a conversão da sanção corporal em restritiva de direitos.

Requeru, inclusive liminarmente, fosse aplicado o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 2/3, imposto regime aberto para resgate da expiação e substituída a pena privativa de liberdade.

Em sede de cognição sumária, não se verificou manifesta ilegalidade a ensejar a medida de urgência, sendo indeferido o pedido liminar à e-fl. 45.

As informações solicitadas ao Tribunal de origem foram prestadas às e-fls. 81/89.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de e-fls. 105/110, opinou pelo não conhecimento da impetração, mas pela concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício, a fim de afastar o óbice quanto à fixação do regime inicial diverso do fechado para o início do cumprimento da pena.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.126 - SP (2013/0167225-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Nesse sentido, já se têm pronunciado esta Corte e o Supremo Tribunal Federal (v.g. HC n. 160.697/SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/3/2012; HC n. 220.301/TO, Relator o Desembargador convocado Vasco Della Giustina TJ/RS, DJe de 19/12/2011; HC n. 200.077/MS, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 17/8/2011; todos do STJ. No STF: HC n. 108.268/MS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 5/10/2011 e HC n. 110.152/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22/6/2012, entre outros).

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, impõe-se o não conhecimento da impetração, cumprindo ressaltar que uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que este Tribunal defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal, existente na espécie.

Pretende-se, como visto, a aplicação do redutor de pena previsto na Lei Antidrogas no patamar máximo, bem como o abrandamento do regime inicial para o cumprimento da pena e a substituição da sanção corporal por restrição de direitos.

De início, conforme o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

No caso ora em análise, as instâncias ordinárias, verificando os requisitos previstos no dispositivo acima citado, aplicaram a mencionada minorante no percentual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 1/2.

Para tanto, em que pese a impetrante alegar a inexistência de maus antecedentes, foi apresentada efetiva fundamentação, adstrita às peculiaridades do caso, bem assim aos ditames do critério trifásico de aplicação da pena e à regra prevista no art. 42, da Lei Antidrogas.

Transcrevo, no ponto, o acórdão combatido (e-fls. 31/32):

Assim, tratando-se de réu primário, de bons antecedentes e cumpridos os requisitos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, reduziu-se a reprimenda no patamar intermediário (1/2), ocorre que a elevada quantidade e potencialidade dos entorpecentes apreendidos não possibilitam a aplicação do redutor máximo, ficando adstrito à discricionariedade do juiz sentenciante o patamar a ser aplicado.

Ou seja, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o percentual máximo de redução da pena em virtude da expressiva quantidade e diversidade dos entorpecentes encontrado em poder do ora paciente, a saber, 24 trouxinhas de maconha, 66 porções de cocaína, e 30 pedras de crack.

Ressalte-se que para se concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*.

Em casos análogos, esta Casa de Justiça vem assim decidindo:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71 g de "maconha" e 16,56 g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

(HC 178.964/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. **Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do *writ*, operar-se revolvimento nos elementos de prova.**

(HC 178.160/MG, de minha relatoria, DJe de 11.10.2010)

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar *quantum* de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. **Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do *writ*.**

V. **Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de *habeas corpus*.

(HC 179.086/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho este julgado:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O *habeas corpus*, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, *in casu*, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. **A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto.** Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. *In casu*, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, **eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de *writ*.**

(HC 100.800/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

No que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, o constrangimento é evidente.

Isso porque esta Corte, alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem afastado a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crime hediondo ou equiparado, em observância ao princípio da individualização da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no tocante a tais delitos, devem ser normalmente seguidos os critérios previstos nos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal brasileiro.

A exemplo, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N.os 440 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 168 dias-multa, porque, no dia 09/01/2010, foi preso em flagrante delito, com 497,12g (quatrocentos e noventa e sete gramas e doze centigramas) de cocaína, destinadas à comercialização ilícita.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime prisional fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Inteligência das Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. A proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos foi afastada pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, que ensejou a edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções que, à luz dos elementos constantes nos autos de execução, proceda à fixação do regime prisional adequado à espécie, bem como examine o preenchimento ou não pelo Paciente dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

(HC nº 213.593/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 25/4/2013)

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME ABERTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- Na hipótese dos autos, tendo a pena sido fixada em 01 (ano) e 08 (oito) meses de reclusão, a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 aplicada no patamar máximo, sendo o réu não reincidente e favoráveis as circunstâncias - não expressiva a quantidade de droga apreendida (quatro pedras de crack) a fixação do regime aberto é medida que se impõe.

- Recurso especial provido para fixar o regime aberto como inicial para o cumprimento da pena.

(REsp nº 1.364.906/MG, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) DJe de 25/4/2013)

Entretanto, tem-se, no caso em apreço, que as instâncias ordinárias, ao fixarem o regime inicial fechado para o desconto da pena corporal, erigiram como fundamento o caráter hediondo da infração penal.

Veja-se o que disse o Tribunal de origem (e-fl. 34/34):

Conclui-se, portanto, que o crime continua grave e hediondo, sendo que tal substituição não se mostra suficiente para reprovação e prevenção do crime, portanto, improcedente sua aplicação.

No mesmo diapasão, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena. A imposição de regime fechado para o início do cumprimento da pena é o reflexo esperado por conta do tratamento mais rigoroso dado pela Constituição da República ao crime de tráfico ilícito de drogas que, inclusive, é equiparado à categoria de crime hediondo pela legislação infraconstitucional.

(...)

Ademais, o elevado poder de disseminação das substâncias perniciosas, demandam a imposição de regime mais severo, sendo necessário, portando, a fixação do regime inicial fechado para cumprimento de pena.

Convém, diante desse quadro, que se reavalie a aplicação do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, com base em dados concretos.

À vista de todo exposto, não conheço da presente impetração. Entretanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de ofício, concedo a ordem de *habeas corpus*, para que o Juízo das Execuções Penais reavalie, com base em dados concretos, a aplicação do regime prisional, e a possibilidade de substituição da sanção corporal por restrições de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0167225-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 271126 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012899520128260050 12899520128260050 20130000133350

EM MESA

JULGADO: 13/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO VICTOR MESQUITA DE LIMA

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 do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.