



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.045 - RJ (2011/0308306-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DE SOUZA MORAIS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, 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. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– O acórdão ora combatido não acolheu o pedido de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em virtude da grande quantidade de droga e de dinheiro em espécie apreendidos, afirmando que o paciente faz do tráfico seu meio de vida, afastando, portanto, os pressupostos autorizadores do reconhecimento da minorante.

– Para entender de modo diverso, desconstituindo o estabelecido, de maneira a permitir a aplicação do redutor, necessário se faz o reexame completo e aprofundado das provas e fatos constantes dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

– A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 11.343/06, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– No caso, apesar de a pena não ter sido fixada acima de 8 (oito) anos de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (expressiva quantidade de entorpecente — 94 gramas de cocaína, distribuídos em 242 pequenos sacos de plástico incolor), justificam a imposição do regime inicial fechado.

– Mantida a condenação do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 18 de dezembro de 2012(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.045 - RJ (2011/0308306-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DE SOUZA MORAIS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CARLOS ALBERTO DE SOUZA MORAIS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Inconformado, o paciente interpôs apelação no Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso.

Daí o presente *writ*, no qual sustenta a impetrante estarem presentes os requisitos legais para a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, requerendo a fixação da causa de diminuição em seu patamar máximo. Pugna, também, após o redimensionamento da reprimenda ante reconhecimento da minorante, pela fixação de regime inicial aberto, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direito.

Não houve pedido liminar.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 177-181).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.045 - RJ (2011/0308306-9)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso especial. Confira-se:

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus "como substitutivo de recurso no processo penal"*. Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, 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.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente writ por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

De qualquer modo, importa consignar, ainda, não ser o caso de concessão da ordem de ofício, haja vista não restar configurada nenhuma flagrante ilegalidade a sanar.

Quanto ao reconhecimento e aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 11.343/06, sem razão a impetrante.

O aludido dispositivo estabelece que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha os seguintes requisitos, cumulativamente: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar a organização criminosa.

A Corte *a quo*, ao negar a aplicação do redutor da pena, consignou que (fl. 164):

No laudo de exame de entorpecente, constou que se tratava de cerca de 94 gramas de cocaína, distribuídos em 242 pequenos sacos de plástico incolor (fls. 59), e o que significa revelar que era material já predisposto para a venda.

Na denúncia, o ilustre representante do Ministério Público fez constar o que os policiais teriam ouvido do réu quanto a que comprara a droga na favela de Manguinhos, pagando a quantia de R\$ 2.420,00 em espécie, com o objetivo de revendê-la no bairro de Charitas, onde residia.

A disponibilidade dessa quantia de dinheiro vivo, e a quantidade da droga, mais que sugestivas, evidenciam que o réu se dedicava a essa atividade criminosa, não podendo ser considerado um iniciante que estivesse experimentando a atividade ilícita do tráfico de forma inexperiente.

Os requisitos de redução para o tráfico privilegiado são: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; d) não integração à organização criminosa.

Parece claro que o réu não atende ao item de não se dedicar às atividades criminosas, pelas próprias circunstâncias de sua prisão, saindo de um local de tráfico, onde adquiriu a droga, com dinheiro em espécie, e que não era pouco, para revendê-la onde residia. E isso é um programa de atividade comercial de um negociante qualquer, que se abastece no empório de sua confiança, para a característica interposição na troca, como ato de mercancia regular.

{...}

Observado isso, o artigo 33, §4º, trata de hipóteses abstratas e genéricas, logo indeterminadas, de primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosa e nem integração à organização criminosa. Assim, desde que esses conceitos se adéquem à situação jurídica concreta examinada, tem-se por efeito afirmado, a redução a que se refere a norma, dentro dos parâmetros de 1/6 a 2/3 da pena, segundo o arbítrio judicial.

Portanto, inaplicável que seja essa determinação, pela experiência reveladora de dedicação à atividade criminosa, evidentemente que se afasta à regra de redução da pena.

Assim, verifica-se que o acórdão ora combatido não acolheu o pedido de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em virtude da grande quantidade de droga e de dinheiro em espécie apreendidos, afirmando que o paciente faz do tráfico seu meio de vida, afastando, portanto, os pressupostos autorizadores do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da minorante.

Ademais, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a grande quantidade de droga é causa suficiente para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º DA LEI DE DROGAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. 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 TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/5. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE, REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL, NA ESPÉCIE, A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que a natureza e a quantidade da droga apreendida - 161 gramas de cocaína -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a aplicação do redutor em 1/5, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no 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.

3. **A significativa quantidade de drogas impede, ainda, a incidência da causa de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, conforme já decidiram ambas as Turmas que compõem a Terceira seção desta Corte.**

[...]

6. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto. (HC 190.780/SC, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 17.10.2012).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. RÉU ABSOLVIDO PELA CORTE A QUO. PLEITO DE CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de proceder à análise da existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou ainda, a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Rever tal entendimento esbarra no óbice do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

2. **Esta Corte de Justiça Superior tem asseverado que a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado é hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta. In casu, trata-se de 14,175 kg de cocaína, "acondicionada em 14 pacotes embalados, iguais, ocultada nos painéis internos do porta-malas", circunstância esta que impede a aplicação do mencionado redutor de pena.**

3. Recurso especial parcialmente provido, tão somente a fim de afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. (REsp 1154965/RS, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 20.8.2012).

Além disso, importante ressaltar que para entender de modo diverso, desconstituindo o estabelecido, de maneira a permitir a aplicação do redutor, necessário se faz o reexame completo e aprofundado das provas e fatos constantes dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Corroborando esse entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. 3. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA E ACÓRDÃO QUE ENTENDERAM AUSENTES OS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DO REDUTOR. DESCONSTITUIÇÃO QUE IMPLICA NO REEXAME DETALHADO DOS FATOS E PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 4. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS RIGOROSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART.

42 DA LEI DE DROGAS. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, firmou-se, 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.

Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do habeas corpus a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente habeas corpus, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial ante a possibilidade de existir constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ao entender que, diante das circunstâncias concretas do crime - no qual o paciente foi preso em conhecido ponto de venda de drogas, com apreensão de 38 (trinta e oito) porções de cocaína, 27 (vinte e sete) pedras de crack e 80 (oitenta) porções de maconha -, estava plenamente caracterizado o envolvimento do sentenciado com o tráfico e com a criminalidade, inviabilizada a concessão da causa de diminuição pela ausência dos requisitos legais.

4. Para desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário o reexame completo e detalhado dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento totalmente incompatível com os estreitos limites do habeas corpus.

5. No que diz respeito ao regime de cumprimento da pena, constata-se que foi estabelecido o regime inicial fechado, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão da natureza, diversidade e elevada quantidade de droga apreendida.

6. Mantida a pena imposta, fica prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o quantum de pena fixado, 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, não comporta a concessão de benefício, conforme previsão do art. 44, I, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido e não verificada a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de habeas corpus de ofício (HC 238.948/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21.9.2012).

HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não obstante o paciente seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, infere-se que as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base na diversidade e na elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder (264 g de crack e 632 g de maconha), as quais, somadas à apreensão de uma balança de precisão e à ausência de comprovação de que exercia ocupação lícita, levaram a crer que o sentenciado se dedicaria a atividades delituosas, especialmente ao cometimento do narcotráfico.

2. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

3. Ordem denegada (HC nº 214.463/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 11.4.2012).

Quanto ao regime de cumprimento de pena, mais uma vez não assiste razão à defesa.

De fato, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados já 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.

No caso, apesar de a pena não ter sido fixada acima de 8 (oito) anos de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (expressiva quantidade de entorpecente — 94 gramas de cocaína, distribuídos em 242 pequenos sacos de plástico incolor), justificam a imposição do regime inicial fechado. Nesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA QUE NÃO SE IMPÕE. CASO CONCRETO.

1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado, no julgamento de agravo regimental, supera eventual violação ao princípio da colegialidade.

2. No caso, o regime mais rigoroso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 8 (oito) anos - diga-se, 3 (três) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias -, levando-se em conta a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 29 (vinte e nove) pedras de crack.

3. Pelas mesmas razões, não se admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda mais quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não foram totalmente favoráveis ao agente, que teve a pena-base fixada acima do mínimo legal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Resp 1296166/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 21/11/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

(...).

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTA STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA INFRAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. MODO SEMIABERTO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Não obstante a sanção tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o modo fechado está justificado em razão da gravidade concreta da infração, dada a quantidade e a natureza do tóxico apreendido e demais circunstâncias que envolveram a prisão.

3. Ordem denegada (HC 244870/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 21.9.2012).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. 2. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o 'tráfico privilegiado' tipo autônomo.

2. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente apreendida, recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 249.249/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 30.10.2012).

Por fim, mantida a condenação do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0308306-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 229.045 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 3433068920108190001

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DE SOUZA MORAIS

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.