



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.747 - MS (2012/0015612-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ELIZABETH FÁTIMA COSTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUCIANA FOLHA VERDE DE OLIVEIRA
PACIENTE : RONI MACEDO SILVA

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 ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. 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, Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– As instâncias ordinárias não acolheram o pedido de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com base em elementos concretos, afirmando, diante da grande quantidade da droga apreendida e o *modus operandi* do delito, que os pacientes integram organização criminosa, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 11.343/06, 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 — 82 Kg (oitenta e dois quilos) de maconha — e o *modus operandi* do delito), justificam a imposição do regime inicial fechado.

– Mantida a condenação do paciente em 8 (oito) anos de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois 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 231.747 - MS (2012/0015612-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ELIZABETH FÁTIMA COSTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUCIANA FOLHA VERDE DE OLIVEIRA
PACIENTE : RONI MACEDO SILVA

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de LUCIANA FOLHA VERDE DE OLIVEIRA e RONI MACEDO SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Extraí-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput*, c.c o art. 35 e art. 40, inciso V, todos da Lei n. 11.343/2006, às penas de 9 (nove) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 1.315 (um mil trezentos e quinze) dias-multa.

Irresignados, os pacientes interpuseram apelação no Tribunal de origem, que concedeu parcialmente a ordem para absolver os réus do crime de associação para o tráfico, redimensionando a pena definitiva para 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias, mantidos os demais termos da sentença.

Em sequência, opuseram embargos infringentes, que restaram parcialmente acolhidos, para, afastando a causa de aumento referente ao tráfico interestadual, restabelecer as penas impostas, resultando a reprimenda de RONI MACEDO SILVA em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, e a de LUCIANA FOLHA VERDE DE OLIVEIRA em 5 (cinco) anos e 1 (um) mês de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo-se os demais termos do acórdão da apelação.

Daí o presente *writ*, no qual sustenta a impetrante estarem presentes os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos legais para a aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, 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. 276-280).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.747 - MS (2012/0015612-9)

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 Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Lei 11.343/06, sem razão a impetrante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

No édito condenatório, o magistrado de primeiro grau, ao negar a aplicação do redutor da pena, assim fundamentou, *litteris*:

Não vislumbro a aplicabilidade da causa especial de diminuição de pena (art. 33, §4º) ante os apontamentos supra esclarecidos.

Restou claro que não estamos diante de pequeno traficante que a lei especial buscou minorar a situação, com a previsão de uma causa especial de diminuição. Não é o mula que leva pequena quantia de droga no bagageiro do ônibus, ou atravessa a cidade de moto, bicicleta. Estamos falando de carro preparado, de mais de oitenta quilos de droga, viagem longa. Pagamento vultuoso.

Há certeza que agiram com apoio permanente de terceiros.

Não se trata de ilícito de menor repercussão social, e sim de crime bem organizado e de alta potencialidade lesiva, com grande quantidade de droga apreendida (119 tabletes de maconha).

{...}

Repito: "receberiam R\$7.000,00 pelo transporte da droga. Por óbvio que o senso comum indica que esse valor não poderia ser pago pelo pequeno traficante. A estrutura montada. A ação ardilosa, preparo e fornecimento do carro, hospedagem em hotel por aproximadamente uma semana, atuação na fronteira do país com o Paraguai. Não é preciso usar nomes PCC. CV, mas sim configurada a ação organizada, para a qual os agentes estavam trabalhando.

{...}

A ação dos réus foi indispensável na ação do "bando". Ressalto a importância da quantidade de droga e modus operandi implicam no afastamento do privilégio.

{...}

Assim, incabível a causa especial de diminuição à espécie, conforme precedentes do STJ e recentes entendimentos do TJMS (fl. 29).

A Corte a quo, por sua vez, consignou, em sede de embargos infringentes, *in verbis*:

Consigno, entretanto, que os embargantes não fazem jus a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006, porquanto ante a expressiva quantidade de droga apreendida (82 Kg de maconha) e a forma de cometimento do delito (carro preparado) denota-se que os embargantes pertencem à organização criminosa voltada para a narcotraficância (fl. 189).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, verifica-se que as instâncias ordinárias não acolheram o pedido de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com base em elementos concretos, afirmando, diante da grande quantidade da droga apreendida (82 Kg de maconha) e o *modus operandi* do delito, que os pacientes integram organização criminosa, afastando, portanto, os pressupostos autorizadores do reconhecimento da minorante.

Ademais, 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:

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da 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 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Desse modo, configura manifesta ilegalidade a imposição do regime mais gravoso com base unicamente na disposição legal afastada pelo Pretório Excelso ou na hediondez do delito, como ocorreu na hipótese, *in verbis*:

A pena deve ser iniciada em Regime Fechado, com observância a regra do art. 2º, § 1º da lei 8.072/90. Trata-se de tráfico e associação para a prática de crime equiparado a hediondo, portanto, de igual gravidade.

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 11.343/06, 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 — 82 Kg (oitenta e dois quilos) de maconha — e o *modus operandi* do delito), justificam a imposição do regime inicial fechado. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 DESTE 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 21.09.2012).

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 30.10.2012).

Por fim, mantida a condenação de RONI MACEDO SILVA em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e a de LUCIANA FOLHA VERDE DE OLIVEIRA em 5 (cinco) anos e 1 (um) mês 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: 2012/0015612-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 231.747 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12100002554 20110180649

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ELIZABETH FÁTIMA COSTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUCIANA FOLHA VERDE DE OLIVEIRA
PACIENTE : RONI MACEDO SILVA

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.