



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.551 - RJ (2010/0070239-5)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CLOVIS EDUARDO DE JESUS
PACIENTE : RAUFE CARDOSO DA COSTA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO 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. **3.** TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **4.** ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS SOBRE A ASSOCIAÇÃO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. **5.** APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSENTES OS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DO REDUTOR. **6.** ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO HEDIONDO. REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA 440/STJ. **7.** ORDEM NÃO CONHECIDA. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO.

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. Não há como conhecer, na estreita via do **habeas corpus**, do pedido de absolvição por ausência de provas do vínculo associativo, uma vez que para se desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário um completo e aprofundado reexame dos fatos e provas integrantes dos autos, procedimento que, sabidamente, é incompatível com os estreitos limites do **mandamus**, remédio heroico caracterizado pelo rito célere e por não comportar dilação probatória.

4. Constando expressamente do acórdão que os pacientes se dedicavam à atividade criminosa, correta a decisão que não acolheu o pedido de aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

5. O Juiz de primeiro grau fixou o regime inicial fechado para o crime do art. 35 da Lei nº 11.343/2006 com base na Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação aos artigos da Lei dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Crimes Hediondos e determinou a fixação desse regime para os crimes nela previstos, contudo, a associação para o tráfico não se encontra incluída no rol taxativo dos crimes previstos na Lei nº 8.072/90 e, não sendo hediondo, não se submete na obrigatoriedade do regime inicial fechado.

6. Ordem não conhecida. **Habeas corpus** concedido de ofício para afastar o caráter hediondo do crime de associação para o tráfico e estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta para esse crime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 e conceder **habeas corpus**, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.551 - RJ (2010/0070239-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Clovis Eduardo de Jesus e Raufe Cardoso da Costa, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau, à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, mais 1200 (mil e duzentos) dias-multa como incursos nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal **a quo**, negou provimento ao recurso dos acusados em acórdão que ficou assim resumido (fl. 58):

APELAÇÃO - Art. 33 e 35 da Lei 11343/06 - Pena de 08 anos de reclusão e 1200 dias-multa, regime fechado - Apelantes traziam consigo para fins de traficância, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 17g de cocaína, em 20 sacolés e tinham em depósito, no interior do imóvel, para fins de traficância, 28,6g de cocaína, em outros 29 sacolés além de R\$ 279,00 em espécie. - Preliminar de nulidade que se rejeita: em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, desnecessário mandado judicial em caso de flagrante delito. - No mérito, impossível a absolvição: o conjunto probatório é robusto em apontá-los como traficantes de drogas. - O laudo de exame de entorpecente (fls. 277, 278 e 279) evidencia a materialidade. - Depoimentos dos policiais perfeitamente válidos para embasar sentença condenatória, ainda mais quando harmônicos e coerentes com os demais elementos do processo. Negativa do fato criminoso no interrogatório é justificável, já que o interrogatório é meio de defesa, porém colidindo com a prova carreada aos autos. - Incabível a pretendida redução de pena na forma do § 4º da Lei 11343/06, pois somente seria viável se fossem os réus primários; de bons antecedentes; que não se dediquem a atividades criminosas e não participem de organização criminosa. Comprovado que se dedicavam à atividade de tráfico de drogas, o que não se pode fazer sem integrar uma engrenagem criminosa, não fazem jus ao benefício. - Dosimetria das penas que não merecem reparos: pena-base fixada no mínimo legal, 05 anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão (tráfico) e 03 anos de reclusão (associação), que se somaram na forma do art. 69 do CP, totalizando 08 anos de reclusão e 1200 dias-multa em regime fechado para ambos. - Quanto ao pedido de gratuidade de justiça, o pagamento das custas processuais é consectário legal da condenação prevista no art. 804 do CPP, cabendo, eventual apreciação quanto à impossibilidade ou não de seu pagamento, ao Juízo da Execução. Manutenção da sentença - REJEIÇÃO DA PRELIMINAR IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

No presente **habeas corpus**, pretende a Defensoria Pública Estadual ver reconhecida a nulidade no auto de apreensão por desrespeito ao princípio constitucional de inviolabilidade do domicílio; a absolvição dos acusados do crime de associação para o tráfico pela inexistência nos autos de elementos suficientes à caracterização da conduta típica; a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e, de ofício, seja fixado o regime prisional aberto para o crime de associação para o tráfico.

Não houve pedido de liminar.

Prestadas as informações (fls. 81/129), o Ministério Público Federal opinou pelo não cabimento do **habeas corpus**, nos termos do parecer de fls. 123/130.

Os autos foram a mim atribuídos em 6/9/2011.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.551 - RJ (2010/0070239-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituíra para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou o constrangimento ilegal". (MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1967.)

Sabemos todos que o remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição Republicana, três posições se firmaram acerca da garantia constitucional: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que o remédio constitucional deveria ser aplicado em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o **habeas corpus**, por sua natureza e origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção. Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.

Consolidou-se na jurisprudência, após a reforma constitucional de 1926, a tendência de se vincular o **habeas corpus** à proteção de direitos diretamente relacionados à liberdade de locomoção. A propósito, o art. 113, inciso 23, da Constituição, disciplinava que: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o **habeas corpus**."

No entanto, a fim de garantir a proteção de direitos outros, instituiu o legislador constituinte, no art. 113, inciso 33, nova ação constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do Habeas Corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes."

Como cediço, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram a garantia constitucional do **habeas corpus** em seus textos, sendo que esta última destacou no inciso LXVIII do art. 5º, que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que: "dar-se-á **Habeas Corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

O estudo da prática judicial do **habeas corpus** mostrou que o instituto passou a ser utilizado, por exemplo, com o fim de impugnar atos persecutórios do Estado desprovidos de ameaça imediata de prisão, como a instauração de inquérito policial. Embora não existam dúvidas de que o só ajuizamento da persecução penal já seja suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal, parece-me que, se não há o risco de prisão, não seria o **habeas corpus** o meio processual adequado para se discutir a existência de eventual ilegalidade. Não obstante, a jurisprudência dos tribunais pátrios passou a admitir a utilização do remédio heroico a fim de combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Noutras palavras, o **habeas corpus** tornou-se o remédio constitucional adequado para atacar, a qualquer tempo, todos os atos da persecução criminal.

O exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o **habeas corpus** já foi aceito inclusive para reparar ilegalidades que recaíram sobre o sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante a investigação policial, matéria que não afeta, sequer de forma reflexa, o direito de ir, vir e ficar do indivíduo. (HC n.º 144.407/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/6/2011.)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conhecera do **mandamus**, concedeu a ordem para autorizar direito de visita de paciente custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento de que a "decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente". (HC n.º 107.701/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, DJe de 23/3/2012.)

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Observem que no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça recebeu o **habeas corpus** de número duzentos mil. A questão preocupante está no fato de que metade das ações chegou à Corte Superior nos últimos três anos – Anuário da Justiça do Brasil 2012. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, 4.457 **habeas corpus** foram protocolizados em 2011. Em razão disso, o operador do direito viu-se diante de tormentosa situação, vez que deveria perseguir a máxima efetividade da garantia fundamental, mas, também ter em mente que a utilização do **habeas corpus** indistintamente, em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico, configura banalização do remédio constitucional.

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Dessa forma, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Consigno 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. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).*

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

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 heróico. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no 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, tenho 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.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial ante a possibilidade de existir constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Nesse contexto, constata-se que, mesmo sem levar em consideração o novo tratamento jurídico dado ao remédio constitucional, não há como conhecer, na estreita via do **habeas corpus**, do pedido de absolvição por ausência de provas do vínculo associativo, uma vez que, para se desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário um completo e aprofundado reexame dos fatos e provas integrantes dos autos, procedimento que, sabidamente, é incompatível com os estreitos limites do **mandamus**, remédio heroico caracterizado pelo rito célere e por não comportar dilação probatória.

Nesse sentido são os precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior:

A - HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO JULGADO. VIA INADEQUADA.

1. O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. Não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos, afirmou tratar-se de réu que se dedicava às atividades criminosas, havendo indícios, inclusive, de que integrava organização criminosa, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

3. Ademais, a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, em face da incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.

4. Ordem denegada. (HC nº 158.918/RJ, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/2/2012)

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS.

1. Impossível apreciar em sede de habeas corpus o pleito absolutório formulado pelo impetrante, por demandar, necessariamente, o exame aprofundado dos elementos de convicção colhidos ao longo da instrução criminal, procedimento incompatível com a estreita via do writ.

2. Não se reconhece o alegado constrangimento ilegal se a pena-base foi fixada acima do mínimo legal devido à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente o fato de o paciente ser possuidor de maus antecedentes e personalidade voltada para a prática de crimes, sendo certo que não foi trazido pelo impetrante qualquer documento capaz de afastar tal valoração contrária ao paciente das circunstâncias judiciais.

3. Conquanto o Tribunal de origem não tenha analisado a possibilidade de aplicação retroativa da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, mesmo esta já estando em vigor, o certo é que foi reconhecido pelo acórdão atacado que o paciente é possuidor de maus antecedentes, circunstância essa, inclusive, demonstrada quando da própria fixação da pena-base, não preenchendo, pois, um dos requisitos previstos no aludido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispositivo.

4. **Habeas corpus** parcialmente conhecido e denegado. (HC nº 167.282/RS, Relator o Ministro **HAROLDO RODRIGUES** (Desembargador convocado do TJCE), DJe de 17/12/2010)

No mesmo sentido é a uníssona jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A - PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/2006). INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE NO RITO ESTREITO DO WRIT.

1. **O habeas corpus não é, considerado o seu rito estreito, a via processual adequada ao reexame de fatos e provas para chegar-se à absolvição. Precedentes: HC 105.022/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; RHC 84.901, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009.**

2. **In casu**, a convicção do Juiz a respeito da autoria e materialidade dos crimes imputados ao paciente encontra respaldo no auto de apreensão da droga, no auto de constatação provisória de substâncias entorpecentes, na prova oral e nas interceptações telefônicas que o revelaram líder da associação criminosa, exercendo essa função de dentro do estabelecimento prisional, através de telefone celular.

3. **Deveras**, a denúncia acolhida na sentença demonstrou que as escutas telefônicas judicialmente autorizadas apontaram o paciente como o chefe da organização criminosa, sendo certo que mesmo recluso exercia rígido comando na **societas sceleris** por intermédio de sua esposa e dos demais envolvidos, ficando estabelecido o liame entre ele e os fatos imputados.

4. **Ordem denegada** (HC nº 108.790, Relator o Ministro **LUIZ FUX**, DJe-100 de 22/5/2012)

Quanto a alegação de nulidade por desrespeito a garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio a ordem não merece prosperar, pois a própria Constituição Federal prevê a ressalva dessa garantia nos casos de flagrante delito, como ocorreu no caso em análise, no qual os acusados foram perseguidos após empreender fuga, dispensando parte da droga apreendida no caminho e adentrando no imóvel onde foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presos e foi encontrada mais substância entorpecente.

São precedentes nossos:

A - HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONDUTA DO ART. 12 DA LEI N.º 10.826/03. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Tratando-se o tráfico ilícito de drogas de crime permanente, não há se falar em ilegalidade da prisão em flagrante por violação de domicílio, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, autoriza a entrada da autoridade policial, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial. Precedente.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

(...)

5. Ordem parcialmente concedida, a fim de, reformando a sentença condenatória e o acórdão combatido, absolver o Paciente do delito de posse ilegal de arma de fogo, ante a constatação da atipicidade da conduta por ele praticada. (HC nº 144.544/RJ, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 5/10/2011)

B - HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ARTIGO 16 DA LEI 10.826/2003 E ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. SUBSISTÊNCIA DO FLAGRANTE E DAS PROVAS OBTIDAS. CRIMES PERMANENTES. TEORIAS DA FONTE INDEPENDENTE E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. É nula a decisão que autoriza medida de busca e apreensão sem qualquer fundamentação.

2. São admitidas as provas colhidas quando da prisão em flagrante do paciente, na hipótese de ilicitude da busca e apreensão autorizada judicialmente, desde que tal medida não tenha sido determinante para a sua obtenção (teorias da fonte independente e da descoberta inevitável).

3. A teor do disposto no artigo 5º, incisos XI e LXI, da Constituição Federal, nos quais encontram-se hipóteses excepcionais de possibilidade de violação do domicílio e de restrição da liberdade do indivíduo em razão de flagrante delito, é desnecessária autorização judicial para busca e apreensão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando se tratar de flagrante de crime permanente. Precedentes.

*4. Ordem denegada. (HC nº 106.571/PR, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 16/11/2010)*

Com relação ao pedido de reconhecimento e aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, melhor sorte não socorre aos pacientes.

O aludido dispositivo assim prescreve:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

*§ 4º Nos delitos definidos no **caput** e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" pela Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012)*

Na sentença condenatória, ao negar para ambos os réus a possibilidade de aplicação do redutor da pena, disse o Juiz de primeiro grau (fl. 36):

Caracterizada a finalidade mercantil e reconhecido o crime de associação para fins de tráfico, entendo inaplicável a causa de diminuição previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. A citada causa de diminuição se aplica ao traficante ocasional e não àquele que vive do tráfico.

A Corte Estadual, por sua vez, consignou (fl. 62):

Também não procede o pedido de redução da pena na forma do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Correta a dosimetria da pena, não tendo que se cogitar em modificação da sentença, pois o D. Magistrado levou em consideração todos os elementos possíveis.

Tal redução somente seria viável em se tratando de réu primário; de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bons antecedentes; que não se dedique a atividades criminosas e não participe de organização criminosa.

In casu, os apelantes, associados entre si e a outros para praticar o tráfico de drogas, não fazem jus à redução do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois somente pode ser concedida se os agentes preencherem **todos** os requisitos elencados no artigo acima referido.

Comprovado, pois, que os ora apelantes se dedicavam à atividade de tráfico de drogas, o que não se pode fazer sem integrar uma engrenagem criminosa, tal concessão não deve prevalecer.

Dessa forma, constando expressamente do acórdão que os pacientes se dedicavam à atividade criminosa, correta a decisão que não acolheu o pedido de aplicação do redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, inexistindo flagrante constrangimento ilegal que autorize a modificação do julgado.

Ademais, também nesse ponto, para a desconstituição do que ficou estabelecido, de forma a permitir a aplicação da causa de diminuição, mostra-se necessário o reexame completo e detalhado dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento que, como já dito, é incompatível com os estreitos limites do **habeas corpus**.

São precedentes nossos:

A - 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

3. *Ordem denegada. (HC nº 214.463/SP, Relator o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 11/4/2012)*

B - HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. *Consoante reiterado pronunciamento desta Corte Superior de Justiça, a revisão criminal não obsta a execução da sentença condenatória transitada em julgado, tendo em vista que o pedido revisional não possui efeito suspensivo. Precedentes.*

2. ***Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.***

3. *Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.*

4. ***Habeas corpus*** *denegado. Pleito de suspender a execução da pena até o julgamento deste writ julgado prejudicado. (HC nº 189.223/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 1º/9/2011)*

Por fim, sobre o pedido de modificação do regime inicial de cumprimento da pena relativa ao crime do art. 35, embora o tema não foi submetido ou apreciado pelo Tribunal **a quo**, verifico a existência de flagrante constrangimento ilegal que autoriza a concessão da ordem, de ofício, conforme requerido na impetração.

No caso, constata-se que o Juiz de primeiro grau fixou o regime inicial fechado para o crime do art. 35 da Lei nº 11.343/2006 com base na Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação aos artigos da Lei dos Crimes Hediondos e determinou a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desse regime para os crimes nela previstos. Ocorre que a associação para o tráfico não se encontra incluído no rol taxativo da Lei nº 8.072/90 e, não sendo hediondo, não se submete à obrigatoriedade do regime inicial fechado.

Nesse sentido também é a pacífica jurisprudência desta Corte Superior.

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. CRIME DO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006. DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Segundo o pacífico entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o crime de associação para o tráfico ilícito de drogas não é considerado hediondo e, por conseguinte, não se lhe aplica, para fins de regime inicial de cumprimento de pena, o regime fechado imposto pela Lei n.º 11.464/2007, mas sim as disposições previstas no art. 33 do Código Penal. Precedentes.

2. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

3. Na hipótese dos autos, contudo, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida - 8,265 Kg (oito quilogramas e duzentos e sessenta e cinco gramas) de "cocaína" -, razão pela qual deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

4. Ordem parcialmente concedida para, quanto ao crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, estabelecer o regime prisional aberto.

(HC nº 215.424/GO, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 10/10/2011)

B - HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGAS. REGIME PRISIONAL ABERTO. POSSIBILIDADE. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. BENEFÍCIO SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL.

1. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." (Súmula nº 440)

2. Considerando que o paciente é primário e que lhe foram consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no patamar mínimo -, não existe óbice ao estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da pena de 3 (três) anos de reclusão a que foi condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, delito este, como se sabe, não classificado como hediondo.

3. Não se revela socialmente recomendável, entretanto, a aplicação de medidas restritivas de direito, notadamente porque o acórdão deixou certo que o paciente dedica-se com habitualidade ao comércio ilícito de entorpecentes, dele fazendo "sua profissão e meio de vida".

*4. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime aberto para cumprimento da pena 3 (três) anos de reclusão a que foi condenado o paciente por associação para o tráfico de drogas. (HC nº 199.874/RJ, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 1/6/2011.)*

Acrescente-se, ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar recentemente o **Habeas Corpus** n. 111.840, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, o qual determina que a sanção segregatória pela prática dos crimes hediondos seria cumprida em regime inicial fechado.

Dessa forma, considerando que as penas-base dos pacientes foram fixadas no mínimo legal, deve o regime de cumprimento da pena do crime de associação para o tráfico ser fixado pelas regras do art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3º do Código Penal, que determina que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

Assim, conjugando o aludido dispositivo com o teor da Súmula nº 440 desta Corte, concedo **habeas corpus**, de ofício, para, retirado o caráter hediondo do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, fixar o regime inicial aberto para o seu cumprimento, nos termos em que requerido pela Defensoria Pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, não conheço da impetração, mas concedo **habeas corpus**, de ofício, para afastar o caráter hediondo do crime de associação para o tráfico e estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta para esse crime.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0070239-5

HC 169.551 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090140056125 200905007601

EM MESA

JULGADO: 25/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CLOVIS EDUARDO DE JESUS
PACIENTE : RAUFE CARDOSO DA COSTA

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 e concedeu "Habeas Corpus" , de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.