



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.206 - SP (2014/0282127-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VERÔNICA DOS SANTOS SIONTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSEANE DAMACENA OURO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. COMPROVADO O VÍNCULO ASSOCIATIVO E ESTÁVEL PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A OITO ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de associação para o tráfico, haja vista que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos, que foi comprovada a existência de vínculo associativo e estável para a prática do tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de *habeas corpus*.

3. Os pleitos relativos à dosimetria da pena - pedido de redução da pena-base, de aplicação da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal e de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, porquanto não instado a tanto pela Defesa, o que em princípio impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ainda que assim não fosse, não se vislumbra manifesta ilegalidade na dosimetria da paciente, devidamente fundamentada, à luz da legislação de regência da matéria - art. 59 do Código Penal, e arts. 33, § 4º e 42, da Lei n.º 11.343/06 - não havendo flagrante constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *writ*.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 10 anos e 8 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Do mesmo modo, inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de dezembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.206 - SP (2014/0282127-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VERÔNICA DOS SANTOS SIONTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSEANE DAMACENA OURO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSEANE DAMACENA OURO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 3000886-16.2013.8.26.0000).

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 1.599 dias-multa, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, nesses termos:

JOSEANE DAMACENA OURO e Edevaldo Antonio da Cunha, qualificados nos autos, foram denunciados como incursores nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, de acordo com a peça acusatória, durante o ano em curso, na Rua Antônio Menegati Monteiro, n.º 400, Bairro Dona Rosina, Rio das Pedras, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Consta também da denúncia que, no dia 04 de maio de 2012, por volta das 17h30min, na Rua Antônio Menegati Monteiro, n.º 400, Bairro Dona Rosina, Rio das Pedras, JOSEANE DAMACENA OURO e Edevaldo Antonio da Cunha, agindo em concurso e com unidade de desígnios, previamente ajustados, tinham em depósito e traziam consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, uma porção de *Cannabis sativa L*, vulgarmente conhecida por "maconha", pesando 2,7 gramas, uma porção de cocaína, na forma de "crack", e um invólucro de cocaína em porções fragmentadas, também na forma de "crack", ambas pesando 44,1 gramas, substâncias estas de natureza entorpecente e que causam dependência química, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

(...)

A condenação da acusada Joseane é, pois, de rigor. Passo à dosagem das penas que lhe serão impostas.

Aos delitos descritos pelos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, são cumulativamente cominadas as penas de reclusão e multa.

Considerado o disposto no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 e no artigo 59 do Código Penal, é de se convir que as circunstâncias da conduta, de significativo potencial lesivo, são claramente desfavoráveis à ré.

Com efeito, houve apreensão de elevada quantidade de entorpecentes, em espécies diversificadas, sendo evidente, assim, o potencial lesivo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico dessa magnitude, capaz de atingir número expressivo de adquirentes.

Ademais, o *crack* apresenta maior lesividade à estrutura orgânica da pessoa e grande capacidade de viciação, tornando o usuário, em curto período de tempo, escravo do desejo de consumir o entorpecente em questão.

Assim, não basta a pena base. É necessário apenamento mais severo, proporcional à gravidade da conduta e à sua lesividade, que estabeleça distinção justa entre o pequeno traficante e o traficante audaz.

Desse modo, fixo a pena base dos delitos acima do mínimo legal, a saber, em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa (tráfico), e 4 (quatro) anos de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa (associação), elevando as reprimendas em 1/3.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes na segunda fase de dosagem da reprimenda.

Por fim, na terceira fase, inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei de Drogas, pois reconhecida a prática da associação para o tráfico, sendo evidente, desse modo, a integração dos agentes em organização criminosa, circunstância que impossibilita a redução da pena. Ademais, notável que a ré e seu companheiro não demonstraram o exercício de atividades lícitas, concluindo-se que obtinham o sustento por meio dos rendimentos gerados pela traficância, utilizada, então, como meio de vida.

Assim, torna definitivas as penas acima fixadas.

Para o início do cumprimento das penas, fixo o regime inicialmente fechado, nos termos do artigo 2º, § 1º, ambos da Lei nº 8.072/90, considerando, ainda, as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ausentes os requisitos legais, inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito ou a aplicação da suspensão condicional da pena corporal na espécie, seja pelas penas aplicadas, seja pelas circunstâncias judiciais desfavoráveis, seja pela expressa vedação legal (artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006).

Nos termos do artigo 69 do Código Penal (concurso material), somo as penas aplicadas, chegando-se ao total de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 1.599 (mil, quinhentos e noventa e nove) dias-multa.

À minguia de pleno esclarecimento acerca da condição econômica da ré, fixo o valor unitário do dia-multa no mínimo legal de um trigésimo do salário mínimo vigente na época do lato, corrigido monetariamente desde então.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia, para o fim de condenar a ré Joseane Damacena Ouro, R.G. 48.468.856, filha de Jozeval Ouro Junho e Maria Lusinete Damacena Ouro, identificada a fls. 31, por infração ao preceituado artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06, às penas de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.599 (mil, quinhentos e noventa e nove) dias-multa, no mínimo legal (fls. 24/34).

Inconformada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconformada, apelou a ré em busca de absolvição, por insuficiência probatória.

Processado e contra-arrazado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu improvimento.

O recurso não merece prosperar.

A condenação da acusada pelos crimes de tráfico e de associação ao tráfico foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante, haja vista que Joseane foi presa em situação de flagrância, na posse de grande quantidade de entorpecente, sobretudo "crack".

A materialidade delitiva restou comprovada pelos "autos" de fls. 20/21, 22/23 e "laudos" de fls. 26, 126/127 e 199/201.

A prova oral colhida na instrução criminal, revelou-se, outrossim, apta não apenas a demonstrar a dinâmica dos fatos e o dolo de traficar da agente, como para vinculá-la à autoria delitiva.

Analisando-se o conjunto probatório dos autos, conclui-se no sentido da presença de fartos elementos de convicção confirmando a existência de vínculo associativo e estável entre os apelantes, tendo a r. sentença analisado toda a prova oral produzida com acuidade.

(...)

Não houve impugnação em relação às penas, as quais foram criteriosamente dosadas e fundamentadas em perfeita consonância com o sistema trifásico, com a imposição do regime inicial fechado; assim sendo, as reprimendas não comportam qualquer reparo.

Examinando os autos, portanto, verifica-se que a sentença combatida analisou corretamente as questões suscitadas e avaliou com propriedade o conjunto probatório, tendo dado exato deslinde à causa, razão pela qual resiste galhardamente às críticas que lhe são dirigidas nas razões do apelo. Qualquer acréscimo que se fizesse aos bem deduzidos fundamentos da decisão atacada constituiria desnecessária redundância.

Como se isso não bastasse, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em vigor desde 04 de novembro de 2009, dispõe, em seu art. 252, que "nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, ficando mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos (fls. 36/43).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que não se sustenta o acréscimo da pena-base "pela afirmação de que o aumento justifica-se pelo 'potencial lesivo do tráfico dessa magnitude, capaz de atingir número expressivo de adquirentes', sobretudo tendo em vista se tratar de baixa quantidade e variedade de drogas". (fl. 4).

Assere que "as circunstâncias e consequências apontadas pela sentença como sendo desfavoráveis à paciente, por serem inerentes ao tipo, não podem ser utilizadas como fundamento para a majoração da pena-base" (fl. 5).

Sublinha que a primariedade da paciente, bem como o fato de ter tido um filho, antes de ser sentenciada, devem ser considerados.

Destaca que "deveria ter sido considerada na fixação da pena, vez que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

representa uma circunstância genérica atenuante, não havendo como afastar o fato de que o nascimento do bebê é circunstância relevante posterior ao crime a ser considerada, nos termos do artigo 66 do Código Penal" (fl. 8).

Salienta que "foi considerado, à caracterização do crime de associação, suficiente o fato de que a paciente e o corréu estavam reunidos para o fim de fornecer drogas, não havendo qualquer elemento que indicasse permanência, entendimento em total desacordo com a jurisprudência dos tribunais superiores" (fl. 11). Acrescenta que não há questão fática a ser discutida.

Sustenta que a paciente faz jus à aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, uma vez que todos os requisitos legais foram atendidos.

Requer, liminarmente, seja concedido o direito de aguardar o julgamento definitivo deste *writ* em regime aberto. No mérito, pleiteia a redução da pena-base, o reconhecimento da atenuante genérica, a aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, bem como a absolvição da paciente pelo crime de associação para o tráfico, a modificação do regime inicial de cumprimento da pena para outro mais brando e, ainda, a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 48/52.

Foram prestadas informações às fls. 68/134 e 136/148.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Francisco de Assis Vieira Sanseverino, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 151/154).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.206 - SP (2014/0282127-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. COMPROVADO O VÍNCULO ASSOCIATIVO E ESTÁVEL PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A OITO ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de associação para o tráfico, haja vista que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos, que foi comprovada a existência de vínculo associativo e estável para a prática do tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de *habeas corpus*.

3. Os pleitos relativos à dosimetria da pena - pedido de redução da pena-base, de aplicação da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal e de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, porquanto não instado a tanto pela Defesa, o que em princípio impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ainda que assim não fosse, não se vislumbra manifesta ilegalidade na dosimetria da paciente, devidamente fundamentada, à luz da legislação de regência da matéria - art. 59 do Código Penal, e arts. 33, § 4º e 42, da Lei n.º 11.343/06 - não havendo flagrante constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *writ*.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 10 anos e 8 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Do mesmo modo, inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cumpre registrar que esses autos me foram distribuídos por prevenção ao HC 300.076/SP, interposto em favor da ora paciente, o qual julguei prejudicado.

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

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

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

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

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade, o que não se vislumbra na espécie.

No tocante à alegação de ausência de fundamentação idônea para a condenação quanto ao delito previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, razão não assiste ao impetrante, uma vez que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos, que foi comprovada a existência de vínculo associativo e estável para a prática do tráfico de drogas.

Para se chegar a conclusão diversa seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. No mesmo sentido, já decidi:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELEITA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE PARA A PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTES QUE SE DEDICAVAM À NARCOTRAFICÂNCIA E INTEGRAVAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (COMANDO VERMELHO). AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de associação para o tráfico, haja vista que o Tribunal de origem concluiu, com base em elementos concretos, que foi comprovada a existência de associação estável e de caráter permanente para a prática do tráfico de drogas, salientando emergir dos autos "a certeza de que ambos os apelantes/apelados dedicavam-se às atividades delituosas de vender substância entorpecente e a de manter em depósito substância entorpecente, integrando a facção criminosa COMANDO VERMELHO". Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final dos pacientes alcançado 6 anos e 4 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 219.238/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

No que tange aos pleitos relativos à dosimetria da pena - pedido de redução da pena-base, de aplicação da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal e de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - verifica-se que os temas não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, porquanto não instado a tanto pela Defesa, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

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

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LATROCÍNIO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

(...)

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

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

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

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

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

XI. Habeas corpus não conhecido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ainda que assim não fosse, não se vislumbra manifesta ilegalidade na dosimetria da paciente, a qual foi devidamente devidamente fundamentada, à luz da legislação de regência da matéria - art. 59 do Código Penal, e arts. 33, § 4º e 42, da Lei n.º 11.343/06 - não havendo flagrante constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *writ*.

Com efeito, na primeira fase, as penas-base foram fixadas acima do mínimo legal em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas, consoante preconiza o art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Na segunda fase da dosimetria, para ambos os crimes, não houve alteração da reprimenda, ante a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira etapa, escoreita a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista a condenação pelo delito de associação para o tráfico. Com efeito, esta Corte pacificou o entendimento de que a condenação pelo delito tipificado no artigo 35 da Lei n.º 11.343/06 constitui circunstância hábil a denotar dedicação às atividades criminosas e integração à organização criminosa, de modo a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, à míngua do preenchimento dos requisitos legais.

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

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

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

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

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC nº 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

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

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

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

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

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 10 anos e 8 meses de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

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

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

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

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

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

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

Do mesmo modo, não é possível a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

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

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0282127-9

HC 308.206 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20140000575891 30008861620138260511

EM MESA

JULGADO: 16/12/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VERÔNICA DOS SANTOS SIONTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSEANE DAMACENA OURO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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