



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.317 - RS (2014/0066912-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUIS HENRIQUE MACHADO SANTANA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA DAS DROGAS. INVIABILIDADE. 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. O pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Caso a Defesa entendesse ter havido omissão no acórdão prolatado pelo Tribunal gaúcho, deveria ter suscitado a pecha perante a Corte de origem, o que não ocorreu. Tendo em vista que temática não foi ventilada pela Defesa no momento oportuno perante instâncias ordinárias, não pode ser objeto de análise por este Sodalício, porquanto a via estreita do *writ* não é idônea a sanar o vício ora apontado.

3. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 8 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, em razão da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 44 g de maconha e 40 bucinhas de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
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 outubro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.317 - RS (2014/0066912-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUIS HENRIQUE MACHADO SANTANA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIS HENRIQUE MACHADO SANTANA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal nº 70052371713).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 11 (onze) anos de reclusão e 1.210 (um mil duzentos e dez) dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e 35, *caput*, da Lei 11.343/2006 e 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03. Eis a fundamentação do *decisum* condenatório no que interessa:

Luis Henrique também é imputável, pois ao tempo da ação era capaz de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar segundo esse entendimento (reprovabilidade do ato); registra um processo por receptação nesta comarca (fl. 89), mas deve ser considerado primário; conduta social desconhecida; personalidade algo desviada da normalidade; o motivo foi o lucro fácil e as circunstâncias e conseqüências, normais ao tipo penal violado; não há cogitar-se no comportamento da vítima, pois, ao fim e ao cabo, é a própria sociedade, que não influiu no agir delituoso do acusado.

De igual sorte, não obstante as circunstâncias serem desfavoráveis, entendo em fixar a pena-base no mínimo legal, já que menor de 21 anos de idade, ou seja, em cinco anos de reclusão pelo delito de tráfico de entorpecentes, três anos pelo delito de associação para o tráfico e três anos pelo delito de porte de arma de uso restrito. A sanção pecuniária é estabelecida em 500 dias-multa, pelo delito de tráfico de entorpecentes, 700 dias-multa, pelo delito de associação para o tráfico e dez dias-multa pelo delito de porte de arma de uso restrito. As penas são tornadas definitivas nesse patamar em face da ausência de outras causas modificadoras. Na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal Brasileiro, as penas são somadas e resultam em onze anos de reclusão e 1.210 dias-multa, cada um à razão de um-trigésimo do salário mínimo vigente na data dos fatos.

(...)

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para condenar BRUNO RAMOS GUERRA, qualificado nos autos, à pena de 11 (onze) anos de reclusão e 1.210 (um mil duzentos e dez) dias-multa, cada um à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente na data dos fatos; LUÍS HENRIQUE MACHADO SANTANA, qualificado nos autos, à pena de 11



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(onze) anos de reclusão e 1.210 (um mil duzentos e dez) dias-multa, cada um à razão de um-trigésimo do salário mínimo vigente na data dos fatos; DOUGLAS PRESTES TUCHTENHAGEN, qualificado nos autos, à pena de 8 (oito) anos de reclusão e 1.200 (um mil duzentos) dias-multa, cada um à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente na data dos fatos; RONALDO XAVIER DA ROSA, qualificado nos autos, à pena de 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 1.280 (um mil duzentos e oitenta) dias-multa, cada um à razão de um-trigésimo do salário mínimo vigente na data dos fatos; e DENIS ROBERTO SARAIVA, qualificado nos autos, à pena de 13 (treze) anos de reclusão e 1.332 (um mil trezentos e trinta e dois) dias-multa, cada um à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente na data dos fatos, por infração ao disposto nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (todos) e 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 (Luis Henrique, Bruno e Denis).

Custas, pelos condenados.

Os réus não atendem aos requisitos dos artigos 44 e 77 do Código Penal Brasileiro, razão pela qual não lhes é alcançado o benefício da substituição e da suspensão da pena corporal. Deverão cumprir a pena no estabelecimento prisional onde se encontram, permitida a sua transferência para qualquer outro a critério do juízo da execução, no regime inicial fechado.

Presentes os motivos que ensejaram o decreto de prisão preventiva, deverão permanecer presos enquanto aguardam o resultado de eventual recurso (fls. 374/390).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado parcial provimento para redimensionar a pena do paciente, nestes termos:

Luis Henrique Machado Santana: tendo sido o réu absolvido da imputação da prática do crime de associação para o tráfico, a pena aplicada em vista da condenação pelos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e no art. 16, *caput*, da Lei 10.826/03 redimensiona a pena para 08 anos de reclusão, mais pagamento de 1.200 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo.

O regime deve ser o inicial fechado, por considerar ser este o mais indicado para a reprovação dos delitos, ante os vetores do art. 42 da Lei 11.343/06 (natureza da droga: *crack* e cocaína).

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos encontra óbice no art. 44, I, do CP (fl. 475).

Daí o presente *mandamus*, no qual alega a impetrante que "uma vez preenchidos os requisitos para a aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, deve ser reduzida a pena do paciente, no seu patamar máximo, sob pena de negativa de vigência a este dispositivo" (fl. 2).

Aduz que o paciente é primário e não há prova nos autos de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Pontua que foi pacificado o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para condenados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por crimes equiparados a hediondos.

Defende a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, seja cassado o acórdão guerreado e aplicada a redução da pena, com base no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, concedido o regime de cumprimento aberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 599/602.

Foram prestadas as informações às fls. 610/618 e 625/628.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, pela "concessão parcial da ordem, para conferir ao paciente a redução de 1/6 da pena a título do privilégio previsto no art. 33 § 4º da Lei de Drogas, bem como ao regime prisional intermediário" (fl. 635).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.317 - RS (2014/0066912-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA DAS DROGAS. INVIABILIDADE. 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. O pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Caso a Defesa entendesse ter havido omissão no acórdão prolatado pelo Tribunal gaúcho, deveria ter suscitado a pecha perante a Corte de origem, o que não ocorreu. Tendo em vista que temática não foi ventilada pela Defesa no momento oportuno perante instâncias ordinárias, não pode ser objeto de análise por este Sodalício, porquanto a via estreita do *writ* não é idônea a sanar o vício ora apontado.

3. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 8 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, em razão da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 44 g de maconha e 40 bucinhas de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, impende 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, cumpre 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.

Da atenta leitura do acórdão guerreado, verifica-se que o pleito defensivo de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não foi enfrentado pela Corte de origem, o que impede sua cognição por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Não tendo sido a matéria em apreço enfrentada pelo Tribunal *a quo*, afigura-se inviável o seu conhecimento por esta Corte Superior. A propósito:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(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)

Mister registrar que, caso a Defesa entendesse ter havido omissão no acórdão prolatado pelo Tribunal gaúcho, deveria ter suscitado a pecha perante a Corte de origem, o que não ocorreu. Tendo em vista que temática não foi ventilada pela Defesa no momento oportuno perante instâncias ordinárias, não pode ser objeto de análise por este Sodalício, porquanto a via estreita do *writ* não é idônea a sanar o vício ora apontado. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. NULIDADE. OMISSÃO QUANTO À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Na hipótese, verifica-se que a Defesa não suscitou a matéria em momento oportuno perante as instâncias ordinárias, o que levou à ocorrência da preclusão consumativa, com o advento do trânsito em julgado da sentença condenatória.

3. O writ não foi criado para a finalidade aqui empregada, de transformar este Superior Tribunal de Justiça em terceira instância revisora ou em corte de cassação. Existem os meios próprios de confrontar os acórdãos dos tribunais de apelação e, após o trânsito em julgado, o ordenamento jurídico prevê a revisão criminal nos casos previstos em lei.

4. Na atual quadra processual, o instrumento cabível para pleitear a alteração da dosimetria da pena seria a revisão criminal, uma vez que o habeas corpus, tendo em vista os seus estreitos lindes, não é via adequada a rever situações albergadas pelo manto da indiscutibilidade e imutabilidade da coisa julgada, somente quando houver manifesto constrangimento ilegal e a análise do tema prescindir do exame do contexto fático-probatório, o que não ocorre no caso em apreço.

5. Ordem denegada.

(HC 157616/SC, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 25/06/2012)

HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES SUSCITADAS PERANTE A CORTE ORIGINÁRIA. EVENTUAL OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU AMBIGUIDADE QUE DEVERIAM TER SIDO DEDUZIDAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSTRANGIMENTO INOCORRENTE.

1. Tendo a Corte a quo apreciado e decidido as matérias postas na impetração originária, como determinam as leis processuais e, em especial, o art. 93, IX, da Constituição Federal, não há o que se falar em nulidade do aresto.

2. Eventual omissão, contradição, obscuridade ou ambigüidade, ou mesmo má interpretação das razões esposadas na inicial, deveria ter sido deduzida em sede de embargos de declaração, no momento processual oportuno.

(...)

(HC 95.721/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2008, DJe 09/03/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 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:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 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 n.º 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, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 8 anos 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*. Nesse diapasão:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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)

De mais a mais, tenho que a imposição do regime mais gravoso foi devidamente fundamentada, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Verifica-se, *in casu*, que o regime inicial fechado foi fixado em razão da gravidade concreta do crime em testilha, destacando a Corte estadual a natureza das drogas apreendidas - 44 g de maconha e 40 bucinhas de *crack* (fl. 9) - substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Nesse diapasão, o Tribunal de origem entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto a natureza das drogas demonstra que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO À REVISÃO CRIMINAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. 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 DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

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. A gravidade concreta do delito cometido, especialmente em razão da natureza e quantidade do entorpecente capturado, justifica a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

3. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 262.232/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REEXAME DE PROVAS. PENA DEFINITIVA: 6 ANOS E 5 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante portando 7.872 (sete mil oitocentos e setenta e dois) gramas de cocaína.

- No que diz respeito à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, verifica-se que os juízos de primeiro e segundo graus, com base nas provas produzidas nos autos, entenderam que a paciente integrava organização criminosa. Para se afastar essa conclusão e acolher a tese apresentada pela defesa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.

- Ainda que a pena tenha sido fixada entre 4 e 8 anos, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, uma vez que pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da natureza e quantidade do entorpecente apreendido. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 244.191/AC, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013)

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: 2014/0066912-0

HC 291.317 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00043845420118210165 05437705920128217000 16521100014293 43845420118210165
5437705920128217000 70052371713

EM MESA

JULGADO: 16/10/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: LUIS HENRIQUE MACHADO SANTANA
CORRÉU	: BRUNO RAMOS GUERRA
CORRÉU	: DOUGLAS PRESTES TUCHTENHAGEN
CORRÉU	: RONALDO XAVIER DA ROSA

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.