



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.982 - SP (2012/0058827-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TAIS DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. POSSE OU PORTE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. REINCIDÊNCIA VALORADA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE E PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. AUSÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– Na hipótese *sub exame*, configurada a reincidência, posto persistente a tipificação do delito de posse para uso próprio, bem como não existe a necessidade que a condenação definitiva pelo delito anterior seja privativa de liberdade. Precedentes.

– Possível a considerar a reincidência como circunstância agravante na segunda fase de dosimetria da pena, bem como para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem que se configure *bis in idem*, pois tal instituto possui finalidade jurídico-legal distinta em cada etapa de aplicação da pena, conforme expressa previsão legal.

– O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza e diversidade das drogas apreendidas – 26 porções de *crack* e 1 (um)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

invólucro plástico de cocaína, (sabe-se que o *crack* é uma substância que possui um alto efeito devastador, devendo-se impor um maior rigor na apreciação da conduta do paciente) – , e a reincidência da paciente, justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 04 de junho de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.982 - SP (2012/0058827-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TAIS DE SOUZA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de TAIS DE SOUZA, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Inconformada, a paciente interpôs apelação perante o Tribunal de origem, a qual se negou provimento.

No presente *writ*, a impetrante sustenta a ilegalidade no reconhecimento da reincidência pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Alega também *que* o Tribunal *a quo* incorreu em *bis in idem*, pois utilizou a reincidência para agravar a pena na segunda fase de dosimetria e para não aplicar a minorante, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Pugna pelo afastamento da reincidência, pela aplicação da minorante, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, pela a modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, assim como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais pela paciente.

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 88).

As informações foram prestadas às fls. 97-164.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fls. 168-173).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.982 - SP (2012/0058827-2)

VOTO

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

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

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

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

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

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

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

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

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

Contudo, em observância ao princípio da ampla defesa e diante da plausibilidade jurídica da tese levantada pela defesa, passo ao exame das questões postas na presente impetração.

Busca a defesa o afastamento da reincidência pelo delito previsto no art. 28, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o delito de que aqui se trata possui diminutas consequências jurídicas-penais, carecendo de proporcionalidade e razoabilidade valorar tal condenação para caracterizar a reincidência, pois o delito de posse para uso não prevê penas privativas de liberdade ao usuário.

O Supremo Tribunal Federal, enfrentando a tese de descriminalização do delito previsto no art. 28, da Lei n. 11.343/2006, se posicionou de modo diverso ao ora sustentado nas razões da impetração, entendendo que a nova legislação não descriminalizou o delito, mas apenas abrandou o tratamento dado aos usuários de drogas, não estipulando a aplicação de pena privativa de liberdade com o objetivo de melhor ressocializá-los. Essa interpretação foi dada pela Primeira Turma, no julgamento do RE 430.105-QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, conforme Informativo n. 456 daquela Corte, assim consignado:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constituir-se-ia infração penal sui generis, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas". Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário.

Este Superior Tribunal de Justiça também tem adotado esse posicionamento, acolhendo o entendimento de que o legislador não tinha o objetivo de descriminalizar tal conduta, mas sim despenalizar com a exclusão das penas privativas de liberdade, conforme precedentes abaixo:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE ENTORPECENTE NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CONDOTA TIPIFICADA COMO CRIME DOLOSO. FALTA GRAVE. RECONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. PRAZO REGULADO PELO LAPSO MÍNIMO PREVISTO NO ART. 109 DO CÓDIGO PENAL.

1. Segundo preceitua a norma do art. 52 da Lei de Execuções Penais, a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave.

2. Embora o art. 28 da Lei nº 11.343/06 não mais preveja a pena privativa de liberdade para esse delito, o fato continua sendo classificado como crime.

3. Na linha da jurisprudência pacífica desta Casa, a prescrição, nos casos de falta disciplinar de natureza grave, ocorre no prazo mínimo previsto no art. 109 do Código Penal.

4. Embora atualmente o prazo fixado nessa norma seja de 3 (três) anos - redação dada pela Lei nº 12.234, de 5.5.2010, à época dos fatos o lapso regulador era o de 2 (dois) anos.

5. De todo modo, da própria impetração ressaí que decorreu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

período inferior a 1 (um) ano, não havendo falar em prescrição.

6. Com efeito, a falta imputada ao paciente teria sido praticada em 23.2.2008, enquanto a sua homologação se deu em 3.10.2008. Assim, inexistente constrangimento ilegal.

7. Ordem denegada. (HC 166.458/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 29.2.2012).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. NATUREZA JURÍDICA DE CRIME. APLICABILIDADE DO ART. 52 DA LEI N.º 7.210/84. FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O art. 52, caput, da Lei de Execução Penal, considera como falta grave a prática de fato previsto como crime doloso.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430.105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolitio criminis e infração penal sui generis, afirmando a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, não obstante a despenalização.

3. "A posse de substância entorpecente no interior do estabelecimento prisional, ainda que para uso próprio, constitui falta grave (art. 52 da LEP)." (STJ, HC 109.145/SP, 5.ª Turma, Rel.Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/02/2010.)

4. Ordem denegada. (HC 151.435/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 12/5/2011).

Dessa forma, na hipótese *sub examine*, configurada a reincidência, posto persiste a tipificação do delito de posse para uso próprio, bem como não existe a necessidade que a condenação definitiva pelo delito anterior seja privativa de liberdade.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. 3. POSSE OU PORTE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO. FATO TÍPICO. NÃO OCORRÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA 4. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. VARIEDADE, QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. PEDIDOS PREJUDICADOS. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

2. A Lei nº 11.343/2006 apenas abrandou o tratamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispensado ao usuário de droga, eliminando a possibilidade de aplicação da onerosa pena de prisão a este, com o fito de melhor ressocializá-lo, mas não descriminalizou o delito. Manteve-se, assim, a tipificação da conduta daquele que possui entorpecente para consumo próprio; mesmo porque categórica é a denominação do capítulo do qual o art. 28 da Lei de Drogas integra, qual seja, "dos crimes e das penas".

3. Persistindo a tipificação da posse de entorpecente para uso próprio, não elide a reincidência o fato de a condenação definitiva anterior não ser por tráfico de drogas, pois prescindível que a pena anterior seja a privativa de liberdade.

4. A identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos no § 2º do art. 33 do Diploma Repressivo, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado.

5. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, para além da pena ter sido fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, tendo em vista a quantidade, natureza e a diversidade das drogas apreendidas, quais sejam, 21 (vinte e um) papелotes de crack, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante, e 18,041g (dezoito gramas e quarenta e um miligramas) de maconha; além de terem sido encontrados sementes de maconha e alguns materiais usados no preparo da droga. Assim, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o alegado constrangimento ilegal.

6. Mantidos os limites da sentença condenatória, fica prejudicado o pedido de substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos e o de aplicação do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que não preenchido o requisito objetivo previstos tanto no art. 44, I, do Código Penal, quanto no § 4º adrede mencionado - a saber, condição de primário.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 185.507/SP, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 1.2.2013).

Quanto a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas uma vez não assiste razão a defesa.

A reincidência da paciente pode ser considerada como circunstância agravante na segunda fase de dosimetria da pena e ao mesmo tempo pode ser considerada para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem que configure *bis in idem*, tendo em vista que o referido instituto possui finalidade jurídico-legal distinta em cada etapa de aplicação da pena, conforme expressa previsão legal.

A propósito colaciono os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE. (2) MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. (3) REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

(...)

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte Superior de Justiça, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do ne bis in idem.

3. A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto.

(...)

6. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 200.111/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 12/3/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

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 manifesta ilegalidade a ser reconhecida. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

3. Reconhecido pelas instâncias ordinárias a reincidência do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse.

4. Não há ilegalidade na utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 209.818/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/2/2013).

Por fim, quanto a modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza e diversidade das drogas apreendidas – 26 porções de *crack* e 1 (um) invólucro plástico de cocaína –, bem como a reincidência da paciente, justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

A propósito, são os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO PELA VIA ELEITA. PRECEDENTES.

1. *Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.*

2. *O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.*

3. *O STF, a partir de 27.6.12, passou a admitir a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, considerando o total da pena estabelecida não excedente a oito anos, a ausência de circunstâncias judiciais*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis e inoccorrência da reincidência, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, alterada pela Lei n.º 11.464/07, com efeito ex nunc.

4. Este Sodalício orienta que, aos condenados por tráfico de entorpecentes, cuja a reprimenda final restou estabelecida em menos de quatro anos, mesmo assim, tendo em conta a natureza e a quantidade da droga, não há como alterar o regime prisional, fixado de maneira mais gravosa, ao menos através da via mandamental.

5. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. (HC 244.637/SP, Ministro Campos Marques – Desembargador convocado do TJ/PR, DJe 9/4/2013).

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

(...).

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

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

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

3. Ordem denegada (HC 244.870/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21.09.2012).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPROVIDO.

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

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

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

Assim, constata-se não ser o caso de concessão da ordem de ofício, pois não há flagrante ilegalidade a sanar.

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0058827-2

HC 236.982 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13882010 50100662617 662614520108260050

EM MESA

JULGADO: 04/06/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TAIS DE SOUZA

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

CERTIDÃO

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

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

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