



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.418 - SP (2015/0280287-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO PEREIRA DE SA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso levaram à conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas.

REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA APTA A JUSTIFICAR O REGIME MAIS GRAVOSO. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33, do Código Penal.

2. No caso dos autos, conquanto a autoridade apontada como coatora tenha fixado a reprimenda em 5 (cinco) anos de reclusão, estabeleceu o modo fechado para o resgate da reprimenda sem qualquer fundamentação concreta, baseando-se apenas na previsão legal contida no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente no ponto. Imperiosa, portanto, a alteração para o semiaberto.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de maio de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.418 - SP (2015/0280287-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO PEREIRA DE SA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de RODRIGO PEREIRA DE SA contra acórdão proferido pela 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação n. 0050058-37.2012.8.26.0050, negou provimento ao pleito defensivo e proveu o ministerial a fim de redimensionar a reprimenda para 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que, tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do paciente, deveria ser aplicado o redutor especial previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Defende que a quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos deveriam ser sopesados apenas na primeira fase da dosimetria.

Alega que não poderia a Corte estadual ter mantido o regime inicial fechado com esteio na hediondez e na gravidade abstrata do delito e, por isso, o modo prisional deveria ser abrandado, em conformidade com as Súmulas ns. 718, 719 e 440/STJ.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja aplicada a minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e abrandado o modo prisional.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.418 - SP (2015/0280287-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

"[...] no dia 31 de maio de 2012, por volta das 18:30 horas, na Rua Margarida Rainha nº 7, Bairro Perus, nesta cidade, trazia consigo 102,6 gramas de cocaína divididos em 114 supositórios e 12 gramas de crack divididos em 40 pedras, tudo sem autorização e em desacordo com determinação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal ou regulamentar" (e-STJ fls. 10-11).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao pleito defensivo e proveu o ministerial a fim de redimensionar a reprimenda para 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, observa-se que o Colegiado estadual afastou a referida benesse sob o seguinte fundamento, *verbis*:

No tocante a este benefício, a grande quantidade e nocividade das drogas apreendidas, quais sejam, 114 porções de cocaína e 40 de crack, indicam maior afetação ao bem juridicamente tutelado, razão pela qual, em respeito ao artigo 42, da legislação de tóxicos, que deve ser interpretado em conjunto, a referida causa especial de diminuição de pena resta afastada.

[...]

Ainda, ante a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidas com o apelante não há dúvidas que ele se dedique a atividades criminosas.

Assim, resta afastada a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, para o recorrido (e-STJ fls. 31-32).

Sabe-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; **c) não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

No caso dos autos, a Corte *a quo* constatou que o paciente dedicava-se a atividades criminosas, tendo em vista a *"expressiva quantidade de entorpecentes apreendidas"* (e-STJ fl. 32) e, por essa razão, afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena, haja vista o não preenchimento dos requisitos legais.

Desta forma, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua incidência *in casu*.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA NA INSTÂNCIA A QUO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - No caso concreto, o magistrado de primeiro grau negou a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.434/2006 ao fundamento de que o paciente se dedicaria a atividades criminosas. Rever tal entendimento exigira dilação fático-probatória, o que encontra óbice na estreita via do habeas corpus.

[...]

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto de cumprimento da pena.

(HC 303.493/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 28/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. **No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.**

3. **Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.**

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, observa-se que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal impetrado, ao dirimir a questão, manteve o sistema prisional fechado em aresto proferido nos seguintes termos, *verbis*:

O regime inicial fechado fica mantido por ser o único adequado para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza.

Ressalta-se que o tráfico ilícito de entorpecentes possui natureza de delito equiparado aos hediondos, por disposição constitucional (artigo 5º, inciso XLIII).

A Constituição Federal previu o tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados, conforme a letra do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, razão pela qual, existe determinação expressa no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, de que os condenados em face de crimes hediondos ou a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo deverão iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Tal tratamento mais severo corresponde a medida político-criminal que busca harmonizar a legislação pátria à gravidade do delito, suas consequências, bem como à resposta necessária à prática deste delito (e-STJ fl. 33).

Acerca do tema, cumpre observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, deve ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33, § 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

Assim, na hipótese, embora o Tribunal de origem tenha fixado a reprimenda do acusado em 5 (cinco) anos de reclusão, manteve o modo mais gravoso para o resgate da reprimenda sem qualquer fundamentação concreta, arrimando-se apenas na previsão legal contida no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente no ponto.

Desse modo, não havendo motivação a justificar a fixação do regime fechado para o início da execução da sanção cominada para o delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 e, tendo em vista a primariedade do paciente, bem como a favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, imperiosa a sua modificação para o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Considerando a quantidade de pena imposta (5 anos), a primariedade da condenada e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.
(HC 320.278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de fixar o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos do acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0280287-1

HC 340.418 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00500583720128260050 10542012 500583720128260050

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GUILHERME DINIZ BARBOSA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RODRIGO PEREIRA DE SA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.