



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.050 - MS (2011/0215292-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : GEOVANIA DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA. REDUÇÃO. CAUSA ESPECIAL PREVISTA NO ART. 46 DA LEI ANTIDROGAS. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O pedido de desclassificação das imputações de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para uso de drogas envolve o revolvimento do conjunto fático-probatório, mostrando-se impróprio à via eleita, em razão dos estreitos lindes do *habeas corpus*.
2. O Superior Tribunal de Justiça não pode analisar matérias que não passaram pelo exame da Corte de origem, sob pena de supressão de instância.
3. Embora a apelação devolva ao Tribunal de origem toda a matéria objeto de controvérsia, a defesa não pode formular *habeas corpus* no STJ arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.
4. Conquanto esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação de regime inicial diferente do fechado e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essas benesses não se mostram razoáveis, porque, conforme firmou a instância ordinária, a paciente se dedica ao tráfico de drogas, o que reclama maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido.
5. O mesmo raciocínio se aplica à pretendida substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.
6. Ordem parcialmente conhecida e nesta extensão denegada.

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 Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta parte, a denegou, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 28 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.050 - MS (2011/0215292-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : GEOVANIA DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de GEOVANIA DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Apelação Criminal n.º 2011.15541-9).

Narra a impetração que a paciente - denunciada pela suposta prática das condutas descritas nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n.º 11.343/06 - foi condenada à pena de 6 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Irresignada, recorreu a Defesa ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. A Primeira Turma Criminal negou provimento ao apelo, e o acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 210):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSO VISANDO A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DE USO DE DROGAS. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA, AINDA NÃO PREPARADA PARA CONSUMO QUE COMPROVA A TRAFICÂNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO PEDIDO DE ASSOCIAÇÃO, APLICAÇÃO DA BENESSE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. VÍNCULO ASSOCIATIVO DA RECORRENTE DEMONSTRADO NOS AUTOS. RECURSO IMPROVIDO.

A condição de usuária de drogas não afasta a traficância, ainda mais porque foi comprovado nos autos que a apelante é proprietária de uma 'boca de fumo', e os 53 gramas de cocaína (quantidade considerável para esse tipo de droga que é vendida por grama) encontrada em seu poder ainda não estava pronta para consumo, demonstrando que não se tratava de entorpecente destinado ao consumo, mas, à comercialização.

Não há falar em absolvição para o crime de associação para o tráfico se foi comprovado nos autos que a apelante era dona de uma 'boca de fumo' e, há muito tempo abastecia sua 'boca' comprando drogas, a título de atacado, de outra 'boca de fumo' que agia como distribuidora de entorpecentes.

Não se aplica a redutora do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tampouco se fixa regime mais brando ou substituição da pena, se restou demonstrado para o crime de associação para o tráfico que a apelante não possuía



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emprego e se dedicava à comercialização de drogas.

Daí o presente *writ*, no qual a defesa expõe que, além da precariedade da fundamentação da sentença, incorreu a mesma em excesso ao fixar a pena base, tendo sido omissa ao deixar de aplicar o art. 46 da Lei Antidrogas, e, por consequência, afastando o direito da paciente em ingressar em regime mais brando.

Entende o impetrante que o Tribunal de origem poderia ter corrigido, de ofício, tais impropriedades da sentença, haja vista o "clamoroso constrangimento ilegal" (fl. 4) perpetrado na hipótese dos autos.

O impetrante sustenta que, mesmo em sede de *habeas corpus* a pretensão posta, quanto a necessidade de fundamentação das decisões e o saneamento de seus vícios, encontra cabimento, tese que possui esteio em entendimento jurisprudencial advindo da Suprema Corte.

Agrega em suas razões, que o entendimento jurisprudencial já se pacificou quanto a ampla devolução da matéria ao Tribunal, quando da interposição da apelação.

Argumenta que, além de ter restado "cabalmente comprovado, pela perícia criminal, a ausência de capacidade volitiva, enquanto elemento constitutivo da culpabilidade, para determinar-se segundo o entendimento que tinha da ilicitude do fato por ela perpetrado" (fl. 7), a própria perícia judicial recomendou o tratamento clínico especializado à paciente. Anota ainda, que a conclusão pericial importa na necessidade da desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso, nos termos do art. 28 da Lei n.º 11.343/06.

Ressalta que, em sendo outro o entendimento desta Corte, merece ser aplicado, "no seu patamar máximo, o redutor do art. 46 da Lei 11.343/06" (fl. 12).

Requer a concessão da ordem "para fins de que seja procedida a desclassificação do crime para o constante em o art. 28 da Lei nº 11.343/06 ou, em não sendo este o entendimento do íncrito colegiado, seja determinada a aplicação, em seu patamar máximo, do redutor do art. 46 da Lei de Drogas, sem prejuízo, evidentemente, pelas razões já aduzidas, do devido decotamento do excesso que inquina as penas-base, com a conseqüente inserção da paciente em regime inicial mais brando e virtual substituição da pena corporal por restritiva de direitos" (fl. 12)

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 225/226).

As informações prestadas às fls. 231/286.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 289/295).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.050 - MS (2011/0215292-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA. REDUÇÃO. CAUSA ESPECIAL PREVISTA NO ART. 46 DA LEI ANTIDROGAS. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O pedido de desclassificação das imputações de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para uso de drogas envolve o revolvimento do conjunto fático-probatório, mostrando-se impróprio à via eleita, em razão dos estreitos lindes do *habeas corpus*.
2. O Superior Tribunal de Justiça não pode analisar matérias que não passaram pelo exame da Corte de origem, sob pena de supressão de instância.
3. Embora a apelação devolva ao Tribunal de origem toda a matéria objeto de controvérsia, a defesa não pode formular *habeas corpus* no STJ arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.
4. Conquanto esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação de regime inicial diferente do fechado e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essas benesses não se mostram razoáveis, porque, conforme firmou a instância ordinária, a paciente se dedica ao tráfico de drogas, o que reclama maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido.
5. O mesmo raciocínio se aplica à pretendida substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.
6. Ordem parcialmente conhecida e nesta extensão denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A impetração está direcionada aos seguintes pedidos alternativos: a) primeiramente intenta a desclassificação dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei Antidrogas, para o delito previsto no art. 28; ou, b) que se conceda a ordem para fazer incidir na dosimetria o redutor delineado pelo art. 46 do mesmo diploma legal, em seu patamar máximo, com a imediata inserção da paciente em regime inicial mais brando, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 12).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao que cuido, a matéria relativa à desclassificação para a modalidade de "uso" foi decidida com amplitude pelo Tribunal de origem, não havendo como emitir juízo de censura neste *mandamus*, sob pena de transformá-lo em segunda apelação. A Corte de revisão assim se desincumbiu de afastar a mencionada pretensão, *verbis* (fls. 212/213):

GEOVANIA DA SILVA foi condenada à pena de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão no regime inicial fechado, e ao pagamento de 933 dias multa pela prática do crime de tráfico de drogas em associação, previsto no art. 33 caput e art. 35, ambos da Lei 11.343/06.

Inconformada, recorre pleiteando a desclassificação para o crime de uso de drogas, sua absolvição do crime de associação para o tráfico, e alternativamente, requer a aplicação do § 4º do art. 33 no seu grau máximo, a alteração do regime para o aberto e, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sobre o pedido de desclassificação do crime de tráfico para o de usuário de drogas, consta nos autos que:

"...no dia 27 de maio de 2010, por volta das 18 horas, na Avenida Três Barras, em frente a lombada eletrônica e na residência, 614, localizada na Rua Oceania, Bairro Tiradentes, nesta cidade e comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, em concurso de pessoas e unidade de vontade, os denunciados WILSON MANOEL DIAS LANDES, GEOVANIA DA SILVA, SILVANA JESUS AMORIM E ANTONIO DOS SANTOS GOMES, traziam consigo e tinham em depósito, para o fim de comércio, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, **6 (seis) tabletes de substância análoga à COCAÍNA, pesando 32,0 g (trinta e dois gramas), mais 1 (uma) porção de substância análoga à COCAÍNA, pesando de 53 (cinquenta e três) gramas**, conforme LAUDO DE EXAME DE CONSTATAÇÃO nº 706/2010 (Fls. 78). "

"...no dia 27 de maio de 2010, por volta das 18 horas, na Avenida Três Barras, em frente a lombada eletrônica e na residência, 614, localizada na Rua Oceania, Bairro Tiradentes, nesta cidade e comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, os denunciados WILSON MANOEL DIAS LANDES, GEOVANIA DA SILVA, SILVANA JESUS AMORIM E ANTONIO DOS SANTOS GOMES, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, crime de tráfico de droga."

"...no dia 27 de maio de 2010, por volta das 18 horas, na residência, 614, localizada na Rua Oceania, Bairro Tiradentes, nesta cidade e comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, a denunciada SILVANA JESUS AMORIM guardava instrumento destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, consistente em 1 (uma) balança de precisão digital (fls. 73-74)."

A materialidade delitiva esta devidamente comprovada por meio auto de prisão em flagrante (fls. 09/23), dos laudos de exame de constatação (fls. 47), do boletim de ocorrência (fls. 48/53), do auto de exibição e apreensão (fls. 54/56), das fotos de fls. 75/81 e dos laudos de exame toxicológico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fls. 72/75,155/158 e 318/322).

Em que pese a recorrente alegar que é usuária de drogas, consta às fls. 33 que ela é, solteira, mãe de 03, e não trabalha, e foi encontrado em seu poder 53 grama (*sic*) de cocaína, quantidade elevada para se tratar de mero consumo.

E mais, a comparsa Silvana Jesus Amorim, em juízo, às fls. 293, corroborando o depoimento de Edelberto Nunes Viana, um dos policiais que participaram da ocorrência em questão, fls. 308, atesta que a substância entorpecente apreendida com Geovania não estava pronta para o consumo.

Dessa forma, restou suficiente provado a prática do crime de tráfico de drogas.

Como é cediço, a via estreita do *habeas corpus* exige prova pré-constituída e, sendo instrumento processual de rito sumário, não comporta discussão de cunho fático-probatório, ou seja, não é meio idôneo a permitir o revolvimento da prova colhida na instrução criminal, como se pretende no caso concreto, para adentrar os meandros fáticos, examinando se a paciente, com a conduta praticada, cometeu o delito que lhe fora imputado ou se a conduta pode ser desclassificada.

Com efeito, para que se opere a desclassificação de um tipo penal para outro previsto no ordenamento jurídico, é necessário que se conheça o elemento subjetivo da conduta praticada pelo agente, ou seja, o dolo no seu modo de agir, tarefa revestida de alto grau de complexidade para o operador do direito, até mesmo no bojo da própria ação penal, onde o magistrado detém o amplo conhecimento da matéria, não sendo apropriado a sua operação através do remédio heróico, eis que a matéria refoge aos seus estreitos lindes cognitivos.

O *habeas corpus* "constitui remédio mais ágil para a tutela do indivíduo e, assim, sobrepõe-se a qualquer outra medida, desde que a ilegalidade possa ser evidenciada de plano, sem necessidade de um reexame mais aprofundado da justiça ou injustiça da decisão impugnada", conforme anotam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, em sua excelente obra *Recursos no Processo Penal* (3ª ed., São Paulo: Editora RT, 2001, p. 353) .

Assim, a pretensão de ver analisada controvérsia em torno da conduta da agente sobeja ao rito procedimental escolhido. Nesse diapasão, colhem-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA MESMA NORMA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DAS PROVAS. VIA INADEQUADA.

1. Hipótese em que a Corte estadual examinou as provas carreadas aos autos e concluiu serem suficientes para condenar o paciente por tráfico de drogas. Para a pretendida desclassificação para o delito previsto no art. 28



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei nº 11.343/06 seria necessário o reexame dos elementos de convicção produzidos na ação penal, providência vedada em sede de habeas corpus.

2. Ordem denegada.

(HC 107.382/MS, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 28/02/2011)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO FEITA PELO JUÍZO SINGULAR. INEXISTÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS DO *ANIMUS FURANDI*. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO QUE MANTEVE OS EXATOS TERMOS DA DENÚNCIA. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Consta-se que o exame da insurgência exposta na impetração, no que tange à desclassificação do delito, demanda aprofundado revolvimento probatório - vedado na via estreita do mandamus -, já que para se verificar a intenção ou não do paciente em furtar bens de propriedade da vítima faz-se necessária uma análise minuciosa da sua conduta, devendo ser observada procedendo o cotejo das provas colacionadas aos autos.

2. Na hipótese vertente, em consulta processual realizada no sítio da Corte Estadual (<http://www.tjms.jus.br>), verifica-se que o Juízo Singular, ainda que adotando posicionamento diverso do apresentado pelo Órgão Colegiado, julgou improcedente a denúncia, absolvendo o paciente do crime previsto no art. 157, § 3º, do Código Penal, por entender que não existiam provas suficientes à condenação, ressaltando a possibilidade de sua livre apreciação das provas apresentadas no processo, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal, de tal sorte que não se vislumbra, portanto, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesta via.

3. Ordem denegada.

(HC 135.034/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 31/05/2010)

HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA CONDENATÓRIA. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO AGRAVADO CONSUMADO. FUNDAMENTAÇÃO. SUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. DESCLASSIFICAÇÃO. EXIGÊNCIA DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. O acusado se defende dos fatos que lhe são atribuídos na denúncia, de tal sorte que o magistrado não está vinculado à qualificação jurídica atribuída pela acusação, tendo em vista que no momento da prolação da decisão repressiva, sem modificar a descrição dos fatos narrados na exordial, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, nos exatos termos do art. 383 do Código de Processo Penal.

2. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correlação entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal reconhecida na sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Na hipótese vertente, não há que se falar em violação ao mencionado primado, porquanto o Juízo Singular, ao proferir o édito repressivo, se ateve aos fatos narrados na exordial acusatória, sem trazer qualquer elemento novo que não constasse da peça vestibular - afastando a hipótese de mutatio libelli prevista no art. 384 do Código de Processo Penal -, procedendo o cotejo, ainda, das provas produzidas durante a instrução criminal, indicando precisamente os elementos em que se fundava para chegar à conclusão da condenação pelo delito de latrocínio tentado, em razão da presença do animus necandi ao fundamento de que o paciente Tiago efetuou disparos de arma de fogo e que o resultado morte somente não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade.

4. Para chegar-se à solução diversa, desclassificando-se o crime para o de roubo agravado por lesões graves, a pretexto da ausência de animus necandi dos agentes criminosos, como pretendido, seria necessário o revolvimento de todo o elenco probatório amealhado nos autos principais, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional.

5. Ordem denegada.

(HC 151.568/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE RECEPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. EXAME DE PROVAS.

1. Acolher o pedido de desclassificação do delito de latrocínio, pelo qual restou condenado o ora Paciente, para o crime de receptação, demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do habeas corpus.

2. Habeas corpus não conhecido.

(HC 123.698/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 03/05/2010)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE CONCRETA. EXCESSO DE PRAZO. CAUSA COMPLEXA. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚM. 52 STJ. PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

1. O exame de pedido referente à desclassificação do crime de latrocínio para o de roubo demanda, necessariamente, o revolvimento de provas, incompatível com a via do habeas corpus, que não comporta dilação probatória.

2. A prisão cautelar justificada no resguardo da ordem pública visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade o indivíduo que diante do modus operandi ou da habitualidade de sua conduta demonstra ser dotado de periculosidade.

3. Eventual excesso de prazo na instrução criminal deve ser examinado levando-se em conta a complexidade do feito, não sendo suficiente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relaxar a prisão provisória da acusada se evidenciado que o Juízo singular vem adotando todas as providências necessárias para o regular andamento do feito.

4. O princípio da razoabilidade permite o alargamento dos prazos legais para a prática dos atos processuais quando são vários os réus e a causa é complexa.

5. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa. Súmula 52 STJ.

6. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada. (HC 116.910/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2009, DJe 02/03/2009)

No tocante ao pedido alternativo, qual seja, de se fazer aplicar a causa especial de redução de pena prevista no art. 46 da Lei n.º 11.343/06, em seu patamar máximo, por, supostamente, não ter sido capaz a paciente, à época do crime, de se determinar de acordo com o entendimento do caráter ilícito do fato, tem-se que o tema não foi objeto da apelação (fl. 208):

GEOVANIA DA SILVA foi condenada à pena de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão no regime inicial fechado, e ao pagamento de 933 dias multa pela prática do crime de tráfico de drogas em associação, previsto no art. 33 *caput* e art. 35, ambos da Lei 11.343/06.

Inconformada, recorre pleiteando a desclassificação para o crime de uso de drogas, sua absolvição do crime de associação para o tráfico, e alternativamente, requer a aplicação do §4º do art. 33 no seu grau máximo, a alteração do regime para o aberto e, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Parquet contra-arrazoa pela manutenção da sentença lançada.

O Parecer Ministerial opina pelo improvimento recursal.

Vê-se, inclusive, que a matéria sequer foi agitado pela defesa na petição do recurso apelatório (fl. 86):

Isto posto, espera a apelante, que seu recurso seja conhecido e provido, reformando a sentença recorrida absolvendo-a do delito de associação e para que haja a desclassificação do delito previsto no artigo 33, *caput*, para o artigo 28 da Lei 11.343/06, porém, caso não seja este o entendimento, que seja aplicada na dosimetria da pena a redução prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 e seja fixado o regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, por ser de direito e da mais lúdima justiça.

Em consequência, por tratar-se de tema não decidido pelo Tribunal de origem, fica impedida esta Corte de apreciá-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Confirmam-se os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I E III, DO CÓDIGO PENAL). CITAÇÃO POR EDITAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DOS MEIOS POSSÍVEIS PARA LOCALIZAR O ACUSADO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, da apontada ilegalidade da citação por edital do paciente, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pela Corte Estadual, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância.

INÉPCIA DA DENÚNCIA. APONTADA FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO PACIENTE. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente a conduta típica, cuja autoria é atribuída ao paciente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

2. No caso dos autos, a peça inaugural, como visto, explicita que o paciente, com unidade de desígnios e identidade de propósitos com o corréu, teria prendido ilegalmente a vítima, a torturado e matado no interior de uma delegacia, razão pela qual não há que se falar em defeito na inicial acusatória.

NULIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. MÁCULA NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRECLUSÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. As nulidades constantes da sentença de pronúncia devem ser arguidas no momento oportuno e por meio do recurso próprio, sob pena de preclusão. Precedentes.

2. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 146.059/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 01/09/2011)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU ACUSADO DE INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (CERCA DE 26,415 KG DE COCAÍNA). EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. FEITO COMPLEXO (SETE ACUSADOS). EXPEDIÇÕES DE CARTAS PRECATÓRIAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A tese relativa à inépcia da peça acusatória não pode ser conhecida, pois tal questão não foi analisada pelo Tribunal a quo. Assim, não compete a esta Corte antecipar-se em tal análise, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A prisão cautelar é medida extrema e excepcional, sendo imprescindível, para sua decretação, a demonstração de elementos concretos que demonstrem sua imprescindibilidade.

3. Na hipótese, a decretação da prisão preventiva do Paciente foi satisfatoriamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a suposta participação do Réu em organização especializada no crime de tráfico de drogas, cujo esquema criminoso, investigado mediante interceptação telefônica judicialmente autorizada, resultou na apreensão de grande quantidade de droga (26,415 Kg de cocaína).

4. Os prazos indicados para a conclusão da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, pois variam conforme as peculiaridades de cada hipótese, razão pela qual a jurisprudência os tem mitigado, à luz do Princípio da Razoabilidade.

5. Somente se cogita da existência de constrangimento ilegal, por eventual excesso de prazo para a formação da culpa, quando o atraso na instrução criminal for motivado por injustificada demora ou desídia do aparelho estatal.

6. No caso, a prisão cautelar do Paciente e Corréus ocorreu em 31 de outubro de 2009. Contudo, não se pode perder de vista que o processo é complexo, envolve pelo menos 07 (sete) acusados, com expedições, inclusive, de cartas precatórias para a oitiva de algumas testemunhas de defesa, tal qual salientou a Corte de origem.

7. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada, com recomendação de urgência na prolação da sentença.

(HC 195.866/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 16/06/2011)

É certo que a apelação devolve ao Tribunal toda a matéria objeto de controvérsia, razão pela qual a Corte federal não fica vinculada ao pedido formulado pela Defesa, podendo ir além, reconhecer nulidades de ofício e adotar medidas que de qualquer forma sejam mais benéficas ao réu, ainda que não pleiteadas.

Isso não significa, todavia, no meu entender, que a Defesa possa formular *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias ordinárias. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.

Por fim, tenho que o pretendido regime aberto ou semiaberto e a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos não encontram guarida.

Contudo, para que não parem dúvidas, é de bom alvitre tecer alguns



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comentários.

Tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 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 art. 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)

Assim, 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

Reconhecida a possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico de drogas previsto na Lei nº 11.343/06. Cabe ao Juiz, para estabelecer o regime prisional, avaliar o disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

No caso, o Tribunal de origem negou os pedidos de substituição e fixação de regime mais brando salientando que *"o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 44, e parte final do §4º do art. 33, ambos da Lei de drogas, julgado no HC 97.256 RS pelo STF abrange somente o tráfico na forma jurisprudencialmente conhecida como 'privilegiado', que não é o caso dos autos, vez que foi demonstrado nos autos que a apelante se dedicava para o tráfico de drogas, justificando também a fixação de regime mais brando para cumprimento da pena"* (fl. 213).

Conforme art. 42 da Lei nº 11.343/2006, 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"*, assim, o regime que se mostra razoável, na espécie, embora o *quantum* da pena não exceda a oito anos, é mesmo o fechado, sendo de todo descabida a pretensão do regime aberto ou semiaberto, porque, conforme firmou a instância ordinária, a paciente se dedica ao tráfico de drogas. O mesmo raciocínio se aplica à pretendida substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Veja-se, a propósito, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. ASPECTOS OBJETIVOS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. INVIABILIDADE. 4. ORDEM DENEGADA.

1. Com o advento da Lei 11.343/2006, tornou-se mais rigoroso o tratamento daqueles que se entregam com frequência ao comércio de entorpecentes, deixando o benefício da redução constante do § 4.º do art. 33 ao traficante eventual, desde de que seja primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

2. No caso em apreço, o Tribunal de origem negou ao paciente a aplicação da minorante pleiteada, por reconhecer que ele se dedica à atividade criminosa do tráfico, diante do montante da substância entorpecente apreendida, bem como pelo modo como estava acondicionada (com etiquetas apontando uma das facções criminosas mais antigas e conhecidas do país, o Comando Vermelho).

3. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

4. O reconhecimento da não incidência da causa de diminuição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, implica na impossibilidade de substituição da aflição por restritiva de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo do inciso I do art. 44 do Código Penal.

5. 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 cominada ao delito de tráfico, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.

6. Na hipótese dos autos, no entanto, a conclusão de que o apenado se dedicava à traficância também deve ser levada em conta para o fim de fixar o regime mais gravoso, já que reclama maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido.

7. Ordem denegada.

(HC 197.688/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 28/11/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADE CRIMINOSA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido da possibilidade de afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 quando demonstrado o envolvimento em atividade criminosa para a prática do crime de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.

2. A regra excepcional do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida, não havendo que se falar, desta maneira, em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

3. Afastada a possibilidade de diminuição da pena privativa de liberdade, que ficou mantida no patamar de 5 anos de reclusão, não tem o paciente direito à modificação do regime para o inicial aberto.

4. Ademais, no caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 8 anos, levando em conta que ficou consignado no acórdão impugnado que o paciente se dedica a atividades criminosas, circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

5. Habeas corpus denegado.

(HC 190.327/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 10/02/2012)

Ante o exposto, conheço em parte do *habeas corpus* e, nesta extensão, denego a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0215292-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 218.050 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110155419 2011155149 307416420108120001

EM MESA

JULGADO: 28/02/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : GEOVANIA DA SILVA

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta parte, a denegou, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.