



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.486 - SP (2012/0091287-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : TATIANA MENDES SIMÕES SOARES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO CARVALHO DE FIGUEIREDO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO INCISO VI DO ART. 40 DA LEI DE DROGAS. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE COMPROVADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, 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: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha os seguintes requisitos, cumulativamente: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar a organização criminosa.

– Reconhecida a reincidência do paciente, inviável a incidência da minorante em questão, porquanto não satisfeitas as exigências para a concessão da benesse.

– Comprovado pelas instâncias ordinárias a participação de adolescente na prática do delito, não há se falar em afastamento da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento do inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas. Entender de modo diverso, desconstituindo o estabelecido, demandaria o reexame completo e aprofundado das provas e fatos constantes dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

– 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.

– Apesar de a pena ter sido fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu - apreensão de expressiva quantidade de drogas: 20,8g de crack, 31 cápsulas contendo um total de 24,5g de cocaína e 35 cápsulas perfazendo um total de 73,5g de maconha -, justificam a imposição do regime inicial fechado.

– Mantida a condenação do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 do CP.

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 abril de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.486 - SP (2012/0091287-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : TATIANA MENDES SIMÕES SOARES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO CARVALHO DE FIGUEIREDO

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de RENATO CARVALHO DE FIGUEIREDO, contra ato do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, inciso VI, 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.

Inconformado, o paciente interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença.

No presente *writ*, sustenta a impetrante que a reincidência não tem o condão de afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, afirmando que, embora seja o paciente reincidente, não integra organização criminosa, tão pouco se dedica à atividades delituosas, requerendo seja aplicada a referida causa de diminuição. Pleiteia, ainda, pela exclusão da majorante do art. 40, inciso VI, do mesmo dispositivo legal, ao argumento de que não restou comprovado o envolvimento do adolescente na conduta. Por fim, restabelecida a pena, pugna pela fixação do regime inicial aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 38).

Prestadas informações, o Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 80-86).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.486 - SP (2012/0091287-3)

VOTO

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

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso especial. Confira-se:

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus "como substitutivo de recurso no processo penal"*. Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, 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:

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, '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, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

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

Todavia, passo à análise do pedido deduzido diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como visto, um dos pedidos desta impetração diz respeito à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, afirmando-se que o paciente, mesmo sendo reincidente, faz jus à minorante, ao argumento de que não integra organização criminosa nem se dedica a atividades delituosas.

O aludido dispositivo estabelece que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha os seguintes requisitos, cumulativamente: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar a organização criminosa.

No édito condenatório, o magistrado de primeiro grau, ao negar a aplicação do redutor da pena, assim fundamentou (fls. 22-23):

No que se refere à incidência da causa de diminuição, em que pesem os argumentos expostos pela Defensoria Pública, não merece prosperar o argumento que proclama pela violação do princípio da proporcionalidade. A bem da verdade, o legislador procurou abrandar a situação de quem reunisse aspectos subjetivos favoráveis, não sendo a primariedade o único fator. Com efeito, também devem ser levados em conta a presença de bons antecedentes e a ausência de vínculos com outras atividades ou mesmo com organizações criminosas. De qualquer modo, a diminuição admite variáveis e que são delimitadas por parâmetros encontrados em todo o sistema penal, ou seja: de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). A amplitude abstratamente prevista deve, portanto, ser preenchida pela atividade jurisdicional mediante motivação pormenorizada. É o recurso de que se vale o legislador penal em tantas outras hipóteses já consagradas no sistema punitivo. Tome-se como exemplos o furto privilegiado (art. 155, parágrafo segundo do CP), o estelionato privilegiado (art. 171, parágrafo primeiro do CP) e a receptação privilegiada (art. 180, parágrafo quinto segunda parte do CP).

Ou seja, movido por questões de Política Criminal e, atento à finalidade preventiva e ao caráter retributivo de toda e qualquer sanção penal, pretendeu o legislador apenas menos severamente o criminoso absolutamente eventual o que, note-se, é um critério absolutamente legítimo. Por sua vez, a fixação de parâmetros em tese amplos atende o princípio da individualização da pena, permitindo que o julgador aprecie as circunstâncias de cada caso, evitando-se, assim, o expediente da padronização.

Mas, ainda que se admitisse uma eventual violação ao princípio da proporcionalidade, a única solução plausível seria a desconsideração da norma e não a alteração de seu conteúdo para nela incluir a situação do reincidente. Com efeito, caso o raciocínio invocado pela Defensoria Pública fosse admissível, a inconstitucionalidade somente poderia levar ao afastamento da causa de diminuição, sob pena de empreender-se, pela via do Judiciário, atividade legislativa. Afinal, se a intenção do legislador foi a de abrandar a situação daqueles que reunissem aspectos subjetivos favoráveis, dentre os quais a primariedade, não poderia o Judiciário incluir o reincidente violando,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessa forma, a própria mens legis. Aliás, uma solução que tal seria manifestamente desproporcional por equiparar situações abertamente dispares - reincidente e primário.

Logo, a exegese mais adequada é aquela que conduza à consagração da causa de diminuição em favor dos agentes que se mostrarem aptos a receberem uma reprovabilidade menor e que impeça a aplicação da agravante da reincidência, por já ser este fator impeditivo do abrandamento resposta estatal.

A Corte a quo, por sua vez, consignou, *litteris*:

Por outro lado, o réu não faz jus a qualquer dos benefícios previstos na Lei de Tóxicos porquanto reincidente, fato que obsta a aplicação da redução prevista no artigo 33, parágrafo 40, da citada lei (fl. 32).

Verifica-se, então, que tanto a sentença quanto o acórdão ora combatido não acolheram o pedido de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, afirmando que o paciente é reincidente, afastando, portanto, os pressupostos autorizadores do reconhecimento da minorante.

Assim, reconhecida a reincidência do paciente pelas instâncias ordinárias, inviável a incidência da minorante em questão, porquanto não satisfeitas as exigências para a concessão da benesse.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76 (ART. 12, CAPUT). DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE QUE O USO DE DROGA NÃO PODE AGRAVAR A PENA A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA NÃO OCORRIDA NOS AUTOS. CONSIDERAÇÃO DA REINCIDÊNCIA QUE, NA VERDADE, DEU-SE EM RAZÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE, E NÃO POR USO. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. ESTABELECIMENTO DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA VINCULANTE N.º 26/STF. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. CRIME COMETIDO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA (LEX GRAVIOR). INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADO REINCIDENTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO SOMENTE PARA FIXAR COMO REGIME PRISIONAL INICIAL O SEMIABERTO.

1. Não há constrangimento ilegal no agravamento da pena a título de reincidência se tal consideração ocorreu por anterior prática de crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico, e não pelo mero uso de drogas, conforme alega a Defesa.

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que o Paciente é reincidente -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

{...}

7. Ordem parcialmente concedida, para fixar como inicial o regime prisional semiaberto. (HC 169.530/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 5.12.2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. 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.

2. Reconhecida pelo Colegiado Estadual a reincidência específica do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse.

3. 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.

4. Ordem denegada. (HC 147.271/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30.5.2012)

Com relação ao afastamento da causa de aumento do inciso VI do art. 40, da Lei n. 11.343/2006, sem razão, também, a impetrante.

Tem-se que o magistrado singular, ao admitir a participação do adolescente na conduta delituosa, assim consignou (fls. 20-21):

De qualquer modo, os depoimentos dos policiais não permaneceram isolados nos autos. Com efeito, foram confirmados pelos relatos apresentados pelo adolescente Gustavo Felipe quando de sua oitiva realizada perante o Juízo da Infância e Juventude. Naquela oportunidade, o menor admitiu, amplamente, o seu envolvimento no comércio de drogas, esclarecendo que a sua função era a de comercializar as substâncias, ficando o réu responsável pela guardava do produto da venda.

Não há, igualmente, razões plausíveis que levassem ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descrédito do relato apresentado pelo menor. Ora, caso pretendesse distorcer os fatos, teria simplesmente negado a sua responsabilidade pelo evento, atribuindo-a, exclusivamente, ao réu. No entanto, admitiu o seu envolvimento com o comércio de drogas, fornecendo detalhes bastante precisos sobre a divisão de atribuições e sobre os motivos que o impeliram ao envolvimento no tráfico de entorpecentes.

Nesse aspecto, a apreensão do numerário com o réu reforça a veracidade de tais declarações.

Por outro lado, sequer a versão ofertada pelo réu por ocasião de seu interrogatório judicial encontrou correspondência com as afirmações dadas pelo adolescente. Afinal, de acordo com o apurado, tanto um como o outro estavam o local e impelidos pelo mesmo objetivo, qual seja, a venda de drogas. Caso o r u ali estivesse, tão somente, para adquirir entorpecentes, não teria se dado ao trabalho de mexer no caminhão onde justamente estava guardada a pochete. De mais a mais, não seria crível tivesse o adolescente a intenção de também acusar, injusta e falsamente, uma pessoa que lhe seria desconhecida sem que, para tanto, J, auferisse qualquer vantagem processual.

As provas colhidas revelam, portanto, que o réu e o adolescente estavam subjetivamente associados para a prática do tráfico de drogas. Afinal, as circunstâncias em que foram detidos, vale dizer, de madrugada e em plena via pública, somadas à quantidade e a forma de acondicionamento das substâncias, tornam correta a imputação atribuída pela denúncia. Conforme apurado pelo laudo de exame químico toxicológico, tratavam-se de maconha e de cocaína, distribuídos em diversos papéletes, próprios para a rápida comercialização. E, nesse aspecto, vale registrar a divisão de tarefas. Enquanto ao menor incumbia a prática dos atos mais visíveis, ao réu cabia a guarda do dinheiro obtido o que, note-se, explica a apreensão do numerário em seu poder.

A Corte de origem, por sua vez, admitiu que (fl. 32):

Em suma, contexto probatório firme a amparar a condenação, não merecendo reparo a r. sentença. A causa de aumento do artigo 40, VI, da Lei 11343/06, realmente incide na hipótese, uma vez que para a prática do tráfico o acusado contava com a colaboração de adolescente.

Assim, comprovado pelas instâncias ordinárias a participação de adolescente na prática do delito, não há se falar em afastamento da causa de aumento do inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas. Entender de modo diverso, desconstituindo o estabelecido, demandaria o reexame completo e aprofundado das provas e fatos constantes dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, mais uma vez não assiste razão à defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 pelas circunstâncias em que ocorreu - apreensão de expressiva quantidade de drogas: 20,8g de crack, 31 cápsulas contendo um total de 24,5g de cocaína e 35 cápsulas perfazendo um total de 73,5g de maconha -, justificam a imposição do regime inicial fechado. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto do em. Min. Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do HC 249.101/MG:

*Consta dos autos ter o paciente sido condenado à sanção privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, **em regime inicial fechado**, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.*

(...).

*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 **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida, qual seja, 14,4g (catorze gramas e quatro decigramas) de cocaína, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante.*

Pelo mesmo motivo adrede exposto, não se mostra cabível a substituição da pena reclusiva por medidas restritivas de direitos (Quinta Turma, julgado em 23.10.2012, DJe de 30.10.2012).

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (METADE). QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 3. ORDEM DENEGADA.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade de droga apreendida autoriza a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 4 (quatro) anos (diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão), levando em conta a quantidade e diversidade de droga apreendida em poder do paciente (27 tubetes de cocaína e 4 trouxinhas de maconha), circunstância essa inclusive utilizada - como já visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

3. Habeas corpus denegado (HC 223.455/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 6.3.2012).

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 DESTE 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 IMPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).*

Por fim, mantida a condenação do paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0091287-3

HC 241.486 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50080708480 708488120088260050 990091976121

EM MESA

JULGADO: 04/04/2013

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. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TATIANA MENDES SIMÕES SOARES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO CARVALHO DE FIGUEIREDO

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.