



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.442 - AC (2013/0242016-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : ORLANDO NOGUEIRA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* 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. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime inicial diverso do fechado, bem como a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que 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".

4. A questão referente à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto sequer foi ventilada nas razões do recurso de apelação, razão pela qual tal matéria não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ainda que assim não fosse, não se vislumbra manifesta ilegalidade na imposição do regime inicial fechado, tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida em poder do paciente - 3.950 g de cocaína.

5. Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida - 3.950 g de cocaína - não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas Corpus* não conhecido, tornando sem efeito a liminar outrora deferida.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, cassada a liminar, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 29 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.442 - AC (2013/0242016-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : ORLANDO NOGUEIRA DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ORLANDO NOGUEIRA DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Acre (Apelação Criminal n.º 0003907-30.2010.8.01.0001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, sendo-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

Dosimetria para o acusado Orlando Nogueira da Silva, no que tange ao delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Primeira Fase:

Acerca da culpabilidade, tem-se, que nesta etapa, deve-se abordar o menor ou maior índice de reprovabilidade do agente, não só em razão de suas condições pessoais, mas também levando-se em consideração a situação em que o fato delituoso ocorreu.

(...)

Após um estudo detalhado dos autos, entendo que a culpabilidade não merece um grau de reprovação acentuado, tendo em vista não ser o acusado pessoa de fundamental importância na equipe criminosa.

No que tange aos antecedentes criminais, *in casu*, tais circunstâncias não têm o condão de majorar a pena-base.

(...)

Pois bem. Após um aguçado estudo dos autos, entendo que não há elemento capaz de taxar a conduta social anterior aos fatos, por parte do acusado, como inadequada.

A personalidade do agente não pode ser auferida pelo profissional do Direito. Cada indivíduo possui predicados próprios de sua personalidade, e o Magistrado, a meu ver, não dispõe de conhecimento suficiente para embasar um estudo a respeito da matéria.

Dai afirmar que tal análise deve ser elaborada por Psicólogo ou por outro profissional habilitado.

(...)

Pelas razões expostas, abro mão de pronunciar qualquer abordagem em deferência da personalidade do acusado, tendo em vista que a matéria foge da alçada deste Julgador.

Os motivos do crime estão relacionados aos fatores que levaram o agente a praticar o delito. Podem ser dignos ou desprezíveis. Entendo que no caso dos autos ficou patente que os motivos que levaram o acusado a ter em depósito e/ou guardar e transportar a droga era o lucro fácil, às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

custas do vício alheio, fato este de grande valia para exacerbação da pena.

Sobre as circunstâncias do crime, deve-se analisar as circunstâncias que circundam o exercício criminoso em debate, tais como: lugar, maneira de agir, ocasião, etc.. Destaca-se, ainda, a considerável quantidade de cocaína apreendida, qual seja 5 (cinco) "pacotes" de cocaína, pesando aproximadamente 3.950 g (três mil novecentos e cinquenta gramas), conforme laudo, p. 86/90. *In casu*, a quantidade e a qualidade da substância apreendida justificam uma majoração da pena-base, como bem salientou o ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar:

(...)

No que diz respeito às conseqüências do crime, os efeitos da conduta do agente, para a vítima ou para a coletividade, são de natureza grave, pois a conduta do acusado visou colocar em circulação, para consumo, grande quantidade de substância entorpecente, a qual, com certeza, tornar-se-ia causa de malefícios irreversíveis para a sociedade.

O comportamento da vítima, o Estado, em nada influenciou para a prática do crime em apreço, o que justifica um agravamento da pena neste instante.

Diante desses fatos, FIXO a pena-base em 06 (SEIS) ANOS de RECLUSÃO.

Segunda Fase:

Atenuo a pena em 01 (um) ano, em razão da confissão, com fulcro no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. Não existem agravantes a ser consideradas.

Terceira Fase:

Nesta fase incidirá a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, razão pela qual minoro a pena em 1/6 (um sexto) , ante a quantidade de droga apreendida em poder do acusado.

(...)

De outra banda, em atenção ao inciso V, do artigo 40, da Lei 11.343/06, majoro a pena em 1/6 (um sexto), haja vista a conduta do réu consistir em transportar a droga do Estado do Acre para o Estado do Mato Grosso.

Atendendo o disposto no art. 41 da Lei 11.343/06, minoro a pena em 2/3(dois terços), visto que a colaboração do réu foi efetiva desde a fase policial, identificando o co-autor do crime.

Assim sendo, fixo a pena definitiva e concreta no patamar de 01(UM) ANO e 8 (OITO) MESES de reclusão.

Aplico, ainda, a pena de multa, consistindo em 500 (QUINHENTOS) dias-multa, no mínimo legal.

O regime de cumprimento da pena será o inicialmente Fechado (fls. 368/379).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento, em acórdão assim fundamentado, no que interessa:

Orlando Nogueira da Silva:

Pena-base de 6 (seis) anos de reclusão. Atenuo a pena em 1 (um) ano, em razão da confissão. Por força do § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006, minoro a pena-base em 1/6 (um sexto), em face da grande quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida. Minoro, ainda a pena em 2/3 (dois terços), tendo em vista a colaboração do acusado desde a fase policial, tornando-a concreta e definitiva em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Mantenho o regime inicial fechado para o cumprimento da pena e a pena de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal.

Em relação ao pleito substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a meu ver, não deve ser atendido. O Apelante aceitou transportar 3.950 g (três mil novecentos e cinquenta gramas) de cocaína para outro Estado, pela quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Por outro lado, este já foi por demais beneficiado (fls. 512/513).

A Defesa interpôs recurso especial, o qual foi inadmitido na origem.

Interposto agravo em recurso especial perante esta Corte, restou improvido.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que o paciente é "primário, possuidor de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e tampouco integra organização criminosa, cuja pena foi fixada no mínimo legal, restando a reprimenda definitiva estabelecida em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão" (fl. 5).

Afirma ser possível o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a pretendida substituição, diante da "inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 111.840/ES" (fl. 5).

Invoca os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Requer, liminarmente, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como seja "suspensa a deflagração da execução criminal, até a decisão final de mérito da presente ordem" (fl. 10). No mérito, pretende a reforma do acórdão guerreado para que seja alterado o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi deferida pelo eminente Ministro Felix Fischer, Presidente desta Corte, no período de férias forenses (fls. 694/700).

Foram prestadas informações às fls. 707/709 e 712/729.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Sílvia de Meira Luedemann, pela denegação da ordem (fls. 731/737).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.442 - AC (2013/0242016-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* 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. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime inicial diverso do fechado, bem como a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que 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".
4. A questão referente à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto sequer foi ventilada nas razões do recurso de apelação, razão pela qual tal matéria não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ainda que assim não fosse, não se vislumbra manifesta ilegalidade na imposição do regime inicial fechado, tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida em poder do paciente - 3.950 g de cocaína.
5. Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida - 3.950 g de cocaína - não há constrangimento ilegal a ser sanado.
6. *Habeas Corpus* não conhecido, tornando sem efeito a liminar outrora deferida.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Cumpre salientar, inicialmente, que, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Diante disso, 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.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se que a questão não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, fato que obsta sua análise por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

Com efeito, da leitura dos autos observa-se que a matéria em testilha sequer foi ventilada nas razões do recurso de apelação (fls. 449/453), razão pela qual o Colegiado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estadual não as apreciou.

Mister salientar que, embora o recurso de apelação devolva ao Juízo *ad quem* toda a matéria objeto de controvérsia, o seu efeito devolutivo encontra limites nas razões aventadas pelo recorrente, em homenagem ao princípio da dialeticidade, que rege os recursos no âmbito do Processo Penal, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte adversa, garantindo-se, assim, o respeito ao devido processo legal.

Dessarte, não tendo sido a questão em apreço enfrentada pelo Tribunal de origem, porquanto não instado a tanto pela Defesa, afigura-se inviável a sua cognição por esta Corte Superior. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE FALTA DE PROVAS QUANTO À AUTORIA DOS DELITOS. VIA IMPRÓPRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PREJUDICIALIDADE.

1. Matérias relativas à inexistência de provas ou de indícios suficientes de autoria, além de não se coadunarem com a via eleita, não foram suscitadas nas razões do *habeas corpus* originário e tampouco objeto de exame pelo Tribunal *a quo*. Por tal razão, não há como analisar as referidas teses, sob pena de se incorrer em vedada supressão de instância.

2. Transitada em julgado a condenação, resta superada a alegação de falta de fundamentação para a prisão cautelar.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, julgado prejudicado.

(HC 163.112/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012)

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MONTANTE DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. MATÉRIA NÃO SUSCITADA E NEM DECIDIDA NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO DE 1/6. PRETENSÃO PELO MÁXIMO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA

1. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça 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.

2. Se a matéria relativa à pretensa desproporcionalidade do montante de diminuição, referente à atenuante da confissão espontânea, não foi decidida na origem, porque não suscitada no momento oportuno, não merece conhecimento o *writ* no particular, sob pena de supressão de instância. Precedentes.

3. Concretamente fundamentada em um sexto a diminuição da pena, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira fase da dosimetria, dada a apreensão de grande quantidade de droga (mais de 9 quilos de cocaína), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nesta extensão, denegado.

(HC 190.572/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 14/05/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. TESE NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A suposta ilegalidade de uma interceptação telefônica realizada no curso de investigação policial não foi analisada pelo Tribunal de origem na ocasião do julgamento do recurso de apelação, até porque, segundo se depreende da leitura do acórdão impugnado, tal tese deixou de ser levada a sua apreciação, o que impede o conhecimento da matéria diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

2. Ainda que assim não fosse, não se desincumbiu a impetrante do ônus de demonstrar que a degravação mencionada no acórdão objurgado se refere especificamente à escuta realizada no dia 2.8.2005, que alega não estar abrangida por autorização judicial.

3. Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que demonstrem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, providência não efetivada pela impetrante.

EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. REQUISITOS PARA O BENEFÍCIO. ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O pedido de progressão de regime prisional deve ser formulado perante o Juízo da Vara das Execuções, a quem cabe a análise do eventual preenchimento, pelo condenado, dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão do benefício.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 230.781/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 03/05/2012)

Ainda que assim não fosse, não se vislumbra flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado, tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida em poder do paciente - 3.950 g de cocaína (fl. 177).

Na mesma senda, tenho que negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi devidamente fundamentada, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Verifica-se, *in casu*, que a benesse foi negada pela Corte de origem em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida - 3.950 g de cocaína (fl. 177) - substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causadora de efeitos extremamente deletérios.

Com efeito, nos termos do art. 42 da Lei n.º 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".

Nesse diapasão, o Tribunal *a quo* entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, porquanto a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida demonstram que a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza e na quantidade da droga apreendida, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INCABÍVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado. Precedentes.

2. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

4. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. A negativa de abrandamento do regime inicial e o indeferimento do benefício da substituição da pena estão justificados em elementos concretos, tendo em vista a quantidade e qualidade dos entorpecentes expostos à comercialização - 20 eppendorfs de cocaína e 29 porções de crack -, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 255.661/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** da impetração, tornando sem efeito a liminar outrora deferida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0242016-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 274.442 / AC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00039073020108010001 001100039074 1100039074 39073020108010001

EM MESA

JULGADO: 29/08/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE	: ORLANDO NOGUEIRA DA SILVA
CORRÉU	: JARBAS SOARES DE LIMA

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem , cassada a liminar, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.