



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 242.026 - ES (2012/0095490-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**ADVOGADO** : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PACIENTE** : ADRIANO ALVES ROSÁRIO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.*

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. AGENTE REINCIDENTE. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, necessário o preenchimento de todas as condições elencadas na lei, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

2. Constatando-se a **reincidência do agente**, ausente ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. AGENTE REINCIDENTE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL. PREJUDICIALIDADE DO MANDAMUS NESSE PONTO.

1. Ausente ilegalidade na reprimenda fixada pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 44, I e II, do CP.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 242.026 - ES (2012/0095490-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PACIENTE : ADRIANO ALVES ROSÁRIO

### RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ADRIANO ALVES ROSÁRIO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que negou provimento à Apelação Criminal n.º 024100031269, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, no regime fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não haveria justificativa para a negativa de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em razão dos maus antecedentes, como procedido pelo Juízo sentenciante, uma vez que "*os documentos de fls. 52/53 não tem o condão de comprovar os antecedentes do acusado*", uma vez que se trata de extrato de andamento processual retirado da *intranet* do TJES, os quais não valeriam como certidão (fls. 3), salientando que deveria ser aplicada a minorante no patamar máximo.

Alega que, com a pretendida redução, o paciente preencheria os requisitos para a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06.

Requeru, liminarmente, a suspensão da execução da pena imposta ao paciente até o julgamento final deste *writ*, e, no mérito, pugna pela aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo, bem como pela conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.  
É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.026 - ES (2012/0095490-7)

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que ADRIANO ALVES ROSÁRIO foi condenado, em primeira instância, à sanção de 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia **29-1-2009**, juntamente com outro agente, conforme consta do acórdão impugnado, *"com Alexsandro foram encontrados 41 (quarenta e um) papелotes da substância entorpecente conhecida como cocaína e 105 (cento e cinco) pedras de substância semelhante a crack. Já com Adriano foram apreendidas 35 (trinta e cinco) pedras da substância conhecida como crack"* (fls. 47).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a sentença condenatória.

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante, após reconhecer a reincidência do paciente, entendeu inviável a aplicação da benesse, nos seguintes termos:

*Não vislumbro a possibilidade de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ante a ausência dos requisitos legais, tendo em vista a comprovação de que o réu possui maus antecedentes, circunstância impeditiva do benefício. (fls. 36)*

A Corte Estadual, por sua vez, houve por bem manter a negativa, com as seguintes considerações:

*Da mesma forma, penso que não procede a pretensão*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*recursal dos apelantes no tocante ao pleito de aplicação/majoração da fração constante no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas.*

*É que o acusado Adriano não faz jus ao privilégio estabelecido no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, ante a comprovação nos autos da dedicação às atividades criminosas, fazendo dele o seu meio de vida, visto já ter outras condenações criminais definitivas (documentos de fls. 52/53).*

*Com efeito, tal minorante especial destina-se exclusivamente aos traficante eventuais ou ocasionais, meros debutantes no mundo do crime, caso preencham todos os pressupostos cumulativos legais (réu primário, portador de bons antecedentes, sem dedicação às atividades delituosas, nem participação em organização criminosa), distinguindo-os daqueles contumazes, passíveis de representar maior periculosidade social, como é o caso do recorrente. (fls. 50)*

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

E, no caso dos autos, as instâncias ordinárias, além de reconhecerem a ocorrência da **reincidência do agente**, também entenderam que o paciente **dedica-se às atividades criminosas**, e assim afastaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário e não dedicar-se à atividade criminosa.

E, da documentação que instrui a inicial, constata-se a existência de certidão cartorária (fls. 51 dos autos principais, aqui fls. 14), dando conta da existência do registro de outros processos, além daquele, em nome de ADRIANO, cujos andamentos foram colacionados na sequência, ali incluídos os mencionados pelo Tribunal para apontar que havia sido condenado em outras duas ações penais anteriores, haja vista a anotação de que se aguardava o cumprimento da pena nos referidos processos, bem como da existência de guia de execução remetida a Vara de Execuções Penais naqueles autos (fls. 52-53 dos autos principais, aqui fls. 15 e 16),





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constando ainda o registro do envolvimento do réu em outras 8 (oito) ações penais (fls. 54-61 dos autos principais, aqui fls. 17-24).

Dessa forma, e tendo em conta que: a) a tese de invalidade dos documentos de fls. 52-53 dos autos principais não foi objeto de exame pela Corte originária, o que impediria sua análise diretamente por esta Corte Superior, dada a sua incompetência para tanto e ainda sob pena de indevida supressão de instância; b) não foi juntada aos autos a folha de antecedentes criminais atualizada do acusado, de onde se poderia aferir eventual inadequação na análise das condenações anteriores por ele ostentadas; e c) verificando-se ainda que o sentenciante fez menção à existência de "*certidão quanto aos antecedentes do corréu ADRIANO ALVES ROSÁRIO a fls. 201-202*" (fls. 28), é que não se pode, na via restrita do *habeas corpus*, ação constitucional que exige prova pré-constituída do direito dito violado, afastar a conclusão acerca da reincidência do paciente, óbice maior à concessão do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

E, como já se decidiu:

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. RÉU REINCIDENTE E QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.*

*1. O Paciente foi preso em flagrante, no dia 01 de dezembro de 2007, e condenado à pena de 06 anos, de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque trazia consigo, para entrega ao consumo de terceiros, 18,6g de "cocaína", acondicionados em dezenove cápsulas e 13,4g de "maconha", fracionados em seis porções individuais.*

*2. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente é reincidente, o que por si só impede a concessão do benefício, e não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa.*

*3. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e II, do Código Penal.*

*4. Quando descabida a substituição da pena privativa de liberdade*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*por restritiva de direitos, o regime prisional inicial fechado é obrigatório ao condenado pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, sobretudo em se tratando de réu reincidente.*

*5. Habeas corpus denegado.*

*(HC 191.167/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012)*

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. ORDEM DENEGADA.**

*1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de ser inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito secundário do art.*

*12, da Lei nº 6.368/76, porquanto não se admite a combinação de leis, ainda que em benefício do réu.*

*2. Em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, e, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu.*

*3. No caso dos autos, reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa.*

*4. Ordem denegada.*

*(HC 168.040/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 20/08/2012)*

Desta forma, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçaram a sua incidência *in casu*.

Mantida a reprimenda do paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 44, I e II, do CP.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0095490-7

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 242.026 / ES**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1012010 24100031269

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                      |
|------------|------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO     |
| ADVOGADO   | : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO    |
| PACIENTE   | : ADRIANO ALVES ROSÁRIO                              |
| CORRÉU     | : ALEXSANDRO NASCIMENTO 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 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 Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.