



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.960 - ES (2012/0174538-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : ONOFRE CAMILO DUQUE E OUTRO
ADVOGADO : ONOFRE CAMILO DUQUE E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : BENEDITO ROSA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESENÇA *WRIT* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– As instâncias ordinárias, com base nas provas produzidas nos autos, entenderam que o paciente se dedica à atividade criminosa. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

– O Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado, de forma concreta e fundamentada, destacando a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a quantidade e a diversidade de drogas apreendida, o que autorizava a imposição do regime inicial mais gravoso.

– *Habeas corpus* não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 22 de setembro de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.960 - ES (2012/0174538-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : ONOFRE CAMILO DUQUE E OUTRO
ADVOGADO : ONOFRE CAMILO DUQUE E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : BENEDITO ROSA DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Benedito Rosa da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão e multa, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como à pena de 2 (dois) anos de reclusão, por porte ilegal de arma de fogo, totalizando 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, à qual foi negado provimento.

No presente *writ*, sustenta, em síntese, estarem preenchidos todos os requisitos legais necessários à aplicação da causa de diminuição descrita na Lei de Drogas (art. 33, § 4º), bem como a fixação de regime menos gravoso para o resgate da reprimenda.

Requer, liminarmente, que seja diminuída a pena em seu grau máximo, bem como fixado regime inicial mais brando para o seu cumprimento.

Indeferida a liminar (fl. 172) e prestadas informações (fls. 176/182), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 185/190).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 251.960 - ES (2012/0174538-0)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de eventual ilegalidade.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, imposição de regime mais brando para início do cumprimento da pena.

O juiz sentenciante, no pertinente, consignou (fls. 88/97):

Em relação ao delito descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06: a culpabilidade foi intensa, pois o réu agiu com total consciência da ilicitude da conduta, sendo o grau de reprovabilidade muito elevado, os antecedentes não registram condenação anterior; a personalidade não pode ser aferida pelos elementos colhidos nos autos, pois não há exame técnico sobre o assunto; a conduta social não ficou esclarecida; os motivos do crime não favorecem; as circunstâncias também não são favoráveis, considerando o lugar, maneira de agir e o tempo de atuação na traficância; as consequências são inerentes ao tipo; o comportamento da vítima em sendo a sociedade, resta prejudicado; e a condição econômica não ficou esclarecida.

Considerando tais circunstâncias, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, hei por bem fixar a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e em 500 (quinhentos) dias de multa reduzo 05 (cinco) meses da pena privativa de liberdade por militar em prol do réu a atenuante da confissão espontânea; não há agravante.

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 que o réu atuava na traficância associado a terceira pessoa, dedicando-se à atividade criminosa com habitualidade, circunstância que impede o reconhecimento do benefício legal.

Não há causa de aumento de pena a considerar, razão pela qual torno o apenamento, em definitivo para esse delito, EM 05 (CINCO)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANOS E 07 (SETE) MESES DE RECLUSÃO E EM 500 (QUINHENTOS) DIAS DE MULTA, à míngua de qualquer outro motivo a considerar.

(...)

A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime prisional fechado, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas - equiparado a hediondo - não é possível flexibilizar a norma inserida no artigo 2º da lei 8.072/90, com a vigência da lei 11.464/07, de 29 de março de 2007, que prevê o regime apropriado para cumprimento da pena o inicialmente fechado.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito por não preencher os requisitos do artigo 44, I e III, do Código Penal, não só em razão do quantum, mas também porque as evidências de que o réu vinha atuando na traficância, indicam que a substituição não seria suficiente para a reprovação do delito e cumprir as funções da pena.

O Tribunal a quo negou provimento ao apelo defensivo, nestes termos (fls.

158/164):

A causa de diminuição prevista no § 4º art. 33 não foi aplicada, conforme fundamentação adequada do Exm.º Magistrado na sentença condenatória, devido o acusado dedicar-se a atividade criminosa com habitualidade.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, era entendimento pacificado neste Colegiado, que nas condenações por crime considerado hediondo, a pena deveria ter regime inicial fechado, aplicando-se o art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90.

Todavia, revi meu posicionamento, assim como os demais colegas que compõem este Colegiado, após o julgamento do HC 111 840/ES, que declarou, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da mencionada norma, permitindo a fixação do regime de cumprimento de pena de acordo com os artigos 33 e 59 do CP e 42 da Lei de Drogas, já com a nova redação dada pela Lei 11.464/07.

Com base no art. 33, §2º, alínea 'b' do Código Penal, e pela análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo Diploma, sendo que o acusado possui muitas circunstâncias judiciais desfavoráveis, mas principalmente pela quantidade e diversidade de drogas apreendidas com o apelante, mantenho o regime inicial de cumprimento de pena no fechado.

Desta feita, assinalo que este tipo de crime merece combate rigoroso e punição proporcional ao gravame que este delito causa no seio da sociedade, ante os prejuízos não só materiais, como também institucionais. Este crime é lamentável e repugnante, a ação dos traficantes tem trazido uma série de malefícios aos brasileiros, mormente os jovens, os quais, ao se enveredarem por esse caminho, não raro, sem volta, na vã ilusão de que irão melhor usufruir o presente, acabam sacrificando seu futuro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, acompanhando integralmente o entendimento da Douta Procuradoria de justiça nego provimento ao apelo do acusado. É como voto.

Analisando os autos, constata-se que as instâncias ordinárias, com base nas provas produzidas nos autos, entenderam que ela se dedica à atividade criminosa. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. FALTA DE CABIMENTO DO WRIT.

1. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

2. **Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) ser o agente primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedicar a atividades delituosas; e d) não integrar organização criminosa.**

3. **No caso, se as instâncias ordinárias entenderam que o paciente não atende aos requisitos legais expressos no referido § 4º, porquanto se dedica a atividade criminosa, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar as circunstâncias do caso concreto nem o conjunto de provas para chegar a conclusão diversa.**

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 316.636/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS NÃO CONDIZENTE COM O WRIT. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

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 contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

2. O intento de absolver o paciente pelos delitos aos quais foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado e de desclassificar o delito de tráfico para uso de substância entorpecente não se coaduna com a via angusta do writ, pois depende de aprofundamento probatório.

3. O § 4º do art. 33 da Lei 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.

4. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

(...)

7. Writ não conhecido (HC 172.717/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. 3. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. 4. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE AFETO À PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS. 5. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 6. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. 7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

3. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido expressamente a impossibilidade de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o réu se dedica a atividades criminosas, não cabe a esta Corte, na via exígua do mandamus, afastar referida conclusão.

4. Existe constrangimento ilegal, a ser reparado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, quando o regime fechado de cumprimento de pena, no caso de condenação pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, é fixado com base apenas no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007.

5. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando não satisfeito o requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar que o Juízo da Execução reavalie, à luz do novo entendimento sobre a matéria, o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.

(HC 289.357/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 28/05/2014)

Quanto ao regime de cumprimento da pena, melhor sorte não assiste ao impetrante. Muito embora o Juiz de primeiro grau tenha fixação do regime inicial fechado com base apenas na hediondez do delito, constata-se que no julgamento da apelação o Tribunal *a quo* afastou em entendimento, contudo manteve o regime inicial fechado, de forma concreta e fundamentada, destacando a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a quantidade e a diversidade de drogas apreendida, o que autorizava a imposição do regime inicial mais gravoso.

São precedentes nossos:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO ARGUIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. A questão relativa à progressão de regime prisional não consta nas razões da petição inicial, nem sequer foi levada tal pretensão ao Juízo da Execução, razão por que não pode ser agora examinada, sob pena de inovação recursal.

2. No caso em exame, o Tribunal de origem apresentou fundamentos concretos para manter o regime mais gravoso, considerando especialmente a diversidade e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, além do fato de as circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao paciente, razão pela qual a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 308.942/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 16/4/2015)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

(...)

6. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, correta a decisão que impôs regime mais gravoso (fechado) para o início do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena.

7. A Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, suspendeu "a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS".

8. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o quantum da pena aplicada, estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

9. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 240.876/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/4/2013)

Dessa forma não vislumbro a existência de flagrante ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício, razão pela qual não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0174538-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 251.960 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 24110282993 2411114033241

EM MESA

JULGADO: 22/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ONOFRE CAMILO DUQUE E OUTRO
ADVOGADO : ONOFRE CAMILO DUQUE E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : BENEDITO ROSA 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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.