



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.595 - SP (2012/0162557-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOY BRIOLA SAQUILLO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºs 440 DESTA CORTE E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que a Paciente foi condenada às penas de 03 anos e 10 meses de reclusão e 389 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso nos arts. 33 e 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, foi surpreendida com 980g de cocaína quando tentava embarcar pelo Aeroporto Internacional de Guarulhos com destino ao Vietnã.

4. Na espécie, a natureza e a quantidade da droga apreendida justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

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 e conceder parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.595 - SP (2012/0162557-9)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE : JOY BRIOLA SAQUILLO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor JOY BRIOLA SAQUILLO, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, assim ementado:

"DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIGURADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CONFISSÃO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA, ART. 40, 1, DA LEI 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, ART. 33, § 40, DA LEI 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. PENA DE MULTA.

1. A materialidade e a autoria delitiva, bem como o elemento subjetivo do tipo, restaram demonstrados no decorrer do processo, através dos exames periciais juntados, (atestando ser cocaína a substância apreendida), fotografias, interrogatórios e depoimentos testemunhais.

2. A transnacionalidade do delito está configurada, pelo fato de a ré ter sido presa em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos, portando bilhete aéreo para viagem com destino final no Vietnã. Causa de aumento prevista no art. 40, 1, da Lei 11.343/06 aplicada em 1/6 (um sexto), uma vez que a acusada sequer deu início ao transporte da droga para o exterior.

3. A pena-base do delito de tráfico deve ser fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, com base na quantidade e natureza da droga em espécie (980g de cocaína), transportada dentro de compartimentos ocultos da bagagem da ré.

4. Reconhecida a circunstância atenuante de confissão, aplicada em 1/6 (um sexto), observando-se a Súmula 231 do STJ.

5. Reconhecida a aplicabilidade da causa de diminuição prevista no art. 33, § 40, da Lei 11.343/06, uma vez que as provas carreadas aos autos permitem deduzir que a acusada não integra organização criminosa, mas que cometeu o delito de forma eventual. Não obstante, é excessivo o quantum de ½/ (um meio) para a diminuição. Patamar restabelecido em 1/3 (um terço).

6. Prevendo o preceito legal a cumulação de pena privativa de liberdade com a pena de multa, é vedado ao julgador afastar a sua aplicação. O afastamento da multa, quando estabelecida pela lei em consonância com a Constituição Federal, caracterizaria decisão contra legem, o que deve ser rechaçado pelo Poder Judiciário.

7. O regime inicial de cumprimento de pena é o fechado, conforme a dicção do art. 20, § 10, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464/07.

8. *Presentes os requisitos do art. 44 do CP, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.*

9. *Apelações da ré e do MPF parcialmente providas" (fls. 85/86).*

A Paciente, presa em flagrante delito em 17/10/2010 e solta em audiência de instrução e julgamento realizada no dia 27/07/2011, foi condenada às penas de **03 anos e 10 meses de reclusão e 389 dias-multa, em regime inicial fechado**, como incurso nos arts. 33 e 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, foi surpreendida com **980g de cocaína** quando tentava embarcar pelo Aeroporto Internacional de Guarulhos com destino ao Vietnã. O acórdão transitou em julgado para as partes em 14/09/2012 (fl. 115).

Requer o Impetrante, em síntese, a diminuição da pena com base na incidência da regra prevista no § 4.º, do art. 33, da referida Lei, no **patamar máximo**, e o abrandamento do **regime de cumprimento da pena**.

Liminar indeferida à fl. 95.

Informações às fls. 114/116.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela **denegação da ordem** (fls. 120/125).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.595 - SP (2012/0162557-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºs 440 DESTA CORTE E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que a Paciente foi condenada às penas de 03 anos e 10 meses de reclusão e 389 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso nos arts. 33 e 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, foi surpreendida com 980g de cocaína quando tentava embarcar pelo Aeroporto Internacional de Guarulhos com destino ao Vietnã.

4. Na espécie, a natureza e a quantidade da droga apreendida justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haver entendido tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, o Impetrante pleiteia a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4.º da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo e o estabelecimento de regime prisional menos gravoso.

Para boa compreensão da controvérsia, confirmam-se as razões de decidir do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região:

"Reconheço igualmente a aplicabilidade da causa de diminuição prevista no art. 33, § 40, da Lei 11.343/06, uma vez que as provas carreadas aos autos, especialmente o próprio interrogatório judicial, permitem deduzir que a acusada não integra organização criminosa, mas que cometeu o delito de forma eventual. Com efeito, é verossímil a versão de que foi aliciada por pessoa conhecida ('NANCI') nas Filipinas e enviada à Bolívia e ao Peru para realizar o transporte de drogas, mas que, posteriormente, embora não mais desejasse realizar o tráfico, por ter descoberto que estava grávida, viu-se obrigada a realizar o crime, para retornar ao seu país.

Não obstante, considero excessivo o quantum aplicado pela MM.

Juíza a quo para a causa de diminuição, isto é, ½/ (um meio), e julgo adequado restabelecê-lo em 1/3 (um terço). [...]

O regime inicial de cumprimento de pena é o fechado, conforme a dicção do art. 201, § 11, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07.

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, verifico estarem presentes os requisitos do art. 44 do CP, de modo que julgo ser adequado manter a sentença condenatória tal como lavrada, neste determinado ponto." (fl. 83).

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da droga apreendida – 980 gramas de "cocaína" – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

I – As instâncias ordinárias não deixaram de justificar a aplicação da causa de diminuição em seu grau mínimo, pois se reconheceu que a quantidade de droga apreendida, bem como sua natureza, seriam fundamentos hábeis a aplicar a redução em seu patamar mínimo, ou seja, em 1/6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para fixar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.

III - A pena imposta ao paciente pela prática do crime de tráfico não desbordou dos lindes da proporcionalidade e razoabilidade.

IV - Ordem denegada." (STF, HC 106.611/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 03/03/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.

2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).

4. Habeas corpus denegado." (STF, HC 100.755/AC, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

Assim, não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

No tocante ao regime de cumprimento de pena, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO PATAMAR DE 1/2 (UM MEIO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FEDERAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente, preso em flagrante delito no dia 26/01/2011, foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, caput, c.c. o § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Na espécie, a natureza da droga apreendida - 44 (quarenta e quatro) porções de "cocaína" acondicionadas em pequenos tubos do tipo "eppendorf", com peso líquido de 33,4 (trinta e três gramas e quatro decigramas) -, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Afastado o óbice legal à conversão da pena privativa de liberdade em medidas restritivas de direitos, pela Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar o cabimento da conversão da reprimenda à luz do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, bem como para estabelecer o regime prisional adequado." (HC 245.858/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013.)

Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." (Súmula n.º 440 do STJ)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719 STF)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO PARCIALMENTE a ordem, de ofício, para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0162557-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 250.595 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201061190098436 98439120104036119

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOY BRIOLA SAQUILLO

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 e concedeu parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.