



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.597 - PR (2012/0155129-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : MÁRCIO ALESSANDRO SILVERO AQUINO
ADVOGADO : MÁRCIO ALESSANDRO SILVERO AQUINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : EDSON VAGNER DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. TRANSPORTE DE DROGAS EM ÔNIBUS PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DA MAJORANTE DO ARTIGO 40, III, DA LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) APLICADA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– Tendo sido encontrado no interior do bagageiro de ônibus coletivo uma mala contendo substâncias entorpecentes, não há se falar na exclusão da majorante do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, pois a simples utilização de transporte público para a circulação da substância entorpecente já é suficiente para sua aplicação. Precedentes.

– Tendo em vista o disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006, não há ilegalidade em decisão que aplica a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 dessa Lei em patamar diverso do máximo, em razão da variedade e expressiva quantidade de droga apreendida em poder do paciente - 8,3kg (oito quilos e trezentos gramas). Precedentes.

– O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão de reclusão, a gravidade concreta do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu, justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 11 de abril de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.597 - PR (2012/0155129-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : MÁRCIO ALESSANDRO SILVERO AQUINO
ADVOGADO : MÁRCIO ALESSANDRO SILVERO AQUINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : EDSON VAGNER DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de EDSON VAGNER DE OLIVEIRA, contra ato do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e pagamento de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.

Contra a sentença foram opostos embargos de declaração, que restaram desacolhidos.

Inconformado, o paciente interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que concedeu parcial provimento ao recurso para diminuir a fração relativa à majorante do art. 40, inciso II, da Lei n. 11.343/2006 para 1/6 (um sexto), e aumentar o percentual da redução do art. 33, § 4º, do mesmo dispositivo legal, para 1/3 (um terço), estabelecendo, assim, a reprimenda imposta ao paciente em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e pagamento de 387 (trezentos e oitenta e sete) dias-multa. Eis a ementa do acórdão:

PROVIDO. 1. Apesar de a sentença condenatória não ter enfrentado a completude das irresignações propostas pela defesa técnica do réu, sanou a nulidade quando o Juízo foi provocado a manifestar-se em sede de embargos de declaração. 2. A tese defensiva, arrimada na exclusão da ilicitude ante um suposto estado de necessidade, deve provar que diante da situação delitiva não tinha o agente outra opção senão assumir a responsabilidade pela ação. 3. Prega a doutrina que para afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antijuridicidade nesta situação, o agente deve, concomitantemente, preencher os seguintes requisitos: a situação de perigo; a atualidade do perigo; a involuntariedade na provocação do perigo; a inevitabilidade da situação de perigo; a defesa de um direito; balanceamento dos bens em conflito; colisão de deveres; a inexigibilidade do sacrifício. 4. A simples menção à causa geral de diminuição prevista no artigo 24, § 2º, do CP, não impõe ao julgador exaurir as hipóteses de cabimento ou não à espécie. 5. O fato de o apelante trazer consigo o entorpecente dentro de transporte coletivo é motivo suficiente para a incidência da causa especial de aumento referente ao artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, restando desnecessária eventual demonstração de que pretendia disseminar a mesma dentro do veículo. 6. A causa especial de diminuição aposta no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, é de direito subjetivo do réu, estando dentro da discricionariedade do julgador apenas a fração a ser aplicada. Portanto, a modulação da diminuição deve vir acompanhada de suficiente e idônea fundamentação, que analise as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, conjugadas com o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006. 7. O §1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação concedida pela Lei nº 11.464/07, impõe a fixação de regime inicialmente fechado para o crime de tráfico de drogas, visto ser o mesmo equiparado a hediondo.

No presente *writ*, sustenta o impetrante que a incidência da majorante do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 somente ocorre quando o agente tem intenção de comercializar a droga em um dos estabelecimentos descritos no mencionado artigo, pelo que requer o afastamento da referida causa de aumento. Pugna, também, pela aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, ao argumento de que o paciente é primário, não se dedica a atividades delituosas, tampouco integra organização criminosa. Por fim, acolhido o pedido de redimensionamento da pena, pleiteia pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ou caso assim não se entenda, que seja fixado o regime aberto como o inicial para cumprimento da pena.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 90).

Prestadas informações, o Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 128-138).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.597 - PR (2012/0155129-2)

VOTO

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

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

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

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

No tocante ao pedido de exclusão da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem assim manifestou-se (fls. 38-43):

As provas constantes nos autos deixam evidente que o recorrente transportava a droga apreendida em uma mala, encontrada no bagageiro do transporte coletivo onde ocorreu sua prisão em flagrante.

A incidência da referida majorante em casos análogos ao presente é perfeitamente admitida pela jurisprudência pátria, senão vejamos:

{...}

É certo que o artigo 33, da Lei nº 11.343/06 é um tipo penal de conteúdo múltiplo, possuindo vários verbos e núcleos distintos, dentre os quais os de transportar, trazer consigo ou guardar o entorpecente, bastando o agente praticar uma das ações previstas para se consumar o delito.

Da mesma forma, verifica-se que a regra contida no artigo 40 da mesma lei não excepciona qualquer dessas condutas, razão porquê, incabível eventual alegação de que seria necessária a efetiva atividade de traficância, consubstanciada na comercialização da droga dentro de transporte público, para se aperfeiçoar a hipótese de aumento do inciso III.

Assim, sendo o apelante condenado pela prática do crime descrito no artigo 33, da Lei nº 11.343/06, e provado que o mesmo foi flagrado transportando entorpecentes dentro de ônibus de transporte público, estão plenamente evidenciados os elementos necessários para a aplicação da majorante prevista no inciso III, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, até mesmo pelo cumprimento do sistema trifásico da dosimetria penal.

Sobre a caracterização da referida causa de aumento, esta Corte tem entendimento jurisprudencial no sentido de que a simples utilização de transporte público para a circulação da substância entorpecente já é suficiente para sua aplicação. Nesse sentido os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRANSPORTAR DROGA UTILIZANDO ÔNIBUS PÚBLICO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ARTIGO 40, III, DA LEI 11.343/2006. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É certo que a causa especial de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas foi instituída com a finalidade de coibir a traficância em locais capazes de abrigar considerável quantidade de pessoas, punindo-se, pois, com mais rigor, aquele que exerce a atividade de traficância em tais circunstâncias.

2. Contudo, a interpretação meramente literal, sem levar em consideração o desvalor do resultado quanto à intensidade da lesão ao bem jurídico tutelado, desatende ao espírito da lei, o qual, ao que transparece, foi o de punir com maior rigor aquele que, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas, aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da Lei 11.343/06, e não apenas o comércio, justamente porque em locais como tais, mais fácil ao traficante passar despercebido à fiscalização, sendo maior, conseqüentemente, a reprovabilidade de sua conduta.

3. Assim, razoável o entendimento de que o aumento de pena previsto no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas não se limita apenas àquelas hipóteses em que o sujeito, efetivamente, ofereça a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam frequentando esses locais determinados, devendo incidir como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nesses lugares elencados pela lei, coibindo também aquele que se vale da natural dificuldade da fiscalização policial em transporte público para melhor conduzir a substância entorpecente.

4. A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que o simples fato de se utilizar transporte público como meio para concretizar o tráfico de substância entorpecente já caracteriza a aplicação da majorante legal.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.294.845/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 31.5.2012 - grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ATENUANTE DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE E INFRAÇÃO COMETIDA NO INTERIOR DE TRANSPORTE PÚBLICO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. MUTATIO LIBELLI. INOCORRÊNCIA.

1. A existência de circunstâncias atenuantes não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231/STJ.

2. A considerável quantidade de entorpecente é justificativa idônea para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06 o patamar máximo previsto na norma de regência.

3. No caso, a paciente foi presa em flagrante quando trazia consigo, sob suas vestes, 872,96 g de cocaína (acondicionada em 80 cápsulas), advinda da Bolívia. Assim, não há ilegalidade na fixação do percentual inferior a 2/3 (dois terços).

4. É aplicável as causas de aumento da transnacionalidade e da infração cometida nas dependências de transporte público (art. 40, I e III, da Lei nº 11.343/06), uma vez que as instâncias de origem reconheceram que a paciente recebeu droga da Bolívia e que a transportava em um ônibus coletivo.

5. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ.

6. **De se ver que "conforme entendimento desta Corte Superior, sendo a droga encontrada em transporte coletivo público, tal fato se mostra suficiente para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 40, III da Lei 11.343/06" (AgRg no REsp 1.209.382/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2011, DJe 26/5/2011).**

7. O Tribunal de origem, em sede de apelação da acusação, consignou que "consta da denúncia e restou de todo provado o fato de que a ré transportava a droga em um ônibus da Viação São Luiz" (e-fl. 54), reconhecendo a causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em *mutatio libelli*, haja vista que houve pedido expresso, nesse sentido, no recurso interposto pelo Parquet.

8. Ordem denegada. (HC 124.471/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19.9.2011 - grifei)

Mesmo posicionamento é adotado pela jurisprudência da Suprema Corte:

*Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Utilização de transporte público. Incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06. Fixação do quantum relativo à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. Necessidade de fundamentação idônea. Inocorrência. Ordem parcialmente concedida. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a simples utilização de transporte público para a circulação da substância entorpecente ilícita já é motivo suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006 (dentre outros, HC 107.274/MS, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe-075 de 25.04.2011).** O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no 'quantum' reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto" (HC 99.440/SP, da minha relatoria, DJe-090 de 16.05.2011). Contudo, a fixação do quantum de redução deve ser suficientemente fundamentada e não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena. Como se sabe, "a quantidade e a qualidade de droga apreendida são circunstâncias*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que devem ser sopesadas na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de bis in idem” (HC 108.513/RS, rel. min. Gilmar Mendes, DJe nº 171, publicado em 06.09.2011). Ordem parcialmente concedida para determinar ao TRF da 3ª Região que realize nova dosimetria da pena, reaprecie o regime inicial de cumprimento de pena segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e avalie a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito conforme os requisitos previstos no art. 44 do CP. (HC 108523, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 14.3.2012 - grifei)

Assim, tendo sido encontrado no interior do bagageiro do ônibus coletivo uma mala contendo as substâncias entorpecentes, não há se falar na exclusão da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, estando o acórdão recorrido de acordo com a jurisprudência pátria.

Quanto à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, mais uma vez, sem razão a impetrante.

Verifica-se que a Corte *a quo*, ao redimensionar a fração de aplicação da referida causa de diminuição, consignou que (fl. 260):

Conflituosa é a situação, já que se o réu cumpre integralmente os requisitos, deveria ter outorgado em seu favor a fração máxima de diminuição.

No entanto, há que se ponderar a grande quantidade de drogas apreendida (oito quilos e trezentos gramas), incutindo diretamente na fração de diminuição. A diminuição (apesar de ser uma benesse subjetiva) não pode importar em mascaramento da punição, sob pena de a condenação perder seu caráter repressivo.

Assim, voto no sentido de alterar a r. sentença, para que a fração de diminuição referente ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, passe a ser de um terço (1/3).

Tem-se, então, que o acórdão ora combatido aplicou o redutor na fração de 1/3 (um terço), deixando de fixá-lo em seu grau máximo, tendo em vista a grande quantidade da droga apreendida.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a grande quantidade, *in casu*, 8,3kg (oito quilos e trezentos gramas) de maconha, é causa suficiente para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A propósito

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/2. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 260 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido transportando 16.600 kg de maconha.

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. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

4. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida - 16.600 kg de maconha - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

5. 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.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou 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 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

7. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

8. O regime prisional mais gravoso mostra-se adequado à espécie, diante da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, inclusive porque fixada a pena-base acima do mínimo legal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

9. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que a Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

10. Ordem de habeas corpus denegada (HC 195.400/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 23.10.2012).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. TRANSNACIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/3. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

(...).

2. O art. 42 da Lei n. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade da substância apreendida e a sua natureza - 941,8 g de cocaína - justificam a não aplicação do redutor no grau máximo de 2/3.

4. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do 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.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, Relator Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

6. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a paciente, conforme observado na sentença condenatória, não preenche os requisitos previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

7. Ordem denegada (HC 227.490/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 11.4.2012).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL 3. TRÁFICO DE DROGAS. 4. REDUÇÃO DA PENA-BASE. **APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006.** INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. UTILIZAÇÃO DA MESMA REGRA EM FINALIDADES E MOMENTOS DISTINTOS. 6. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 7. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...).

3. As penas-base foram fixadas um pouco acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a natureza e a quantidade de droga apreendida - 33,2 g (trinta e três gramas e dois decigramas) de crack e 104,2 (cento e quatro gramas e dois decigramas) de maconha -, fatos concretos que autorizam a majoração da reprimenda inicial no patamar adotado, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado, inexistindo, no ponto, flagrante constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Para a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 no patamar de 1/2 (metade), considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime; essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento indevido passível de ser remediado por meio deste writ

6. Não há que se falar, outrossim, em indevida violação do princípio do ne bis in idem na consideração da natureza e quantidade da droga em mais de uma etapa da dosimetria da pena, pois se trata de utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

7. Embora a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, constata-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em função da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que justificou a fixação de regime mais rígido que o inicialmente previsto na lei e a não concessão do benefício da substituição.

8. Habeas corpus não conhecido e não verificada a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de habeas corpus de ofício (HC 246.988/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 2.10.2012).

No que tange ao regime prisional e à substituição da pena privativa de liberdade, mais uma vez não assiste razão à defesa.

O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu - apreensão de expressiva quantidade de drogas: 8,3kg (oito quilos e trezentos gramas) de maconha -, justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto do em. Min. Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do HC 249.101/MG:

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

(...).

*No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, para além da pena ter sido fixada em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida, qual seja, 14,4g (catorze gramas e quatro decigramas) de cocaína, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante.*

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

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

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

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

2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 4 (quatro) anos (diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão), levando em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

(...).

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA INFRAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. MODO SEMIABERTO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Não obstante a sanção tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o modo fechado está justificado em razão da gravidade concreta da infração, dada a quantidade e a natureza do tóxico apreendido e demais circunstâncias que envolveram a prisão.

3. Ordem denegada (HC 244.870/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21.09.2012).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. 2. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo artigo, não sendo, portanto, o 'tráfico privilegiado' tipo autônomo.

2. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente apreendida, recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 249.249/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 30.10.2012).

Assim, constata-se não ser o caso de concessão da ordem de ofício, pois não há flagrante ilegalidade a sanar.

Pelo exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0155129-2

HC 249.597 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201000008703 20108703 8340690

EM MESA

JULGADO: 11/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MÁRCIO ALESSANDRO SILVERO AQUINO
ADVOGADO : MÁRCIO ALESSANDRO SILVERO AQUINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : EDSON VAGNER DE OLIVEIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.