



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.908 - SP (2012/0079462-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO
DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : LUÍSA YEME (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO PENAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO ESPECIALMENTE GRAVES. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMPROVAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DA DEDICAÇÃO DA PACIENTE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. DESCONSTITUIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAL E LEGAL DESFAVORÁVEIS. REGIME MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, 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: HC 221.200/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– O aumento da pena-base está devidamente fundamentado nas circunstâncias do caso concreto, que se revelaram especialmente graves, diante da apreensão de expressiva quantidade de entorpecente em poder da paciente (4.090g de cocaína), nos exatos termos dos artigos 59 do CP e 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

– A aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi afastada com base nos elementos colhidos nos autos, que demonstram, claramente, a dedicação da paciente às atividades criminosas. Para a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias, soberanas nas análises dos fatos, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*. Precedentes.

– A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Desse modo, 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 nesta Lei.

– No caso, não obstante a pena tenha sido fixada em 7 (sete) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial e legal desfavoráveis, justificam a fixação do regime mais gravoso, como previsto no art. 59, II c/c o art. 33, § 3º, do CP. Precedentes.

– A falta do implemento do requisito objetivo, pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, inviabiliza a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CP).

– *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, 19 de março de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.908 - SP (2012/0079462-4)

RELATORA : **MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : LUÍSA YEME (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de LUÍSA YEME, condenada como incurso nos artigos 33, *caput*, c/c 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que negou provimento a apelação defensiva (fls. 64/65), mantida a decisão condenatória nos seus próprios termos.

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante que: a) a natureza e quantidade da droga apreendida não pode ser considerada negativamente para majorar a pena-base, em detrimento da primariedade e dos bons antecedentes reconhecidos na sentença; b) a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é de rigor diante da ausência de comprovação do envolvimento da paciente na atividade criminosa; c) o regime adequado para o cumprimento da pena é o semiaberto; e d) por fim, requer, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.908 - SP (2012/0079462-4)

VOTO

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

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso especial. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame da questão de fundo, uma vez que possível a concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhada, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

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, '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, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 19.9.2012).

Assim, seguindo esta nova orientação da Suprema Corte, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido na impetração ante a possibilidade de existência de flagrante constrangimento que justifique a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo se extrai da decisão recorrida, a natureza e quantidade da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontrada - 4.090g de cocaína - foram consideradas para elevar a pena-base em 1 (um) ano acima do mínimo legal (fl. 57), bem como para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Por oportuno, transcrevo, as observações feitas pelo Tribunal de origem ao concluir pela não incidência da referida minorante da Lei de Drogas:

"Consigno, inicialmente, que é entendimento pacífico desta Turma que a figura apelidada de "mula", embora seja essencial ao êxito da traficância transnacional, não pode ser aprioristicamente considerada como integrante de organização criminosa.

Tal enquadramento somente é possível mediante a apresentação de provas do envolvimento estável e permanente do acusado com o grupo narcotraficante com o qual colaborou, ônus que compete à acusação.

Não se afigura lícita a presunção em seu desfavor, o que avilta inclusive a verificação empírica dos casos semelhantes, nos quais predomina a cooptação eventual de pessoas das camadas sociais mais pobres e menos instruídas, tentadas a aplacar suas premências financeiras com a incursão na criminalidade pontual.

Na hipótese dos autos, entretanto, o passaporte da acusada (fl. 94) informa inexplicada sequência de viagens da acusada ao Brasil em curto intervalo (03/10/2011, 16/10/2011 e 28/12/2010), intercaladas com entradas em países africanos diversos do seu (África do Sul em 17/10/2011, República Democrática do Congo em 19/10/2011, Zâmbia em 19/10/2011, Namíbia em 27/10/2011), de maneira incompatível com o padrão de vida declarado pela acusada, desponta como elemento revelador do seu envolvimento perene com a traficância internacional, se conciliado aos outros que emergem do contexto fático, a saber: transporte de elevada quantidade de cocaína e estadia injustificadamente longa no Brasil. (...)

Deste modo, embora não haja confissão da ré quanto à participação em organização criminosa, deduz-se que se encontram nos autos suficientes provas para a caracterização de óbice à concessão do benefício do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06." (fl. 61/62).

Observo, portanto, que não merece qualquer reparo a individualização da sanção penal.

Esta Corte tem entendimento firmado de que a valoração negativa da quantidade e natureza da droga nas diferentes fases da dosimetria da pena é perfeitamente possível e não caracteriza *bis in idem*. Além disso, por diversas vezes, esta Corte já se manifestou no sentido de que as circunstâncias do caso concreto quando se mostrarem especialmente graves, como na apreensão de expressiva quantidade de entorpecente em poder do agente, é causa suficiente para o aumento da pena-base, nos termos do previsto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos artigos 59 do CP e 42 da Lei de Drogas.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

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

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade de droga apreendida, qual seja, 24 porções de maconha, 26 pinos plásticos contendo cocaína e 24 pedras de crack.

3. 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 não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 5. Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao réu condenado a pena superior a quatro anos, que teve a pena-base fundamentadamente fixada acima do mínimo legal, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3.º, do Código Penal.

6. 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 III, do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 218.370/SP, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 28.2.2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. 3. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 4. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. NATUREZA DA DROGA ENCONTRADA EM PODER DA PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A pena-base foi fixada um pouco acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a culpabilidade, os motivos e a natureza da droga encontrada em poder da paciente (10 pedras de crack), 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.

3. Para a não aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, considerou-se, em especial, a natureza da droga (crack) e; essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste writ.

4. 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 trata-se de utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 249.813/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 17/12/2012).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ALEGADO BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Conforme entendimento sedimentado desta Corte, não há falar em *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza de droga para aplicação do redutor em fração aquém do seu máximo, mas sim na utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. No primeiro momento do sistema trifásico, os parâmetros do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei 11.343/2006 devem ser utilizados para fundamentar a pena-base, enquanto que na última fase da dosimetria os mesmos critérios serão observados para fixar a porcentagem da redução a ser imposta, em razão da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006.

- No caso concreto, a natureza e quantidade da substância apreendida - 3,4 kg (três quilos e quatrocentos gramas) de cocaína - são elementos hábeis a justificar a não aplicação da minorante em seu grau máximo de 2/3 (dois terços).

(...)

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu - comércio de expressiva quantidade de entorpecente: 3,4 kg (três quilos e quatrocentos gramas) de cocaína -, 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. (HC 203.546/MS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJe 25/2/2013).

Verifico, ainda, que o envolvimento da paciente com a atividade criminosa, mais precisamente com o tráfico internacional de drogas, está devidamente comprovado na decisão recorrida, mediante elementos concretos extraídos dos autos. Desse modo, se as instâncias ordinárias, soberanas nas análises dos fatos, em decisões fundamentadas, concluíram que a paciente se dedica à atividade delitiva, a modificação de tal entendimento exigiria o reexame de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO DA BENESSE. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO EM SENTIDO DIVERSO. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVAS. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que denega a ordem de habeas corpus em que se pleiteia a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão de ter sido consignado pelas instâncias ordinárias a existência de elementos concretos que demonstram a dedicação do paciente à atividade criminosa do tráfico de drogas.

2. Alcançar conclusão diversa, no sentido de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, providência inviável na via estreita do habeas corpus.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 237.858/DF, 6ª Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 5/9/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que as circunstâncias do caso concreto levaram a conclusão de que não se tratava de criminoso ocasional, mas sim que se dedicaria a atividades delituosas, haja vista que, no mesmo dia em que praticou o crime de roubo mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, foi surpreendido na posse de 2.970 gramas de maconha e de 21,34 gramas de cocaína.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

(...)

2. Ordem denegada.

(HC 243.852/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 24/8/2012).

Quanto ao regime prisional, observo que, *in casu*, o fechado é o indicado para o início do cumprimento da pena reclusiva.

Com a declaração de inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados pelo c. Pretório Excelso (HC 111.840/ES, em 27.6.2012), a definição 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 11.343/06, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese dos autos, apesar de a pena não ser superior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais e legais desfavoráveis à paciente autorizam a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 59, II c/c o art. 33, § 3º do CP.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU AO ATO DE INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, do CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO.

(...)

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, portanto, reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime fechado ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo Diploma Legal, ainda que se cuide de reprimenda inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

5. Ordem denegada. (HC 152.829/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 29/8/2012).

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. 2. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 3. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU PRESO CAUTELARMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. 4. ORDEM DENEGADA.

1. Caso em que o paciente - condenado à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, com circunstâncias judiciais desfavoráveis - teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, estando, portanto, perfeitamente justificada a imposição do regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(...)

4. Habeas corpus denegado. (HC 242.401/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 31/8/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. EXIGÊNCIA DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

(...)

1. Reconhecida a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há o que se falar em constrangimento ilegal na imposição do regime fechado, pois é realmente o que se mostra mais adequado para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevenção e repressão do delito denunciado no caso concreto, consoante o disposto no art. 33, § 2.º, alínea a, e § 3.º, do Código Penal. (...)

2. Habeas corpus julgado parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem. (HC 229.609/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 20/6/2012).

Por fim, mantida a condenação da paciente em 7 (sete) anos de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0079462-4

HC 239.908 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201161810020270 20273220114036181

EM MESA

JULGADO: 19/03/2013

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. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : LUÍSA YEME (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.