



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.988 - RJ (2010/0114210-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RONDINELI GOMES DE SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENDENTIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. 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, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, 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, Ministra Laurita Vaz, DJe 19.9.2012.

- A aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi negada ao paciente com base em elementos concretos extraídos dos autos que evidenciam sua dedicação às atividades criminosas. Além de possuir outras anotações em sua folha de antecedentes, inclusive pelo delito de tráfico de drogas, as circunstâncias em que o delito ocorreu comprovam a habitualidade na prática desse delito.

- Desse modo, se as instâncias ordinárias, em decisões fundamentadas, entenderem que o paciente faz da atividade criminosa seu meio de vida, a modificação de tal conclusão exigiria o reexame de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*.

- Mantida a pena do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, haja vista a impossibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porquanto ausente o requisito mínimo para sua concessão, qual seja, pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos de reclusão (art. 44, I, do CP).

Ordem não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 19 de fevereiro de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.988 - RJ (2010/0114210-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RONDINELI GOMES DE SOUZA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em benefício de RONDINELI GOMES DE SOUZA contra v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Irresignada, a defesa apelou. Em 7.6.2010, o e. Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso.

Eis a ementa do v. julgado:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POSSE DE ACESSÓRIO DE ARMA DE FOGO. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 132 DO CPC. PROVA. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º DA LEI 11343/2006. INAPLICABILIDADE. INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITO ANTE A VEDAÇÃO LEGAL.

Se a instrução se iniciou antes da entrada em vigor da lei 11719/2008, realizada, portanto, em conformidade com a lei vigente ao tempo de sua ocorrência, não cabe exigir a aplicação do princípio da identidade física do juiz, tanto mais que a doutrina vem admitindo a aplicação analógica do artigo 132 do CPC, com base no artigo 3º do CPP, aceitando que em caso de férias do juiz, cabe ao magistrado em exercício no juízo prolatar a sentença.

Um único carregador desmuniado desacompanhado da arma não realiza qualquer tipo da Lei 10.826/03, já que ausente o risco jurídico que justificaria a intervenção do Direito Penal na hipótese. Ademais, no caso concreto, não há laudo pericial que ateste a sua eficácia, nem tampouco a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

potencialidade lesiva.

Mantém-se a classificação dos fatos como tráfico de entorpecente se as circunstâncias da prisão aliadas aos depoimentos coesos dos policiais e das testemunhas confirmam a imputação da denúncia, por mais razão se nada há que comprove que o material apreendido com o réu se destinava a seu uso pessoal.

Não viola o princípio da presunção do estado de inocência reconhecer as anotações na FAC do réu como prova de conduta social inadequada, ainda mais se a sua menoridade foi considerada para fixar a pena intermediária no mínimo legal Não se opera a redução da pena como previsto no § 4 do artigo 33 da Lei 11.343/06 se a folha penal revela que o acusado se dedica a atividades criminosas (fl. 45).

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante que o paciente faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/20006, uma vez que preenche os requisitos legais. Afirma que as anotações criminais do paciente não podem ser valoradas para lhe negar a referida benesse, pois não transitaram em julgado. Requer, por conseguinte, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Informações prestadas às fls. 38-138.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela denegação da ordem (fls. 81-88).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.988 - RJ (2010/0114210-3)

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 ordinário. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o 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 amesquinhado, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

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 de 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso especial. Ademais, não vislumbro manifesta ilegalidade imposta ao paciente a ser sanada de ofício.

A aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi negada ao paciente com base em elementos concretos extraídos dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos que evidenciam sua dedicação às atividades criminosas. Além de possuir outras anotações em sua folha de antecedentes, inclusive pelo delito de tráfico de drogas, as circunstâncias em que o delito ocorreu comprovam a habitualidade na prática desse delito. Nesse sentido, o parecer do Ministério Público Federal:

Percebe-se que a incidência da diminuição de pena, prevista no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06, foi devidamente afastada, uma vez que restou demonstrado claramente o descumprimento dos requisitos exigidos para a sua configuração, diante da evidente dedicação do paciente às atividades criminosas.

Desse modo, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida (15 gramas de cocaína, acondicionadas em 60 embalagens plásticas) e a evidente dedicação do paciente à prática delitiva, diante das anotações constantes em sua ficha de antecedentes criminais, não se vislumbra nenhum constrangimento a ser sanado, uma vez que a não-incidência da causa de diminuição da sanção foi acertadamente fundamentada pelas instâncias ordinárias ante o descumprimento das condições legais (fl. 84).

Desse modo, se as instâncias ordinárias, em decisões fundamentadas, entenderem que o paciente faz da atividade criminosa seu meio de vida, a modificação de tal conclusão 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.

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, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe de 5/9/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Mantida a pena do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, haja vista a impossibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porquanto ausente o requisito mínimo para sua concessão, qual seja, pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos de reclusão (art. 44, I, do CP).

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0114210-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 176.988 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 116765820088190066 20080660118070

EM MESA

JULGADO: 19/02/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RONDINELI GOMES DE SOUZA

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

CERTIDÃO

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

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.