



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.113 - SP (2012/0089112-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : KAREEN PATRÍCIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEBER APARECIDO MARTINS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMPROVADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DESCONSTITUIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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 ordinário. 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 de 19.9.2012.

– A aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi negada com base nas circunstâncias concreta do delito, nos depoimentos colhidos nos autos, e nos antecedentes criminais do réu, tendo o Tribunal *a quo* concluído que o paciente faz da atividade criminosa seu meio de vida.

– Para a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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 11.343/06, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 6 (seis) anos de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (comércio de expressiva e variada quantidade de entorpecentes – 20 porções de crack, 2 porções de cocaína em pó e 6 de maconha) justificam a imposição do regime inicial fechado.

– Mantida a condenação do paciente em 6 (seis) anos de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do 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 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 241.113 - SP (2012/0089112-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : KAREEN PATRÍCIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEBER APARECIDO MARTINS

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 CLEBER APARECIDO MARTINS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento a apelação da defesa para manter a condenação do paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e art. 147, c/c art. 61, II, alíneas "b" e "c", ambos do CP, respectivamente, às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 4 (quatro) meses de detenção em regime semiaberto.

No presente *mandamus*, busca a impetrante a redução da pena imposta ao paciente, pela incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob alegação de que estão preenchidos os requisitos legais, e a quantidade ou o tipo do entorpecentes apreendido não são óbices para a concessão da benesse (fl. 3). Requer, por conseguinte, a modificação do regime de cumprimento de pena fixado para o delito de tráfico de drogas para o semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela denegação da ordem (fls. 75-83).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.113 - SP (2012/0089112-1)

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

De qualquer modo, importa consignar, ainda, não ser o caso de concessão da ordem de ofício, haja vista **a inexistência de manifesta ilegalidade**.

Em relação a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem afastou sua incidência com base nas circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do fato concreto, nos depoimentos colhidos nos autos, além da existência de maus antecedentes em desfavor do paciente, o que revelam sua dedicação a atividade criminosa.

A propósito transcrevo o trecho pertinente à questão, *in verbis*:

"Quanto à causa de diminuição de pena imposta pelo crime de tráfico de entorpecentes, o recurso não merece provimento.

Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, é indispensável que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Não resta dúvida de que tal causa de diminuição de pena é de ser aplicada apenas àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, como um pequeno deslize em sua vida, ainda que penalmente punível.

Aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida, mesmo que não tragam em sua folha de antecedentes condenações por outros crimes, não fazem jus ao benefício.

A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

No caso dos autos, ficou demonstrado que o apelante não pode, de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, pois, conforme bem fundamento pelo magistrado de primeiro grau, as declarações fornecidas pelos pais do apelante, aos policiais, comprovaram que ele de fato se dedicava a venda de drogas com habitualidade.

Por tais motivos, não é de ser aplicada a causa de redução de pena pleiteada pelo apelante Kleber, pois ficou comprovado que ele se dedicava à atividade criminosa.

***Além do mais, possui ele antecedente criminal, pela prática de grave delito contra o patrimônio, pelo qual foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de treze dias-multa, conforme comprovado pela certidão de fls. 79, o que também impede seja a ele aplicada a pretendida causa de diminuição de pena."* (fl. 34-35 - grifo nosso).**

Desse modo, se as instâncias ordinárias, em decisões fundamentadas, concluíram que o paciente faz da atividade criminosa seu meio de vida, e não se trata de um traficante ocasional, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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)

Quanto ao regime de cumprimento de pena, mais uma vez não assiste razão à defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados já foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Desse modo, configura manifesta ilegalidade a imposição do regime mais gravoso com base unicamente na **disposição legal** afastada pelo Pretório Excelso ou na **hediondez do delito**, como ocorreu na hipótese, *in verbis*:

"A traficância de entorpecentes é equiparada aos crimes hediondos, sendo expressamente vedada a concessão de regime diverso do fechado para início de cumprimento da reprimenda e, da mesma maneira, inadmissível a concessão do sursis ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos." (fl. 35).

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 11.343/06, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.**

No caso, **conforme estabelecido pela sentença condenatória**, o regime mais gravoso *"é o único adequado a espécie, levando-se em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis"*. Apesar de a pena não ter sido fixada acima de 6 (seis) anos de reclusão, a **gravidade concretas do delito**, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (variedade, quantidade e natureza das drogas apreendidas - **20 porções de crack, 2 de cocaína em pó e 6 de maconha**) justificam a imposição do **regime inicial fechado**. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA QUE NÃO SE IMPÕE. CASO CONCRETO.

1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado, no julgamento de agravo regimental, supera eventual violação ao princípio da colegialidade.

2. No caso, o regime mais rigoroso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo se tratando de pena inferior a 8 (oito) anos - diga-se, 3



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(três) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias -, levando-se em conta a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 29 (vinte e nove) pedras de crack.

3. Pelas mesmas razões, não se admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda mais quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não foram totalmente favoráveis ao agente, que teve a pena-base fixada acima do mínimo legal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Resp 1296166/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 21/11/2012).

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 244870/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 11.343/2006 não implica no afastamento da equiparação existente entre o 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, Quinta Turma, DJe 30.10.2012).*

Por fim, mantida a condenação do paciente em 6 (seis) 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: 2012/0089112-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 241.113 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12182010 426599320108260577 577100426591

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 : KAREEN PATRÍCIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA - DEFENSORA
PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CLEBER APARECIDO MARTINS

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.