



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.557 - ES (2012/0114306-9)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LUCIANO ROMUALDO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. PATAMAR CONCEDIDO DENTRO DA RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. As Turmas criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com ênfase na diversidade, na natureza e na quantidade do entorpecente apreendido, de acordo com o art. 42 da Lei legislação, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

4. No caso concreto, o magistrado sentenciante, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, aplicou-a de formas razoável e proporcional, em vista da quantidade de droga apreendida. Não sendo demonstrado, de plano, fato diverso capaz de fragilizar o acórdão condenatório, não prospera o pleito de realizar, através do *writ*, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

6. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Verificado que o regime inicial fechado foi fixado consoante preceituam os dispositivos acima e o art. 42 da Lei de Tóxicos, diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão da natureza e elevada quantidade de droga apreendida (43 papérolas de cocaína), não há que se falar em constrangimento ilegal.

8. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministro Campos Marques
(Desembargador Convocado do TJ/PR)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.557 - ES (2012/0114306-9)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LUCIANO ROMUALDO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CAMPOS MARQUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em favor de Luciano Romualdo dos Santos, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, a 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por ter sido preso em flagrante na posse de 43 (quarenta e três) papелotes de cocaína, no dia 28.3.2011.

Interposta apelação, nela sustentou-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 na fração máxima, bem assim a necessidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

Julgando o recurso, o Tribunal de origem negou provimento ao pedido.

Alega a impetrante, neste *writ*, que há constrangimento ilegal, em face da manutenção de regime inicial mais gravoso e pela ausência de fundamentação idônea na inaplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração máxima.

Pedido liminar indeferido (fls. 56/57).

Informações prestadas (fls. 66/75).

No seu parecer, o douto Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 79/82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.557 - ES (2012/0114306-9)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LUCIANO ROMUALDO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. PATAMAR CONCEDIDO DENTRO DA RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. As Turmas criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com ênfase na diversidade, na natureza e na quantidade do entorpecente apreendido, de acordo com o art. 42 da Lei legislação, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

4. No caso concreto, o magistrado sentenciante, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, aplicou-a de formas razoável e proporcional, em vista da quantidade de droga apreendida. Não sendo demonstrado, de plano, fato diverso capaz de fragilizar o acórdão condenatório, não prospera o pleito de realizar, através do *writ*, o revolvimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

6. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Verificado que o regime inicial fechado foi fixado consoante preceituam os dispositivos acima e o art. 42 da Lei de Tóxicos, diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão da natureza e elevada quantidade de droga apreendida (43 papелotes de cocaína), não há que se falar em constrangimento ilegal.

8. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.557 - ES (2012/0114306-9)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LUCIANO ROMUALDO DOS SANTOS (PRESO)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (RELATOR):

De início, é importante destacar que o *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, sendo restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, incontroversa, relativa a matéria de direito, cuja constatação independa de qualquer análise probatória.

Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Essa orientação foi aplicada pela Primeira Turma da Corte Suprema, no julgamento do HC nº 109.956/PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e do HC nº 114.550/AC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Destaco, ainda, o HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber:

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 heróico. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. TESES NÃO ALEGADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.

2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória, sendo de rigor a observância do devido processo legal,

3. Hipótese em que as teses arguidas sequer foram objeto da apelação, razão pela qual não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 131970, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgamento realizado em 28/8/12, DJe 5/9/12)

No entanto, considerando que este remédio constitucional foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

O pedido inicial expõe a tese da possibilidade da aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima, bem como a estipulação de regime prisional menos gravoso.

Não assiste razão ao impetrante quanto ao pleito de aplicação da causa especial de diminuição em seu patamar máximo.

O Supremo Tribunal Federal entende que, quando presentes os requisitos para a concessão da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o magistrado não está obrigado a aplicá-la em seu patamar máximo, dispondo de plena liberdade para fixar a redução do *quantum* adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO TERATOLÓGICA A ENSEJAR A SUBSTITUIÇÃO DA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO PELO RECURSO CABÍVEL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

...omissis...

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

5. Parecer do MPF pela denegação.

6. Preliminar de não conhecimento e, se conhecido, pela denegação." (HC 100.800, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.8.11, DJe-175 DIVULG 12.9.11 PUBLIC 13.9.11 EMENT VOL-02585-01 PP-00111)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acompanhando a orientação da Excelsa Corte, as Turmas Criminais deste Tribunal entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com ênfase nas natureza, diversidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/06, tendo por objetivo atender aos fins da reprimenda e à sua individualização, aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

Confira-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/2 (METADE) JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na escolha do redutor no patamar de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade da substância entorpecente apreendida - 104 (cento e quatro) buchas, totalizando mais de 200 g (duzentos gramas) de "maconha".

...

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, essa extensão, denegada a ordem." (HC 175.127/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6.9.11, DJe 13.9.11)

A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar o condenado neófito na infausta prática delituosa, configurados a primariedade e os bons antecedentes, além de não comprovada dedicação a atividades delituosas nem participação em organização criminosa. Sua aplicação deve ser de forma individualizada, dentro dos limites de 1/6 a 2/3, importando, para sua fixação, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza, a diversidade e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Veja-se o que disse o Tribunal de origem, ao manter a causa de diminuição no patamar mínimo e o regime fechado (fls. 44/46):

Consta dos autos que no dia 28/3/2011, policiais militares foram comunicados que um indivíduo estava num veículo Fiat Pálio de cor vermelha, escoltado por dois motociclistas, estaria retirando tabletas de drogas de uma residência, no bairro Santo Antônio II, Município de Cariacía.

No local dos fatos, os policiais viram três suspeitos em fuga, logrando êxito em deter o recorrente no banheiro da residência, tentando se livrar de uma sacola contendo em seu interior 43 (quarenta e três) papérolas de cocaína.

(...)

No caso em comento, o nobre magistrado de primeiro grau fixou a pena-base do apelante acima do mínimo legal, ou seja 6 (seis) anos de reclusão, e em 600 (seiscentos) dias-multa.

Seguindo na dosimetria realizada, o MM. Juiz, sopesando as circunstâncias do delito, aplicou a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, à razão de 1/6 (um sexto), reduzindo a reprimenda para o total de 5 (cinco) anos de reclusão, e ainda 500 (quinhentos) dias-multa.

(...)

Logo, a meu ver, a pequena elevação da reprimenda realizada pelo Juízo de primeiro grau justifica-se pela quantidade e natureza da droga apreendida. Além disso, considerando que a pena em abstrato para o crime de tráfico de drogas gravita entre 5 (cinco) e 15 anos, entendo que não houve desproporcionalidade ou excesso na fixação da pena-base.

Da mesma forma, penso que não procede a pretensão recursal do apelante na elevação da fração aplicada na minorante especial prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, mormente pelas peculiaridade do caso em comento (natureza e quantidade de droga apreendida, além de apetrechos e dinâmica da prisão, onde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

havia participação de terceiros), à luz do que dispõe o artigo 42 da Lei de Drogas.

(...)

Assim, o acondicionamento, a natureza, a quantidade de droga, a apreensão de apetrechos e concurso de pessoas envolvidas, evidenciam o profissionalismo do apelante, que em nada se assemelha aos meros debutantes no odioso crime de tráfico, o que, a meu, inviabiliza o aumento da fração minorane no presente caso.

Pelas mesmas razões, entendo como adequado o regime de cumprimento fixado (inicial fechado), como melhor forma de reprovação e prevenção do delito em tela, considerando também as circunstâncias do delito e da prisão do apelante, em observância ao que preceitua o artigo 33, § 3º, do CPB.

(...)

Como é sabido, o artigo 42 da Lei de Drogas prescreve que: "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"

Depreende-se dos autos que o magistrado sentenciante seguiu a vertente jurisprudencial das Cortes Superiores, ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do grau da causa especial de diminuição de pena, insculpida no estatuto de repressão às drogas, dentro da razoabilidade e de forma proporcional, considerando as peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido:

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 (UM SEXTO). PERSONALIDADE. CONDUTA SOCIAL. PACIENTE AGENTE PENITENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREJUDICIALIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO.

4. ORDEM DENEGADA.

1. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, as circunstâncias judiciais desfavoráveis - sendo o paciente agente penitenciário que introduzia drogas para os detentos de um Centro de Reabilitação -, autorizam 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 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 sendo a pena aplicada inferior a 8 anos (diga-se, 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão), levando em consideração as circunstâncias judiciais desfavoráveis, circunstâncias essas inclusive utilizadas para impedir a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo.

3. Mantida a pena definitiva do paciente, ele não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos.

4. Habeas corpus denegado. (HC 227.484/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 22.5.12)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.
3. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.
4. Mantida a pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos, sob pena de ofensa à regra prevista no art. 44, I, do Código Penal.
5. Embora a sanção não alcance 8 (oito) anos, as circunstâncias do caso – considerável quantidade e diversidade do entorpecente – autorizam o estabelecimento do regime fechado para o início da expiação.
6. Ordem denegada. (HC 213.270/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 9.5.12)

Outrossim, a impetrante não demonstrou, de plano, prova ou argumento capaz de abalar o acórdão impugnado. Destarte, a via estreita deste *mandamus* obstaculiza o revolvimento do conjunto fático que arrimou a condenação nas instâncias ordinárias.

De outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27.11.21, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464/07), e afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. *Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.*
2. *Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.*
3. *Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.*
4. *Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.*
5. *Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado."*

Na ocasião, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º, do art. 2.º, da Lei n.º 8.072/90, vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, porquanto cabe ao Magistrado particularizar a reprimenda do condenado, conforme as circunstâncias do caso concreto. No ponto, transcreva-se os fundamentos do voto do Ministro Relator DIAS TOFFOLI, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07."

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

No caso em apreço, verifico que o regime inicial fechado foi fixado consoante preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão da natureza e elevada quantidade de droga apreendida (43 papélotes de cocaína), o que afasta a alegação de qualquer constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E DIVERSIDADE DAS DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. SURSIS. PENA SUPERIOR A 2 ANOS. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
2. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".
3. Condenado o paciente à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por tráfico de 73 g de maconha, 23 g de cocaína e 7 g de crack, o regime mais adequado à espécie é o fechado.
4. Inviável a suspensão condicional da pena, uma vez que a reprimenda corporal foi fixada em patamar superior a 2 anos, o que impede a concessão da benesse, nos termos do art. 77, caput, do Código Penal.
5. Ordem denegada. (HC nº 220.725/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 30/4/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENHIDA QUE, POR SI SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

(...)

4. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. O Tribunal de Justiça a quo, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou que a quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta da ré, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, é adequado o regime prisional mais gravoso, diante da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

(...)

7. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 244.269/SP, Rel. LAURITA VAZ, DJe 5/9/2012)

Portanto, não há falar em ilegalidade perpetrada pelo Tribunal estadual.

Ante o exposto, tendo em vista os argumentos inicialmente expendidos, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0114306-9

HC 244.557 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 12111162579

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: LUCIANO ROMUALDO DOS SANTOS (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 Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.