



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.784 - SP (2012/0100967-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROSANA APARECIDA DOS SANTOS PENELLA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, APLICÁVEL SOMENTE AOS CONDENADOS POR TRÁFICO QUE SÃO PRIMÁRIOS, TÊM BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS NEM INTEGRAM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NO CASO. CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE A PACIENTE PRATICAVA COM CERTA REGULARIDADE O TRÁFICO, INCLUSIVE JÁ TENDO SIDO PROCESSADA ANTERIORMENTE PELO MESMO DELITO. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE SER ALTERADO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*, NO QUAL NÃO SE ADMITE APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS PREJUDICADO, PELA NÃO DIMINUIÇÃO DO *QUANTUM* DA SANÇÃO. FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, CONTUDO, CONCEDIDA *EX OFFICIO*, TÃO SOMENTE PARA ESTABELECEER COMO REGIME PRISIONAL INICIAL O SEMIABERTO.

1. A impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea a, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido à hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora – em consonância com o do Supremo Tribunal Federal –, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício.

3. Hipótese na qual a Paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Quantidade de droga apreendida: 46 envólucros de *cocaína* – 12,9 g (doze gramas e nove decigramas).

4. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à minguia de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que as instâncias ordinárias concluíram que a Paciente exercia o tráfico com regularidade –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

5. *"Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional"* (STJ, HC 149.227/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011).

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, 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 apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

7. *In casu*, cabível a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *b*, § 3.º, do Código Penal, considerando-se a aplicação da pena-base no patamar mínimo, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a quantidade de sanção definitiva.

8. Não diminuído o *quantum* de pena, resta prejudicado o pedido de substituição da reprimenda privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

9. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus*, contudo, concedida *ex officio*, tão somente para fixar como regime prisional inicial o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.784 - SP (2012/0100967-0)

IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROSANA APARECIDA DOS SANTOS PENELLA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* originário, com pedido liminar, impetrado em favor de ROSANA APARECIDA DOS SANTOS PENELLA – condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 –, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da apelação n.º 0074195-54.2010.8.26.0050.

Alega-se, em suma, que no caso deve incidir a causa de diminuição prevista no § 4.º do referido artigo, razão pela qual se requer, liminarmente e no mérito, a diminuição da pena, o estabelecimento do regime aberto e a substituição da sanção privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos.

Indeferi a liminar à fl. 46, ocasião em que dispensei as informações.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 56/59, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.784 - SP (2012/0100967-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, APLICÁVEL SOMENTE AOS CONDENADOS POR TRÁFICO QUE SÃO PRIMÁRIOS, TÊM BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS NEM INTEGRAM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NO CASO. CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE A PACIENTE PRATICAVA COM CERTA REGULARIDADE O TRÁFICO, INCLUSIVE JÁ TENDO SIDO PROCESSADA ANTERIORMENTE PELO MESMO DELITO. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE SER ALTERADO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*, NO QUAL NÃO SE ADMITE APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS PREJUDICADO, PELA NÃO DIMINUIÇÃO DO *QUANTUM* DA SANÇÃO. FIXAÇÃO APRIORÍSTICA DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, CONTUDO, CONCEDIDA *EX OFFICIO*, TÃO SOMENTE PARA ESTABELECEER COMO REGIME PRISIONAL INICIAL O SEMIABERTO.

1. A impetração de *habeas corpus originário* nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido à hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora – em consonância com o do Supremo Tribunal Federal –, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício.

3. Hipótese na qual a Paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Quantidade de droga apreendida: 46 envólucros de *cocaína* – 12,9 g (doze gramas e nove decigramas).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à minguia de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que as instâncias ordinárias concluíram que a Paciente exercia o tráfico com regularidade –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

5. *"Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional"* (STJ, HC 149.227/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011).

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 27 de junho de 2012, o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente, por maioria, 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 apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.

7. *In casu*, cabível a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea b, § 3.º, do Código Penal, considerando-se a aplicação da pena-base no patamar mínimo, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a quantidade de sanção definitiva.

8. Não diminuído o *quantum* de pena, resta prejudicado o pedido de substituição da reprimenda privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

9. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus*, contudo, concedida *ex officio*, tão somente para fixar como regime prisional inicial o semiaberto.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Preliminarmente, é mister referir que qualquer processo – e não só aquele que índole abstrata, mas também o de índole subjetiva –, tem eficácia que foge aos interesses das partes, ainda que de forma reflexa (o escopo do instrumento é a pacificação social – Cernelutti).

O Supremo e esta Corte Superior, historicamente, conferiram plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus*. E, ao assim procederem, não visaram unicamente a tutelar o direito ambulatorial de um único Paciente. Pretendiam demonstrar também o grau de maturidade do Estado Democrático brasileiro, em que mesmo criminosos são, em plenitude, sujeitos de direito.

É por isso que a garantia do *writ* não se cuida de um mero instrumento de tutela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da liberdade de locomoção de determinado indivíduo. Demonstra muito mais, que somos um estado livre, e aqueles que estiverem sob jurisdição brasileira, hoje e sempre, estarão sob essa condição. Cuida-se, portanto, de uma das mais importantes vias processuais para chegar-se de fato à paz social, de maneira ampla.

Dessa forma, o manejo do *mandamus* não pode ser acanhado. O único limite que pode encontrar é tão somente a Constituição.

No ponto, a impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e a Carta Magna, frise-se, confere-lhe plena eficácia.

Nessa perspectiva, só se pode admitir a baliza que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não se pode estender – por meras razões pragmáticas – tal entendimento para a hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial", por consistir em retrocesso à efetividade de garantia fundamental tão cara ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação majoritária de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial – a despeito do meu posicionamento, em consonância com o do Supremo Tribunal Federal (vide RHC 118.623/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, DJe de 05/12/2013; HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 07/08/2012; HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012, v.g.).

Desde então, passei a decidir de acordo com o entendimento majoritário da Turma que componho para – frise-se, com ressalva do meu –, não conhecer de *mandamus* impetrado em substituição a recurso especial, o que farei até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada.

Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade – cuja ocorrência, ou não passarei ora a analisar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, a Paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. A quantidade de droga apreendida foi de 46 envólucros de *cocaína* – 12,9 g (doze gramas e nove decigramas).

Quanto à minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, é de ser mantido hígido o entendimento das instâncias ordinárias.

A incidência da referida causa de diminuição foi afastada pelo Juiz Sentenciante sob os seguintes fundamentos (fl. 20):

"A forma em que a substância entorpecente estava acondicionada, dividida em pequenas e diversas unidades prontas para entrega a consumidores, evidenciam que eram voltadas à venda ou fornecimento a terceiros, o que ainda é indicado pelos antecedentes relacionados ao tráfico de entorpecentes que a ré ostenta em seu desfavor."

Em ratificação a tal entendimento, consignou o Tribunal Impetrado o que se segue (fls. 25/26):

"Ora, a natureza e a quantidade da droga apreendida, a forma como estava disposta (separada em pequenas porções e pronta para a distribuição), a localização de dinheiro, o local onde se deu a prisão em flagrante, conhecido como ponto do tráfico, a conduta da recorrente, que já foi processada por tráfico de drogas e, principalmente, a denúncia recebida e devidamente constatada pelos policiais, apontando a recorrente como traficante, levam à inexorável conclusão de que a mesma realmente tinha em depósito o entorpecente apreendido com o nítido propósito de entregá-lo ao consumo de terceiras pessoas."

E, consoante se tem decidido, "Para que haja o tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, 'contrario sensu'), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente" (RT 584/347).

Logo, ante as circunstâncias do caso, que não permitem a menor dúvida sobre o exercício do nefasto comércio, a condenação era mesmo de rigor e foi bem decretada.

As penas, todavia, comportam reparos.

É que o aumento verificado sobre a pena básica da recorrente não pode subsistir, uma vez que a folha de antecedentes (apenso próprio), desacompanhada de certidões cartorárias, não se presta à comprovação de reincidência, consoante reiteradamente tem decidido esta Colenda 13ª Câmara Criminal.

Assim, afasta-se a exasperação decorrente do reconhecimento da recidiva, reconduzindo-se, as penas, para os seus patamares mínimos, isto é, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, que são as definitivas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, não cabe, na hipótese, o benefício da causa especial de diminuição de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que a apelante não preenche os requisitos exigidos pela lei, já que, conforme se verifica dos autos, não pode ser tida como agente “de bons antecedentes”, o que inibe a aplicação do referido benefício.”

Vê-se, da leitura dos trechos acima reproduzidos, que não há ilegalidade a ser reparada na espécie.

Com efeito, são condições para que o Condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Explicita-se: se não estão preenchidas todas as condições legais – como no caso, no qual as instâncias ordinárias concluíram que a Paciente exercia o tráfico com regularidade –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. [...].

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Na hipótese, é de prevalecer o entendimento do Tribunal a quo mormente por se tratar de condenado que foi flagrado ao portar, na Cidade de Deus/RJ - localidade cujo comércio ilegal de drogas é monopolizado pela facção criminosa Comando Vermelho -, 31 sacos de plástico contendo cocaína, fechados por grampo metálico e identificados com os dizeres "CDD 13 PÓ DE 10 CVRL" .



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.*" (HC 270.931/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 25/10/2013 – grifei.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DA DROGA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. [...].

2. 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 e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. **O Tribunal de origem destacou que a significativa quantidade de drogas e a evidência de que o paciente se dedicava à atividade criminosa impede a adoção do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que exige a cumulação dos requisitos exigidos no referido dispositivo legal.**

4. Diante da presença de circunstâncias desfavoráveis reconhecidas na sentença de primeiro grau, mantém-se o regime fechado para início de cumprimento de pena.

5. *Ordem denegada.*" (HC 162.212/GO, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 02/08/2010 – sem grifos no original.)

Outrossim, não é possível afastar a conclusão das instâncias ordinárias quanto à dedicação da ora Paciente à atividade criminosa, o que impescindiria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos – inviável na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, quando os agentes foram condenados pelo crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em poder dos acusados.

2. **Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do remédio constitucional.

3. *Ordem denegada.*" (HC 149.227/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011 – grifei.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – [...] – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. [...].

2. *Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.*

3. *A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.*

4. *Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver.*" (HC 90.350/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA – Des. convocada do TJ/MG –, DJe de 14/04/2008 – grifei.)

Contudo, há ilegalidade quanto ao regime prisional fixado.

A despeito de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e nesse patamar ter-se tornado definitiva, o regime carcerário estabelecido foi o fechado, sob a seguinte fundamentação (fl. 21):

"Fixo o regime fechado como inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos da Lei 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2.º, da Lei 8.072/90."

Com efeito, nada justifica que, até hoje, Tribunais e Juízes continuem a valer-se de entendimento como o consignado na sentença e que ainda foi ratificado em segunda instância, pois **declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal**.

Rememore-se: em 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, a Corte Suprema declarou incidentalmente, por maioria, 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 apriorística de se fixar o regime inicial fechado para os condenados por tráfico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 Carta Magna, 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*:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Assim, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime carcerário 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, conforme a hipótese.

À luz dos motivos acima explicitados, mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º, do Código Penal, considerando-se a aplicação da pena-base no patamar mínimo, pela ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a quantidade de sanção definitiva (05 anos de reclusão).

Veja-se, por oportuno, o disposto nas referidas regras:

"§ 2.º [...]

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.

§ 3.º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 deste Código."

Por fim, não mais persiste o interesse jurídico da Defesa em ver substituída a pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos, por não ter sido diminuído o *quantum* de reprimenda.

Ante todo o exposto, NÃO CONHEÇO da impetração. Contudo, CONCEDO ordem de *habeas corpus ex officio*, tão somente para fixar como regime prisional inicial o semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0100967-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 242.784 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15242010 741955420108260050

EM MESA

JULGADO: 20/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ROSANA APARECIDA DOS SANTOS PENELLA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.