



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 247.239 - MS (2012/0133661-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ELIAS CESAR KESROUANI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RENATO APARECIDO SANGA GOMES (PRESO)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. 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, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A jurisprudência é pacífica no sentido de que a grande quantidade de droga é causa suficiente para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao paciente e a pena definitiva tenha sido estabelecida em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, é inviável a concessão da benesse legal diante da expressiva quantidade de droga apreendida em seu poder (2.088g de cocaína). Precedentes.

- Ordem não conhecida.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 20 de novembro de 2012(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 247.239 - MS (2012/0133661-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ELIAS CESAR KESROUANI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RENATO APARECIDO SANGA GOMES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RENATO APARECIDO SANGA GOMES, contra v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 364 (trezentos e sessenta e quatro) dias-multa.

Irresignada, a defesa apelou. Em 23.4.2012, o e. Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo para reduzir a reprimenda imposta ao paciente e modificar o regime inicial para o semiaberto.

Eis a ementa do v. julgado:

EMENTA- APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - RECURSO DA DEFESA - PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA PENA BASE - CABÍVEL - MAIORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO RÉU - PEDIDO DE AUMENTO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PEDIDO DE AUMENTO DO PATAMAR DE DIMINUIÇÃO PELO ART 33 §4º DA LEI 11.343/06 - INCABÍVEL - DE OFÍCIO FIXADO O REGIME SEMIABERTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há falar em aumento exagerado da pena base quando a maioria das circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu.

Não há falar em aumento do quantum de diminuição pela confissão espontânea, quando este foi muito bem sopesado pelo magistrado.

Da mesma forma não há falar em aumento do patamar de diminuição de pena pela causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 11 343/06 quando este foi muito bem fundamentado pelo magistrado, principalmente quando por erro material, ficou a maior do que previsto.

Há de se conceder o regime prisional semiaberto quando ficar constatado que o condenado preenche os requisitos do art. 33, § 2º, B do Código Penal. (fl. 100).

No presente *mandamus*, alega o impetrante que o paciente tem direito a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do disposto do art. 44, I e II, do CP. Afirma que o paciente pratica o crime de tráfico de drogas de forma eventual, não registra antecedentes criminais e não participa de organização criminosa. Assim, a decisão do Tribunal de origem que negou a referida benesse "*por entender não ser suficiente à prevenção e repressão do crime*" constitui manifesta ilegalidade.

Pedido de liminar indeferido (fl. 106).

Informações prestadas às fls. 112-122.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela denegação da ordem (fls. 128-130).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 247.239 - MS (2012/0133661-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE): 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 o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

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

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

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

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

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

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

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

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa 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.

Ademais, não vislumbro manifesta ilegalidade imposta ao paciente a ser sanada de ofício.

Embora a personalidade e conduta social não terem sido valoradas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negativamente, a grande quantidade de droga apreendida em poder do paciente impede a concessão da benesse, pois a conversão não se mostraria suficiente para fins de reprovação e prevenção do delito, conforme se exige o inciso III do art. 44 do CP.

A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a grande quantidade de droga, *in casu*, 2.088 g de cocaína, é causa suficiente para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (500 g DE PASTA BASE DE COCAÍNA). 2. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC n.º 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida.

2. **No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, ainda que a pena tenha sido fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 9 (nove) dias de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime prisional mais brando não se mostram adequadas, haja vista a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (500g de pasta-base de cocaína). Precedentes do STJ.**

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no HC 243.539/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 15.10.2012).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. LEI DE DROGAS. TESE DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE DO EXAME NA VIA DO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO GRAU DE DIMINUIÇÃO. JUÍZO DISCRICIONÁRIO DO JULGADOR. LIMITES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, COM PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. REGIME INICIAL FECHADO. DESCABIMENTO. CRIME PRATICADO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA SUPREMA CORTE. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Não comporta conhecimento o recurso especial no que se refere à pretensão de absolvição por insuficiência de provas, na medida em que o exame do inconformismo demandaria, obrigatoriamente, o revolvimento dos fatos e provas dos autos para afastar os fundamentos do acórdão recorrido, o que é descabido na presente via do especial, a teor do entendimento sufragado na Súmula n.º 07/STJ. Precedentes.

2. A definição do percentual da causa de redução da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, integra o juízo de discricionariedade do julgador, que encontra suas balizas nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, com preponderância, na natureza e quantidade de droga apreendida, personalidade e conduta social do agente. Precedentes.

3. **É cabível o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a despeito de o Acusado ter sido condenado definitivamente à pena inferior a 4 anos de reclusão, com alicerce no exame das circunstâncias judiciais e na quantidade e qualidade das drogas apreendidas em seu poder, pois esses parâmetros podem evidenciar que a substituição pretendida não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal. Precedentes.**

4. Após a prolação da decisão ora agravada ocorrida em 25/06/2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27/06/2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Nesses termos, tendo sido mantido o regime prisional inicial fechado com base apenas no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 11.464/2007, tem o Acusado direito ao regime aberto de cumprimento da pena, já que condenado à pena de 02 (dois) e 06 (seis) meses de reclusão e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, a teor do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.

6. Agravo regimental parcialmente provido para fixar o regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. (AgRg no AREsp 162.280/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 26.9.2012).

Ante o exposto, não conheço do presente writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0133661-5

HC 247.239 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 113932620118120001 20120031923

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relatora

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

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 DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: ELIAS CESAR KESROUANI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: RENATO APARECIDO SANGA GOMES (PRESO)
CORRÉU	: EDIPO MACEDO DANTES PINTO
CORRÉU	: ANDERSON CRISTIANO ARANHA

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