



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.522 - SP (2012/0047838-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CLAUDIA DOS SANTOS SALES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ART. 212 DO CPP. PERGUNTAS FORMULADAS DIRETAMENTE PELO JUIZ. OPORTUNIDADE PARA AS PARTES INQUIRIREM DIRETAMENTE AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. 2) INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO DE OITIVA DE TESTEMUNHA CONSIDERADO PROTELATÓRIO. POSSIBILIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 3) CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS. ENVOLVIMENTO DE MENOR RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 4) APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 5) REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. 6) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO. 7) ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SÚMULA N. 395 DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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 jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que eventual inobservância do art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a manifestação oportuna, sob pena de preclusão e a comprovação do efetivo prejuízo, conforme o princípio do *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do CPP.

– Assim, não havendo, *in casu*, demonstração de qualquer prejuízo concreto à defesa, que participou ativamente do ato, formulando diretamente perguntas a todas as testemunhas e à ré, não há de ser reconhecida a nulidade do processo.

– Pelo princípio do livre convencimento motivado, o Magistrado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de forma fundamentada, pode indeferir providências que considere protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, não estando obrigado a realizar outras provas quando já se encontra suficientemente convencido, como no caso dos autos, diante dos elementos probatórios disponíveis.

– Estando devidamente demonstrado nas instâncias ordinárias o envolvimento do menor com o delito de tráfico praticado pela paciente, resta inadmissível, na via eleita, nova análise acerca do tema, ante o necessário revolvimento fático-probatório, incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional.

– Tendo as instâncias de origem, levando em conta as circunstâncias do delito, entendido que a paciente se dedicava à atividade criminosa, é inadmissível, na via eleita, afastar essa conclusão e acolher a tese apresentada pela defesa, ante o necessário reexame aprofundado das provas, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*.

– Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para a paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013.

– Mantida a pena no patamar em que se encontrava, 6 (seis) anos de reclusão, fica prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

– Não merece prosperar o pedido de concessão da assistência judiciária gratuita, tendo em vista que, nos termos da Súmula n. 395 do STF, o *habeas corpus* não se presta para discutir aspectos de natureza patrimonial, que em nada influenciam na liberdade de locomoção do paciente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para que o Juízo da execução analise, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Néfi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 08 de abril de 2014(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.522 - SP (2012/0047838-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANA CLAUDIA DOS SANTOS SALES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de ANA CLAUDIA DOS SANTOS SALES, contra ato do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado e multa (fls.).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem rejeitou as preliminares e negou provimento ao recurso defensivo.

No presente *writ*, o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal consistente na violação do art. 212 do Código de Processo Penal, tendo em vista que a inquirição das testemunhas foi feita diretamente pelo magistrado, bem como o cerceamento do direito de defesa, ante o indeferimento da oitiva de testemunha.

Aduz, ainda a necessidade de afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, considerando que o menor não foi envolvido no tráfico pela paciente, bem como sua anterior passagem pela Vara da Infância e Juventude.

Assevera, também, ser imperiosa a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, sustentando que a paciente é primária, não se dedica à atividade criminosa e nem integra organização criminosa.

Requer, após o redimensionamento da pena, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pugna, por fim, pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

A liminar foi indeferida às fls. 93.

Prestadas as informações (fls. 99/109), o Ministério Público Federal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 112/118).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.522 - SP (2012/0047838-1)

VOTO

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

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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, confira-se:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[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, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

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

Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Busca-se na presente impetração o reconhecimento de nulidades na instrução do processo, o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, o reconhecimento da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a fixação de regime aberto, a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos e a assistência judiciária gratuita.

Inicialmente, quanto à alegada nulidade, por violação ao art. 212 do Código de Processo Penal, é certo que tal dispositivo foi alterado pela Lei 11.690/08, estabelecendo que a inquirição de testemunhas será formulada diretamente pelas partes, podendo o Juiz complementar as perguntas. *In verbis*:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, *absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas* (in, Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 502).

Dessa forma, não há falar em nulidade quando o Magistrado inquirir as testemunhas, principalmente se, como no caso dos autos (fls. 26/31), foi dada a palavra à defesa que, quando achou oportuno, formulou diretamente as perguntas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que eventual inobservância do art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a manifestação oportuna, sob pena de preclusão e a comprovação do efetivo prejuízo, conforme o princípio do *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do CPP.

Nesse sentido, vejam-se, no que interessa, os seguintes precedentes desta Corte:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ART. 212 DO CPP. ORDEM DAS PERGUNTAS. MAGISTRADO QUE PERGUNTA PRIMEIRO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ALEGAÇÃO INTEMPESTIVA (APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA). PRECLUSÃO. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO (RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA RELATORA). ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. O entendimento que prevalece nesta Corte é de que, invertida a ordem de perguntas, na colheita de prova testemunhal (CPP, art. 212, redação conferida pela Lei n. 11.690/2008), tem-se caso de nulidade relativa, a depender de demonstração de prejuízo - o que não se apontou. Ademais, a irressignação não teria sido apregoada de modo tempestivo - a insurgência veio a lume somente após a sentença condenatória. Assim, teria havido a preclusão da matéria. Ressalva de entendimento da Relatora.

3. Ordem não conhecida (HC 194.403/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/02/2014).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. DISCUSSÃO DE FATOS RELATIVOS A FEITO PRETÉRITO. POSSIBILIDADE. CRIME QUE TERIA SIDO PRATICADO PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DE OUTRO DELITO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. Da leitura da denúncia, verifica-se que o crime imputado ao recorrente teria sido praticado para assegurar a impunidade de homicídio de outro delito, no qual a vítima figurava como testemunha, o que revela a existência de motivos para se tratar de fatos referentes a outro processo, não havendo que se falar em violação aos princípios da correlação, do contraditório e da ampla defesa.

NULIDADE DA AÇÃO PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. DEFESA SILENTE DURANTE A REALIZAÇÃO DO ATO. PRECLUSÃO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO CONCRETO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam questionados diretamente pelas partes, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito do processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, as provas requeridas foram produzidas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocardo pas de nullité sans grief positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal.

5. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante as audiências de instrução, vindo a arguir a irregularidade somente quando da impetração de habeas corpus na origem, a pretensão formulada no presente writ encontra-se fulminada pelo instituto da preclusão.

NULIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. MÁCULA NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

PRECLUSÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. As nulidades constantes da decisão de pronúncia devem ser arguidas no momento oportuno e por meio do recurso próprio, sob pena de preclusão. Precedentes.

2. Recurso improvido (RHC 30.110/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 06/08/2013).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ART. 212 DO CPP. CROSS EXAMINATION. SISTEMA ACUSATÓRIO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO EM SUPOSTA DESOBEDIÊNCIA À FORMA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRESCRITA EM LEI. INOCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO A DESTEMPO. PRECLUSÃO TEMPORAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. O sistema acusatório evidencia funções distintas desempenhadas pelo órgão acusador e pelo órgão julgador.

2. Em 2008, por meio do art. 212 do Código de Processo Penal, foi introduzido, no modelo processual penal pátrio, o sistema denominado *cross examination*, ao se estabelecer que as perguntas das partes devem ser realizadas diretamente às testemunhas e ao acusado - sem a antiga imposição de 'reperguntas' do juiz -, cabendo ao magistrado indeferir questionamentos impertinentes e descabidos (Lei n. 11.690/2008).

3. A suposta nulidade da audiência de instrução e julgamento - em razão da ausência do membro do Ministério Público (nulidade relativa) - deve ser arguida oportunamente, isto é, durante o ato processual. Caso contrário, verifica-se a ocorrência de preclusão temporal (art. 212 do CPP, alterado pela Lei n. 11.690/2008).

4. Além da tempestiva arguição de nulidade do ato, indispensável a demonstração do prejuízo enfrentado pela parte - pas de nullité sans grief (art. 563 do CPP).

5. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.

6. O recurso também não pode ser conhecido sob o fundamento da alínea c, porque não realizou a parte o necessário cotejo analítico (arts. 541 do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ).

7. Recurso especial improvido (REsp 1305986/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 23/05/2012)

Assim, não havendo, *in casu*, demonstração de qualquer prejuízo concreto à defesa, que participou ativamente do ato, formulando perguntas diretamente a todas as testemunhas, bem como à ré, não há de ser reconhecida a nulidade do processo.

Noutro ponto, o Magistrado de piso indeferiu a oitiva de determinada testemunha, consignando que:

Indefiro a oitiva da testemunha de defesa Sonia, já que foi intimada e não compareceu, mas os informes que seriam dados já foram supridos pelas demais testemunhas e pelo informante. Outrossim, o que normalmente ocorre é o mesmo fato que ocorreu com o adolescente, já que, pela amizade íntima, pois conviviam na mesma residência, provavelmente não prejudicaria a Ré. Assim, a prova se mostra inútil e acaba sendo apenas protelatória. Saliento apenas que, como dito, os fatos por si narrados já acabaram sendo informados pelos demais presentes (fls. 25).

Convém ressaltar que, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, pelo princípio do livre convencimento motivado, o Magistrado, de forma fundamentada, pode



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indeferir providências que considere protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, não estando obrigado a realizar outras provas quando já se encontra suficientemente convencido diante dos elementos probatórios disponíveis. No mesmo sentido, vejam-se os precedentes desta Corte Superior:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ART. 1.º, INCISO I, ALÍNEA A, C.C. O § 4.º, INCISOS I E II, TODOS DA LEI N.º 9.455/97. INDEFERIMENTO DE PERÍCIAS EM PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL DEVIDAMENTE MOTIVADO. SIMULAÇÃO DOS FATOS. DILIGÊNCIA DESNECESSÁRIA. ART. 184, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Quanto ao sistema de valoração das provas, o legislador brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o Juiz, ao extrair a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, em decisão devidamente fundamentada.

2. Não ocorre cerceamento de defesa nas hipóteses em que o Juiz reputa suficientes as provas já colhidas durante a instrução. O Julgador não está obrigado a realizar outras provas com a finalidade de melhor esclarecer a tese defensiva do Réu, quando, dentro do seu livre convencimento motivado, tenha encontrado elementos probatórios suficientes para a sua convicção. Precedentes desta Corte.

3. No caso, o Magistrado singular indeferiu fundamentadamente os pedidos da Defesa, considerada a desnecessidade da realização de novas provas para a busca da verdade real. Se o Juiz monocrático não constatou a necessidade da realização de novas diligências além daquelas já produzidas na fase inquisitorial para a formação de seu convencimento, não ocorre cerceamento de defesa.

4. Quando as provas requeridas forem desnecessárias ou inconvenientes ao deslinde da causa, devem ser indeferidas, nos exatos termos do art. 184, do Código de Processo Penal, o qual prevê que, "[s]alvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade".

5. Recurso desprovido (RHC 30.253/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 10/10/2013).

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO. PEDIDO DE OITIVA DOS POLICIAIS QUE FIZERAM A DEGRAVAÇÃO. INDEFERIMENTO PELO MAGISTRADO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento que deve servir como meio de proteção efetiva dos direitos e liberdades individuais, protegendo os indivíduos contra os abusos do Estado, limitando-o em suas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades.

2. Cabe ao Juiz garantir que tais direitos sejam preservados sem, contudo, descuidar do regular andamento do processo, retirando-lhe os entraves desnecessários ou ingerências meramente procrastinatórias das partes.

3. Isso significa que o simples desejo da parte - seja defesa ou acusação -, por si só e despido de real importância para o deslinde do processo, não deve ser atendido, mas apenas aqueles que efetivamente tenham relevância para o caso.

4. Embora a defesa no processo penal tenha o amplo direito à produção da prova, é certo que ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada (dentro do seu livre convencimento motivado), das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes.

5. Ordem denegada (HC 63.119/PA, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14/03/2012).

Assim, tendo o Juiz de piso considerado, de forma fundamentada, ser protelatória a oitiva da testemunha arrolada, que não compareceu à audiência de instrução e julgamento, já havendo nos autos outras provas suficientes a formar seu convencimento, não restou caracterizado, *in casu*, o cerceamento de defesa.

Quanto à incidência da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, verifica-se que as instâncias ordinárias entenderem estar devidamente demonstrado o envolvimento do menor no tráfico de drogas praticado, tendo em vista que se encontrava presente na casa da paciente no momento da prisão em flagrante e, sendo seu namorado, afirmou que era usuário da droga comercializada pela ré (fls. 35/39 e 63/70).

Assim, inadmissível, na via eleita, nova análise acerca do envolvimento do menor no tráfico, ante o necessário revolvimento fático-probatório, incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE MENOR. RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.ºs 440 DESTA CORTE E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. As instâncias ordinárias aplicaram a causa de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/2006, por entender estar confirmado o fato de que o Paciente atuava juntamente com um menor. Para se desconstituir a referida conclusão, far-se-ia necessário reexaminar todo o acervo fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Considerado o quantum da pena imposta - 05 anos e 10 meses de reclusão - e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º, do Código Penal, para fixar-se o regime prisional semiaberto.

6. O Paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não preencher o requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado e a sentença condenatória, estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente (HC 229.498/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/08/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. ENVOLVIMENTO DE MENOR (ART. 40, VI). RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO.

1. O Tribunal de origem, alicerçado nas provas existentes nos autos, concluiu deve ser mantida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, uma vez que o réu envolveu adolescente na prática criminosa. Assim, a inversão do julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demandaria o revolvimento da matéria fático-probatória, o que é sabidamente inviável em sede de habeas corpus.

2. De mais a mais, a certidão de nascimento não é o único documento hábil para se aferir a menoridade, basta que haja nos autos qualquer elemento que demonstre de alguma forma a idade do adolescente.

3. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não afasta a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Entretanto, tal circunstância não pode ser utilizada como único fundamento para impor ao réu o regime fechado.

3. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

4. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

5. Ademais, o STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

6. No caso, as instâncias ordinárias não chegaram a valorar os elementos contidos nos autos, à luz dos critérios estabelecidos nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentaram a fixação do regime fechado e a negativa de substituição da pena corporal com base, unicamente, na hediondez do delito.

7. Assim, afastada a vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, compete ao Juízo a quo reavaliar, em dado concretos, a possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado, assim como a substituição da pena por restritivas de direitos.

8. Ordem parcialmente concedida para que o Juízo da Execução Penal reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como a conversão da sanção privativa de liberdade em restritivas de direitos, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (HC 199.374/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 01/08/2012).

Da mesma forma, não merece prosperar o pedido de aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Isso porque, segundo consta dos autos, a paciente *mantinha, de forma eficaz, uma atividade fomentadora do tráfico ilícito de drogas e, por óbvio, de forma associada ao menor inimputável, inclusive com funções definidas dentro da organização que montaram* (fls. 38), restando claro, ainda, que sua casa é conhecido ponto de venda de narcóticos (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

69).

Assim, tendo as instâncias de origem, levando-se em conta as circunstâncias do delito, entendido que a paciente se dedicava à atividade criminosa, é inadmissível, na via eleita, afastar essa conclusão e acolher a tese apresentada pela defesa, ante o necessário reexame aprofundado das provas, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS NÃO CONDIZENTE COM O WRIT. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

2. O intento de absolver o paciente pelos delitos aos quais foi condenado e de desclassificar o delito de tráfico para uso de substância entorpecente não se coaduna com a via angusta do writ, pois depende de aprofundamento probatório.

3. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas, é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.

(...)

7. Writ não conhecido (HC 172.717/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24.4.2013).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções dos arts. 33, caput, e 35, caput, c.c o art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, após ser preso comercializando 02 porções de cocaína, acondicionadas individualmente em embalagens plásticas, totalizando 1,2 gramas.

2. Não existe qualquer nulidade por cerceamento de defesa decorrente do fato de uma das testemunhas arroladas na denúncia ser beneficiada com o sigilo de sua qualificação, por temer represálias. Sobretudo, no caso, onde o depoente negou conhecer qualquer participação do acusado no crime e a oitiva, realizada mediante carta precatória, foi juntada após a prolação da sentença, não sendo utilizada para fundamentar o juízo condenatório.

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

(...)

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23.4.2013).

Quanto ao regime de cumprimento da pena, as instâncias ordinárias mantiveram o regime inicial fechado com base na hediondez do delito (fls. 39 e 70). Acontece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/6/2012, no julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que determinava a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados.

Nessas hipóteses, esta eg. Corte possui o entendimento de que cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. FIXAÇÃO TÃO SOMENTE COM FUNDAMENTO NO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007, DECLARADO INCONSTITUCIONAL, PELO STF. DECISÃO QUE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCEDEU A ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO, PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NÃO ANÁLISE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DOS ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS, À LUZ DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO.

I. Na espécie, a decisão agravada concedeu a ordem, de ofício, para fixar, desde logo, o regime inicial semiaberto, inobstante a não valoração, pelas instâncias ordinárias, acerca dos elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual seria o regime inicial adequado para o paciente.

II. De acordo com a jurisprudência da 6ª Turma do STJ, "com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal". (STJ, HC 237.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/11/2012).

III. Agravo Regimental conhecido e provido, para reformar a decisão agravada e, em decorrência do trânsito em julgado da condenação, determinar que o Juízo das Execuções Penais reavalie, em face dos elementos concretos dos autos, a aplicação do regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF (AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 23.9.2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. PLEITO PREJUDICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Com da ocorrência do trânsito em julgado da condenação, o pleito referente à possibilidade de aguardá-lo em liberdade restou superado, de modo que o writ encontra-se prejudicado, neste particular.

3. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza e a expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 1.017 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

4. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade da droga - 1.017 g de cocaína -, o quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo as reprimendas finais alcançado 4 anos e 9 meses e 15 dias de reclusão e 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. Na espécie, a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

8. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, negando a modificação de regime, apenas em atenção ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07).

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena (HC 226.064/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24.4.2013).

Noutro ponto, mantida a pena no patamar em que se encontrava, 6 (seis) anos de reclusão, fica prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, não merece prosperar o pedido de concessão da assistência judiciária gratuita, tendo em vista que, nos termos da Súmula 395 do STF, o *habeas corpus* não se presta para discutir aspectos de natureza patrimonial, que em nada influenciam na liberdade de locomoção do paciente. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 395 DO STF.

1. O pedido de exclusão do réu das custas processuais é matéria que refoge ao âmbito do habeas corpus, diante da ausência de colocação em risco ao direito de locomoção do ora Paciente. Incidência da Súmula 395 do STF ("não se conhece do recurso de habeas corpus cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção.").

2. Habeas corpus não conhecido, com a concessão, todavia, do benefício da justiça gratuita ao condenado, dada a sua evidente condição de hipossuficiente. (HC 121.243/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 30/03/2009).

Diante do exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Concedo a ordem de ofício para que o Juízo da execução analise, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0047838-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 235.522 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 107794320108260073

EM MESA

JULGADO: 08/04/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANA CLAUDIA DOS SANTOS SALES (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Néfi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.