



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.578 - MG (2012/0114780-8)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : GABRIELA BEMFICA E OUTROS
IMPETRANTE : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MÁRCIA VITAL MAGALHÃES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. APLICAÇÃO NO PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO. ILEGALIDADE MANIFESTA CAPAZ DE SUPERAR O ÓBICE APONTADO E JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Conquanto se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a revisão de nossa jurisprudência.

2. Mister restaurar a missão constitucional desta Corte de Justiça, que não pode continuar servindo como se fosse um "terceiro grau de jurisdição", pois a sua atuação restringe-se às hipóteses delineadas no artigo 105 da Carta Magna.

3. À luz desse preceito que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

4. No caso, constata-se que o acórdão da apelação ainda não transitou em julgado, não tendo sequer aberto prazo para os recursos eventualmente cabíveis, preferindo a defesa a via do *habeas corpus* para a aplicação da causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas) no patamar máximo, bem como para a alteração do regime prisional e substituição de pena.

5. Nada impede, contudo, que se corrija, de ofício, eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal, tal como ocorre na espécie em relação aos fundamentos utilizados para fixação do regime prisional.

6. O Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 111.840/ES), declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, afastando a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Tribunal de origem reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 16 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.578 - MG (2012/0114780-8)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MÁRCIA VITAL MAGALHÃES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Conforme se deduz dos autos, a paciente foi presa em flagrante, na data de 20.08.2011, na posse de pouco mais de 1 (um) kg de maconha, tendo sido denunciada e condenada em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática da conduta delituosa descrita no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação criminal, que foi parcialmente provido pelo Tribunal *a quo*, tão-somente para aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, no percentual de 1/6 (um sexto), de modo a reduzir a pena à 5 (cinco) anos de reclusão, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos, no mais, os termos da sentença de piso.

Na presente impetração, alega-se que a pena-base deveria ser fixada no mínimo legal, porque os fundamentos arrolados pelo juiz e confirmados pelo acórdão seriam genéricos e estereotipados, não tendo havido análise percutiente do caso concreto.

Sustenta-se que a espécie é de tráfico de menor potencial ofensivo, dada a natureza da droga apreendida (maconha), e que, portanto, a paciente teria direito à aplicação do redutor do art. 33º, § 4º, da Lei 11.343/06, na terceira fase da dosimetria, em seu percentual máximo.

Requeru, em síntese, fosse a pena-base fixada no mínimo legal e aplicada a causa especial de diminuição no patamar máximo (2/3), substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em sede de cognição sumária, não se vislumbrou manifesto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal, sendo indeferido o pleito liminar às e-fls. 49/53.

As informações requisitadas ao Tribunal de origem foram prestadas às e-fls. 57/67.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de e-fls. 89, opinou pela denegação da ordem, aduzindo que os critérios de fixação da pena-base atenderam proporcionalmente às peculiaridades do caso concreto, e que a grande quantidade de droga apreendida em poder da ora paciente impediria a aplicação do redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em percentual maior.

Por meio do despacho de e-fls. 102, a Eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a quem fora inicialmente atribuída a relatoria deste *mandamus*, firmou sua suspeição para funcionar no feito, sendo os autos redistribuídos à minha relatoria, fazendo-se conclusos na data de 13.9.2012.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.578 - MG (2012/0114780-8)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Conquanto se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a revisão de nossa jurisprudência.

A Constituição da República define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional. Destacam-se, por oportuno, as de previsão inserta no art. 105, inciso I, alínea "c" e inciso II, alínea "a": *habeas corpus* originário e recurso ordinário em *habeas corpus*, respectivamente.

O primeiro é cabível quando "o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea 'a', ou quando o coator for **tribunal sujeito à sua jurisdição**, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral".

O segundo, vale dizer, o recurso ordinário, somente será cabível contra decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* julgados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

De outro lado, o instrumento previsto, também com matiz constitucional (art. 105, inciso III) é o recurso especial. Nesse aspecto, a competência desta Corte se limita *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III- julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;*(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

À luz desse preceito, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Com efeito, mister se faz restaurar a verdadeira missão constitucional desta Corte de Justiça, que não pode continuar servindo como se fosse um "terceiro grau de jurisdição", pois a sua atuação restringe-se às hipóteses delineadas na Constituição da República.

A propósito, o seguinte julgado desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via eleita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

4. In casu, a Defesa conformou-se com a sentença condenatória e, após o trânsito em julgado, impetrou o prévio writ. O Tribunal de origem não conheceu do habeas corpus, assentando inexistir ilegalidade evidente e indicando o cabimento de revisão criminal. O acórdão impugnado encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a quem não incumbe apreciar o mérito das teses defensivas, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n.º 160.697/SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/3/2012)

Do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REAPRECIAÇÃO DE PROVA. DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Habeas Corpus, instrumento de tutela primacial de liberdade de locomoção contra ato ilegal ou abusivo, tem como escopo precípua a liberdade de ir e vir.

2. Deveras, a cognominada doutrina brasileira do Habeas Corpus ampliou-lhe o espectro de cabimento, mercê de tê-lo mantido como instrumental à liberdade de locomoção.

3. A inadmissibilidade do writ justifica-se toda vez que a sua utilização revela banalização da garantia constitucional ou substituição do recuso cabível, com inegável supressão de instância.

4. Consectariamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que não cabe Habeas Corpus: a) Nas hipóteses sujeitas à pena de multa (Súmula 693 do STF); b) Nas punições em que extinta a punibilidade (Súmula 695 do STF); c) Nas hipóteses disciplinares militares (art. 142 § 2 da CRFB), salvo para apreciação dos pressupostos da legalidade de sua inflicção; d) Nas hipóteses em que o ato Atacado não afeta o direito de locomoção; vedada a aplicação do princípio da fungibilidade; e) Nos afastamentos dos cargos públicos por questões penais ou administrativos; f) Na preservação de direitos fundamentais que não a liberdade da locomoção de ir e vir, salvo manifesta teratologia e influência na liberdade de locomoção; g) Contra decisão de relator de Tribunal de Superior ou juiz em writ originário, que não concede o provimento liminar, porquanto erige prejudicialidade no julgamento do próprio meritum causae; h) Contra decisão de não conhecimento de writ nos Tribunal de Superior uma vez que a cognição meritória do habeas corpus pelo STF supressão de instância; salvo manifesta teratologia ou decisão contrária à jurisprudência dominante ou pela Corte Suprema.

5. A supressão de instância, por constituir error in procedendo, impede que sejam conhecidos, em sede de habeas corpus, argumentos não veiculados nos Tribunais inferiores. Precedentes (HC 93.904/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 094; HC 97.761/RJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Ellen Gracie; HC 79.551/SP, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 73.390/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 81.115/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão).

6. A análise dos elementos de convicção acerca das circunstâncias avaliadas negativamente na sentença condenatória não é compatível com a via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes (HC 97058, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010).

7. In casu, o impetrante busca: (i) a supressão da circunstância judicial da alta culpabilidade, fulcrada no longo iter criminis percorrido, já que o Tribunal de Justiça eliminou a causa de aumento de pena da interestadualidade; (ii) a exclusão da circunstância judicial da elevada quantidade de droga, por ser o próprio elemento do tipo; (iii) o reconhecimento da incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois, embora inexistente pedido nas instâncias anteriores, o STJ deveria ter concedido habeas corpus de ofício para esse fim, considerando que a quantidade de droga deve ser apreciada na primeira fase de fixação da pena, não na terceira; (iv) uma vez reconhecendo-se a minorante do “tráfico privilegiado”, objeto do pedido anterior, o reconhecimento da possibilidade de a paciente cumprir a pena em regime aberto, bem como a sua substituição por pena restritiva de direitos.

8. Os argumentos aviados no presente writ que envolvam a aplicabilidade da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não são passíveis de cognição nesta sede, porquanto matérias não suscitadas perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

9. Deveras, assiste razão ao Ministério Público, ao assentar: “Embora o uso do transporte público interurbano tenha sido valorado na terceira fase e o Tribunal estadual tenha afastado a interestadualidade, reconhecendo que “a ré iniciou e concluiu o delito dentro do Estado de Mato Grosso do Sul”, as demais circunstâncias valoradas pela sentença (natureza e quantidade da droga) são suficientes para autorizar o acréscimo de seis meses na pena-base (art. 42 da Lei nº 11.343/06).”

10. O habeas corpus, in casu, foi utilizado em substituição ao Recurso Ordinário, sem qualquer excepcionalidade que permita a preterição do meio de impugnação previsto pela Lei, motivo pelo qual não deve ser conhecido.

11. O art. 42 da Lei 11.343/06 estabelece que o juiz, ao fixar a pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto, permitindo ao magistrado, portanto, elevar a pena base em razão da elevada quantidade de droga.

12. A análise da culpabilidade do agente tem cunho subjetivo, devendo ser realizada pelas instâncias inferiores, afigurando-se inapropriada a sua aferição em sede de habeas corpus, máxime diante da ausência de toda e qualquer teratologia da decisão.

13. Ordem denegada.

(HC n.º 108.268/MS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 5/10/2011)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPUTAÇÃO DO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. CONTROVÉRSIA SOBRE O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE TRANSITOU EM JULGADO PELA NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ATO COATOR EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. IMPETRAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELA QUAL SE PRETENDIA A REDUÇÃO DA PENA BASE FIXADA NA CONDENAÇÃO DO PACIENTE, INVIÁVEL EM HABEAS CORPUS.

1. *Este Supremo Tribunal assentou não ser possível o conhecimento de habeas corpus quando não interposto o recurso cabível para provocar o reexame da matéria objeto da impetração. Precedentes.*

2. *Não se presta o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente. Precedentes.*

3. Ordem denegada.

(HC n.º 110.152/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22/6/2012)

De se ver recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal, de 21/8/2012:

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 amesquinhada, mas também não é passível de vulgarização,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 6/9/2012)

No caso, constata-se que a decisão não transitou em julgado aguardando o decurso de prazo para eventuais recursos. Verificada, pois, hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso especial, impõe-se a sua rejeição.

Entretanto, impende ressaltar, em casos que tais, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal, tal como ocorre na espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese vertente, vislumbro circunstância capaz de atrair a excepcional intervenção desta Corte Superior, com a superação do óbice acima mencionado. Isso porque, verificado constrangimento ilegal na fixação do regime prisional pela Instância Ordinária, não ocorrendo, entretanto, o mesmo em relação à causa de diminuição de pena prevista o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e à negativa de substituição da pena.

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

No caso ora em análise, o Tribunal de origem, verificando o preenchimento dos requisitos previstos no dispositivo acima citado, aplicou a minorante, fazendo incidir, no entanto, percentual inferior ao máximo permitido, que é de 2/3 (dois terços).

Para tanto, valeu-se de efetiva fundamentação, atentando-se às peculiaridades do caso, bem assim os ditames do critério trifásico de aplicação da pena e observando a regra prevista no art. 42 da Lei Antidrogas.

Com efeito, na vertente hipótese, a sentença impôs a condenação à ora paciente, nos seguintes termos:

"Fixo-lhe a pena. PENA DA RÉ MÁRCIA VITAL MAGALHÃES POR INFRAÇÃO AO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06: Culpabilidade intensa pelo perigo social da conduta. Entendo que lhe era socialmente exigível comportamento diverso, havendo por parte do agente plena capacidade de entendimento de sua conduta, bem como de sua intenção de praticá-la, com consciência livre para agir. Oportuno acentuar que o delito de tráfico de drogas é aquele que mais enegrece a personalidade, pois causa um mal social tão elevado que a sua repressão exige medida pesada e intensa. Personalidade e conduta social desconhecidas. A conduta da agente onera o Estado e a Sociedade e causa enorme intranquilidade no seio social, pois afronta as autoridades constituídas praticando graves ilicitudes, seja pelo desafio do ato, seja pela ousadia em afrontar a ordem constituída, na crença da impunidade, no sentido de que mesmo violando o ordenamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurídico e a paz social, não incidirá uma retribuição justa e proporcional ao dano causado, vez que ou se livrará impune com a esperança em um sistema prisional corrompido ou, se descoberto, será julgado e receberá uma pena ínfima que compensa o risco da violação da lei e da ordem de controle e valores da agente em suas atitudes, eis que esta buscava, através do tráfico drogas, a obtenção daquilo que ordinariamente não conseguiu com os meios que o Estado criou, deturpando os valores sociais do trabalho e dignidade, uma vez que ao temo dos fatos não exercia qualquer atividade lícita. As circunstâncias são totalmente censuráveis, considerando a forma de atuação da agente e a quantidade de drogas que transacionava, não tendo o comportamento da vítima contribuído para o cometimento dos crimes. A ré não se preocupou com as consequências graves para ao traficar drogas, mesmo sabedora de que substâncias entorpecentes causam diversos males à saúde e à sociedade, cada vez mais assolada com a destruição de famílias e o fomento de outros crimes. É preciso destacar que o tráfico de drogas é hoje a maior fonte propulsora de outros crimes, o que aumenta consideravelmente a irradiação de resultados perniciosos à sociedade. Consequências graves a própria agente, impondo risco de dano à coletividade. A sanção ao tráfico de entorpecentes também deve levar em consideração o risco de caráter social e de saúde pública de modo a coibir a proliferação nociva de substância que cause dependência física e/ou psíquica. **Levando em consideração a apreensão do total de 1132,90g de maconha, quantidade que entendo ser suficiente para proporcionar larga disseminação deste entorpecente no meio social, esclareço que tal fato deve ser apreciado pelo juízo, através da autorização legal prevista no art. 42 da Lei 11.343/06, razão pela qual tenho como suficiente à reprovação e prevenção do crime a fixação da pena acima do mínimo legal. (...)**

Com estas considerações tenho como suficiente à reprovação e prevenção do crime a pena de 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, no valor unitário equivalente a 1/30 avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato e monetariamente corrigido quando da execução, em cujo patamar se define, à míngua de circunstâncias legais ou causas especiais para oscilação. **Em razão da confissão reduzo a pena para 06 ANOS DE RECLUSÃO E 600 (SEISCENTOS) DIAS MULTA no valor unitário equivalente a 1/30 avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato e monetariamente corrigido quando da execução, em cujo patamar se define, à míngua de circunstâncias legais ou causas especiais para oscilação. O regime da pena será o inicialmente fechado. Registro que deixei de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 por entender que a partir das provas carreadas nos autos, e em análise a sua Certidão de Antecedentes Criminais, a ré se dedica às atividades criminosas, notadamente aos delitos previstos pela Lei de Tóxicos. Cabe ressaltar que em razão da expressiva quantidade de droga apreendida, conclui-se que a ré não é traficante iniciante. (...)" (e-fls. 21/22)

O Tribunal de origem, por sua vez, ao apreciar as teses defensivas em seu competente recurso de apelação criminal, salientou o que segue:

"Objetiva através do presente recurso de apelação a modificação da sentença condenatória na parte relativa à fixação da pena, a fim que seja aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006; e, como consequência à redução, a substituição da pena corporal.

E, da análise dos documentos acostados autos, observo que assiste razão ao defensor, porque efetivamente o douto sentenciante não agiu com o costumeiro acerto ao deixar de reconhecer e aplicar a minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, ao fundamento de que:

"(...) Registro que deixei de aplicar causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 por entender que a partir das provas carreadas nos autos, e em análise a sua Certidão de Antecedentes Criminais, a ré se dedica às atividades criminosas, notadamente aos delitos previstos pela Lei de Tóxicos. Cabe ressaltar que em razão da expressiva quantidade de droga apreendida, conclui-se que a ré não é traficante iniciante", f. 118.

Todavia, entendo que a fundamentação em que se ancorou o magistrado é insuficiente para a não aplicação da pretendida minorante, porque, para sua incidência, são exigidos apenas os requisitos de primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas e comprovação de que o agente não integre organização criminosa.

O fato de ter sido apreendida grande quantidade de droga (mais de um quilo de maconha) não impede o reconhecimento da referida minorante à ré, acaso esta preencha os requisitos elencados no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, cabendo, por óbvio, ao juiz, apenas utilizar das frações redutoras contidas no respectivo parágrafo.

Vale dizer: constatando-se todos os requisitos exigidos no § 4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima citado, a aplicação ou não da minorante não fica ao arbítrio do juiz, o qual deverá atentar-se às frações de redução contidas no parágrafo diante da peculiaridade de cada caso.

(...)

No caso dos autos, verifico que a apelante não é reincidente; e as condenações anteriores que possui não devem prevalecer, porque entre a data da extinção da pena e da nova infração transcorreu período superior a 5 (cinco) anos, sendo esta a dicção do art. 64, inc. I, do Código Penal.

Outrossim, não há demonstração de que se dedicava a atividades criminosas - circunstância que, por óbvio, se comprova somente após o trânsito em julgado de sentença condenatória - ou que integre organização criminosa, máxime porque não há nada nos autos a esse respeito.

Por essas razões, indubitável que a causa de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 deve ser aplicada.

Entretanto, ressalto que o art. 42 da Lei 11.343/2006 determina que na fixação da pena, além das circunstâncias do art. 59 do CPB, se considere, de forma preponderante, a natureza e a quantidade da substância.

(...)

No caso, a maior parte das circunstâncias judiciais foi sopesada em desfavor da apelante, tanto que a pena-base foi estabelecida em patamar acima do mínimo legal.

Cumpre-me, agora, a análise de duas circunstâncias de natureza preponderante, quais sejam, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido.

Embora a natureza do entorpecente (maconha) não seja tão devastadora quanto a do crack e à da cocaína, por exemplo, a quantidade de droga apreendida (mais de 1 kg) é expressiva, motivo pelo qual reduzo a pena no mínimo permitido, em 1/6 (um sexto).

Destarte, tendo sido a pena concretizada em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, reduzo-a em 1/6 (um sexto) e a concretizo em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Quanto ao pleito de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, entendo que no caso dos autos tais medidas não se revelam necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime, conquanto a presença da minorante, a desfigurar a hediondez do delito.

Primeiro, face à grande quantidade de maconha que foi apreendida em poder da ré e, segundo, quanto a substituição da pena privativa por restritivas de direitos, em razão do quantum da pena, superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos 4 (quatro) anos.

Ante ao exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, reduzir a pena em 1/6 (um sexto) e concretizá-la em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo, quanto ao mais, inalterada a sentença condenatória proferida pelo juiz de primeiro grau." (e-fls. 29/33).

Como visto, o Tribunal de origem acolheu a tese da defesa referente à aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, aplicando-lhe, contudo, o percentual mínimo de redução, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida em poder da então recorrente.

A paciente foi condenada por tráfico de mais de um quilo de maconha, o que, por si só, nos termos do entendimento jurisprudencial desta Corte, legitima o aumento da pena-base e o percentual a ser aplicado para a causa especial de diminuição, dentro dos ditames do art. 42 da Lei 11.343/2006, conforme já salientado.

Assim, inexistente o constrangimento ilegal apontado na impetração em relação à exasperação da pena-base acima do mínimo legal, nem em relação à fração aplicada para a causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06).

De mais a mais, tem-se por inviável o reexame, em *habeas corpus*, de aspectos adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

Também no que tange à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Tribunal de origem afirmou ser inviável tal conversão, tão-somente em razão da quantidade de pena aplicada, superior a 4 (quatro) anos, perfazendo, pois, limitação legal ao pedido formulado.

No que diz com o regime inicial fixado para o início do cumprimento da pena, o aresto merece reparo, na medida em que nada foi dito acerca do tema, e a sentença de piso fixou o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda tão somente em razão da hediondez do delito, óbice reiteradamente afastado no âmbito desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

É o que se pode inferir do excerto da sentença condenatória, no que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

versou sobre o tema, *verbis*:

Assim, não há falar em privilégio de forma a modificar a natureza hedionda no tráfico de drogas, incidindo sobre ele as vedações previstas na Lei 8.072/90, inclusive a imposição de regime inicialmente fechado trazida pela Lei nº 11.464/07, observando que o delito foi praticado em 04 de março de 2008.

(...)

É preciso destacar ainda que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 apenas abranda a punição do agente infrator quando ele for primário, portador de bons antecedentes e que não se dedique à atividade criminosa, mas o crime praticado por ele é equiparado a hediondo e, portanto, o regime de cumprimento da reprimenda deve ser o fechado, conforme determinação legal. (e-fls. 24/25)

É de se salientar, como já registrado, que contra o venerando acórdão, foram opostos embargos de declaração, tendo esses sido rejeitados pela Corte *a quo*, conforme informações obtidas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Não conheço do *habeas corpus*.

A hipótese é de concessão da ordem, de ofício, para que o Tribunal *a quo* verifique a fixação de regime prisional com o afastamento da hediondez como critério exclusivo para a imposição do regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.578 - MG (2012/0114780-8)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, recebi e li o memorial a respeito da questão que está sendo discutida, e, efetivamente, pude perceber que, na fixação da dosimetria, a sentença levou em conta três circunstâncias, de modo genérico: a culpabilidade, citando elementos ínsitos ao próprio conceito de culpabilidade; a conduta social da paciente, colocada em termos genéricos, referindo-se a conduta que onera o Estado, em função da prática do crime de tráfico, e também, do mesmo modo, as circunstâncias do delito.

Entretanto, a sentença levou em conta também, para a fixação da pena-base, a quantidade e a natureza do entorpecente, o que deve ser levado em consideração com preponderância sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, na fixação da pena-base, a teor do art. 42 da Lei 11.343/2006.

Entendo que o acórdão ora impugnado, ao reduzir a pena-base a 6 (seis) anos de reclusão, acabou fixando-a de modo razoável, embora não extirpasse essas circunstâncias genéricas. Embora devessem ser extirpadas, o resultado final acabaria sendo o mesmo: a fixação da pena-base em um **quantum** razoável, em face da natureza e da quantidade da droga apreendida. O **quantum** de diminuição de pena, pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas – como disse V. Exa. –, envolveria apreciação de matéria fática, e, efetivamente, a questão do regime, fixado só com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, hoje declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, é que merece ser reparado, em sede de **habeas corpus**, de ofício.

Acompanho o voto de V. Exa., não conhecendo do pedido de **habeas corpus**, porém, concedendo a ordem, de ofício, para que o Tribunal **a quo** verifique a fixação de regime prisional, com o afastamento da hediondez, estabelecida no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, já mencionada, disposição legal adotada, como critério exclusivo, para a fixação de regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0114780-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 244.578 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024112720537 24112720537

EM MESA

JULGADO: 16/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Ministra Impedida

Exma. Sra. Ministra : **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIELA BEMFICA E OUTROS

IMPETRANTE : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : MÁRCIA VITAL MAGALHÃES (PRESO)

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.