



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.432 - SP (2010/0202908-9)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : EDVALDO KAVALIAUSKAS QUIRINO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON ROBERTO DAS DORES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. REFORMA DA SENTENÇA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO AUTOMÁTICA DE MANDADO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, pois concluído pelo Tribunal de origem que pertence a organização criminosa.

3. Para se chegar a conclusão diversa, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ.

4. Embora a reprimenda não alcance oito anos de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, diante das particularidades do caso ora em análise – quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos – 926 g (novecentos e vinte e seis gramas) de maconha e 5 (cinco) pontos de LSD.

5. Ultrapassado o limite de quatro anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos. Ainda que assim não o fosse, as mesmas diretrizes acima explicitadas inviabilizariam o benefício.

6. Na linha da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão com base, tão somente, no esgotamento das instâncias ordinárias.

7. **Habeas corpus** parcialmente concedido para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado na ação penal aqui tratada.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 14 de junho de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.432 - SP (2010/0202908-9)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Anderson Roberto das Dores, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o ora paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 180, **caput**, do Código Penal, e 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06.

Finda a instrução, o Juiz de primeiro grau absolveu o paciente do crime de receptação dolosa e desclassificou a conduta de tráfico para posse de entorpecentes, condenando-o à pena de advertência sobre os efeitos das drogas. Concedido, ainda, o direito de apelar em liberdade.

Irresignado, apelou o órgão ministerial.

O Tribunal bandeirante deu provimento ao apelo para condenar o réu nos termos do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Na ocasião determinou-se a expedição de mandado de prisão.

Contra o aludido acórdão, a defesa interpôs recurso especial, que se encontra em fase de processamento na origem.

Neste *writ*, alega o impetrante que há constrangimento ilegal na expedição de mandado de prisão em desfavor do réu antes do trânsito em julgado da condenação.

Acrescenta que é cabível a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, além da substituição da sanção corporal por medida restritivas de direitos, pois o apenado preencheria os pressupostos necessários ao deferimento de tais benesses.

Requer, ao final, redimensionamento da pena com a consequente fixação de medida menos gravosa para seu cumprimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi deferida para assegurar a liberdade ao paciente até o transito em julgado da condenação.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem tão somente para permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.432 - SP (2010/0202908-9)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização desse gênero.

A alegação de que o paciente preenche todos os requisitos para ter sua pena reduzida não pode ser acolhida, pois, conquanto seja primário, o Tribunal **a quo** – no julgamento do apelo interposto pelo órgão de acusação – afastou a incidência do referido redutor, a partir da análise de elementos concretos contidos nos autos.

Vejam-se os seguintes trechos do acórdão hostilizado (fls. 18/24):

Os policiais militares S O da C e M da S A, ouvidos às fls. 165/178, informaram que os 926 gramas de maconha e 5 pontos de LSD foram encontrados no apartamento de Anderson Roberto da Dorez. Aliás, o próprio réu admite a propriedade dos tóxicos apreendidos, quando ouvido no interrogatório judicial de fls. 156/163.

A autoria não se discute. O que levou o douto magistrado da 4ª Vara Criminal de Santo André (...), a desclassificar o delito para o art. 28 da nova Lei de Tóxico foi a forma de armazenamento da maconha, em tijolos. todavia, pede-se vênica ao ilustre Juiz de Direito para discordar desse entendimento.

A quantidade de droga apreendida - 926 gramas de maconha e 5 pontos de LSD - indica com segurança que seriam destinadas aos comércio ilícito, deve ser reconhecida a ocorrência do crime de tráfico de entorpecentes, como descrito na denúncia ministerial. No entender desta Turma julgadora pouco importa não estivesse a maconha apreendida já separada em porções para consumo.(...)
(...)

Além disso, o fato de o acusado ser usuário de drogas, como relatado por ele no interrogatório judicial, não o exime da responsabilidade do delito autônomo. Eventual dependência química não impediria de ter a plena capacidade de entendimento e determinação para o tráfico.

(...)

Já está em vigor a Lei nº 11.343/06 - a nova Lei de Tóxico (...), que embora prevendo penas mais rigorosas no art. 33 e § 1º, dispõe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressamente no § 4º do mesmo artigo que "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosas."

Mas esse dispositivo legal não pode ser desassociado do art. 42 da mesma lei (...). Mediante a conjugação dos dois dispositivos legais é que será examinada a possibilidade de redução, como previsto, não podendo se desconsiderar que essa redução é facultativa, já que expresso no § 4º do art. 33 que as penas 'poderão' ser reduzidas.

(...)

No caso concreto, a apreensão foi a de quase 1 quilo de maconha. Quem tem essa quantidade de droga para o comércio, como comprovado nesta ação penal, está indubitavelmente se dedicando a uma atividade criminosa (terceira figura do artigo em exame).

Por isso é que o art. 42 da Lei nº 11.343/06 não favorece o réu destes autos. Em consequência devem as penas ser impostas no mínimo legal, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, com base no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Esta Turma Julgadora entende que os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados - e o é o tráfico de entorpecentes - não admitem a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não obstante alguns posicionamentos em contrário.

(...)

E o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 veda expressamente a substituição da pena corporal por restritivas de direitos em casos tais.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade será o inicial fechado, equiparado aos hediondos, que merece rigorosa punição.

Expeça-se mandado de prisão.

Como visto, o Tribunal de origem afastou a incidência da benesse pretendida sob o fundamento de que as circunstâncias que ladearam a prática delitiva evidenciariam o envolvimento do paciente em atividades criminosas.

Tal afirmação, na via estreita do **habeas corpus**, não pode ser contestada, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. EXCESSIVA QUANTIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE ENTORPECENTE E DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Inocorre constrangimento ilegal quando a Corte originária entende que o agente não satisfaz as exigências para a aplicação da nova causa de especial redução de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, diante da expressiva quantidade de droga apreendida em seu poder e por entender que se dedicava à atividades criminosas.

2. **Para concluir-se que o condenado não se dedicava à atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.**

(HC 101.476/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 25.5.2009)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. NÃO-IMPOSIÇÃO PELA CONDENAÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. PRAZOS PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELA AUTORIDADE COATORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NECESSIDADE DE APRECIACÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA.

1. Não há interesse na impetração do presente writ, no que diz respeito ao regime de cumprimento da pena, uma vez que a condenação impôs o regime fechado e não o integralmente fechado.

2. **A sentença expressamente afastou a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, "vez que restou comprovado que a ré se dedicava às atividades criminosas." Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus.**

(HC 78.494/MS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 8.2.2010)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. No crime de tráfico de drogas, a quantidade do entorpecente deve ser considerada na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei 6.368/76, que visa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esse fundamento apresenta-se válido para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes do STJ.

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

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar à atividade criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada.

(HC 113.005/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 1º.12.2008)

De outra parte, no que diz respeito ao regime prisional e ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, melhor sorte não assiste ao paciente.

Embora a reprimenda não alcance oito anos de reclusão, entendo que o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, diante das particularidades do caso ora em análise - variedade e considerável quantidade de entorpecentes – 926 g (novecentos e vinte e seis gramas) de maconha e 5 (cinco) pontos de LSD.

Ultrapassado o limite de quatro anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos. Ainda que assim não o fosse, as mesmas diretrizes acima explicitadas inviabilizariam o benefício.

Noutro giro, quando deferi a liminar, salientei que, na linha da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão com base, tão somente, no esgotamento das instâncias ordinárias

Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. RÉU EM LIBERDADE. JULGAMENTO DA
APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO AUTOMÁTICA DE MANDADO DE PRISÃO.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

- 1. A prisão processual, assim entendida aquela que antecede o trânsito em julgado, só pode ser imposta se evidenciada sua rigorosa necessidade.*
- 2. A determinação da prisão, com base apenas no esgotamento das instâncias ordinárias e sem amparo em dados concretos, evidencia constrangimento ilegal.*
- 3. No caso, o paciente, que permaneceu livre durante todo o processo, foi condenado por sentença que lhe beneficiou com a possibilidade de recorrer em liberdade e de que o mandado de prisão só fosse expedido após o trânsito em julgado.*
- 4. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo.*

(HC 128.714/SP, de minha relatoria, DJe de 8.6.09)

PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO DO RÉU. MANIFESTAÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS POSTERIORMENTE À DEFESA. ART. 610, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO.

(...) II - O Plenário do c. Pretório Excelso, no julgamento do HC 84.078/MG, ocorrido em 05/02/2009, concluiu que 'ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP' (Informativo-STF nº 534). III - In casu, o paciente aguardou em liberdade o julgamento do recurso de apelação e o Tribunal a quo, ao negar provimento ao apelo, determinou a expedição de mandado de prisão, sem demonstrar a necessidade da custódia cautelar. Nesse contexto, deve ser reconhecido o constrangimento ilegal decorrente da execução provisória da pena sem a demonstração dos requisitos cautelares do art. 312 do CPP. Ordem parcialmente concedida. (HC 112.589/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 3.8.09)

PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

- 1. A questão tratada no presente habeas corpus diz respeito à possibilidade de expedição de mandado de prisão em desfavor do réu que teve sua condenação confirmada em segunda instância, quando*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo (recurso especial ou extraordinário) interposto pela defesa.

2. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que "ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP" (HC 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, Informativo STF nº 534).

3. Por ocasião do julgamento, me posicionei contrariamente à tese vencedora.

4. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria, que, ao julgar o HC 84.078, assentou ser inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida.

(HC 98.166/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 19.6.09)

Diante do exposto, concedo parcialmente a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado na ação penal aqui tratada.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0202908-9

HC 189.432 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5540120090231329 9612009 990101467585

EM MESA

JULGADO: 14/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDVALDO KAVALIAUSKAS QUIRINO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON ROBERTO DAS DORES

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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.