



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.322 - RS (2016/0326352-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAURICIO OLIVEIRA ENGELMANN

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES COM BASE EM FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. ANTECEDENTES. VALORAÇÃO NEGATIVA AFASTADA. NOVA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA BENESSE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE. DEMAIS PLEITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO.

1. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na valoração negativa dos antecedentes criminais com base na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Afastada a valoração negativa dos antecedentes, cabe ao Tribunal de origem analisar novamente, com base nas circunstâncias e elementos concretos dos autos, a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

2. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de alteração do regime inicial e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

3. *Habeas corpus* concedido, em menor extensão, a fim de, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a valoração negativa dos antecedentes criminais do paciente -, determinar ao Tribunal de origem que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, em menor extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.322 - RS (2016/0326352-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAURICIO OLIVEIRA ENGELMANN

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAURICIO OLIVEIRA ENGELMANN, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n.º 0095127-96.2016.8.21.7000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi absolvido, em primeira instância, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação de tráfico ilícito de entorpecentes.

Inconformado, o *parquet* interpôs apelação criminal, que após julgada, o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso, para condenar o paciente pela prática do delito previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, além de 570 dias-multa. Eis a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO.

Materialidade e autoria comprovadas. Apreensão com o réu de três tijolinhos de maconha, pesando 0,3 gramas, e trezentas e noventa e sete pedras de crack, com peso aproximado de 37 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Validade dos depoimentos dos policiais, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sem apresentarem divergências e sem que haja demonstração no sentido de que teriam enxertado as substâncias entorpecentes na posse do réu. Desnecessidade de ato de mercancia para configuração do crime de tráfico de drogas, visto que o contexto dos autos indica que a droga apreendida destinava-se ao comércio ilegal, além de se tratar de crime de ação múltipla. Sentença reformada, para condenar o réu por incurso nas sanções do art 33 da Lei nº 11.343/2006.

Pena. Pena-base aumentada em seis meses em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, nos termos do art 42 da Lei de Drogas. Redução em seis meses pela incidência da atenuante de menoridade, pois o réu contava com dezoito anos de idade à época do fato. Pena aumentada em 1/6 em razão de se tratar de crime praticado nas proximidades de estabelecimento de ensino infantil, conforme dispõe o art 40, III, da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. **Inviabilidade de aplicação da privilegiadora prevista no art 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em razão de o réu responder a outros feitos criminais.** Fixação do regime fechado para cumprimento da pena (por maioria). Pena de multa estabelecida 570 dias-multa, à razão unitária mínima, em consonância com a pena corporal.

APELAÇÃO PROVIDA (fl. 198) (grifou-se).

Daí o presente *writ*, no qual assevera a impetrante que deve ser concedida a benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, e em seu grau máximo, já que "processo em curso" não é óbice para sua concessão, sob pena de afronta ao princípio constitucional da inocência.

Sustenta, também, que após a concessão da mencionada causa especial de diminuição de pena, sua pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos e alterado o regime prisional.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu patamar máximo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e abrandamento do regime prisional.

A liminar foi indeferida às fls. 223/225.

Foram prestadas informações às fls. 233/249 e 250.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Roberto Luís Oppermann Thomé, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 253/256).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.322 - RS (2016/0326352-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES COM BASE EM FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. ANTECEDENTES. VALORAÇÃO NEGATIVA AFASTADA. NOVA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA BENESSE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE. DEMAIS PLEITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO.

1. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na valoração negativa dos antecedentes criminais com base na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Afastada a valoração negativa dos antecedentes, cabe ao Tribunal de origem analisar novamente, com base nas circunstâncias e elementos concretos dos autos, a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

2. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de alteração do regime inicial e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

3. *Habeas corpus* concedido, em menor extensão, a fim de, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a valoração negativa dos antecedentes criminais do paciente -, determinar ao Tribunal de origem que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaco, *ab initio*, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 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, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

O Tribunal *a quo*, ao apreciar o tema, entendeu ser inaplicável o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, aos seguintes fundamentos:

Inviável, no caso, a aplicação da privilegiadora prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da mesma Lei, pois o réu responde a outros processos criminais (processo nº 001/2.15.0051095-3, pela prática, em tese, de homicídio qualificado, e processo nº 001/2.15.0071839-2, pelo suposto cometimento de roubo majorado) (fl. 207).

Ora, não é viável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena amparando-se na valoração negativa dos antecedentes criminais com base na pendência de feitos criminais em curso. É que, consoante pacífica jurisprudência deste Sodalício, inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. AFASTAMENTO PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM CURSO: IMPOSSIBILIDADE. (...) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. No caso, o Magistrado sentenciante deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º da Lei n.º 11.343/2006 em razão da existência de processo em curso contra o Paciente. Porém, nos termos da jurisprudência desta Corte, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

5. O Tribunal a quo, por sua vez, entendeu que a quantidade da droga apreendida - 60 cápsulas de "cocaína", consubstanciadas em 56,5 g -, impossibilitaria a aplicação da minorante inserta no § 4º do art.

33 da Lei de Drogas. Ocorre que a quantidade de entorpecente, embora não seja mínima, não atinge patamar que impossibilite completamente a aplicação da referida minorante.

6. A pena deve ser diminuída, em face do preenchimento dos requisitos do § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, especialmente se se considerar que fixada a pena-base no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e não reconhecida a dedicação do Paciente à atividade criminosa. Porém, à razão mínima de 1/6, devido à apreensão de quantidade razoável de entorpecente de natureza altamente lesiva.

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Porém, na hipótese, o Tribunal de origem estabeleceu o regime fechado em razão da gravidade concreta do delito, notadamente porque "o acusado possuía grande quantidade de cocaína, em diversas apresentações, e confessou que traficava já há algum tempo, o que demonstra ousadia e a necessidade de tratamento mais rigoroso".

8. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, incisos I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade de pena aplicada ao Paciente ser superior a quatro anos de reclusão.

9. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, apenas para aplicar a causa de diminuição prevista no § 4.º do art.

33 da Lei n.º 11.343/2006, no patamar mínimo, redimensionando, em consequência, a pena do Paciente, nos termos explicitados no voto.

(HC 271.516/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 03/04/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSO EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. TRÁFICO ENVOLVENDO ADOLESCENTE. BIS IN IDEM. PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. Consoante o entendimento consolidado neste Superior Tribunal, inquéritos policiais, ações penais em andamento ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado não podem ser sopesados a título de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

3. Há constrangimento ilegal quando verificado que o Tribunal de origem negou a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 também pelo fato de o acusado ter vendido droga para um adolescente, visto que tal fundamento não se encontra elencado entre os 4 requisitos taxativamente previstos na lei que afastam a incidência do redutor em questão, quais sejam, a não primariedade, a reincidência, a dedicação a atividades delituosas e a integração em organização criminosa.

4. Afastados os fundamentos utilizados para negar ao paciente a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, devem os autos ser remetidos ao Tribunal de origem para que analise o preenchimento dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em questão.

5. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da pretendida redução da pena-base ao mínimo legal, quando verificado que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para afastar os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, determinando a esse Tribunal que analise eventual preenchimento dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em comento.

(HC 121.668/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 04/08/2014)

Imperioso, por conseguinte, o afastamento do óbice utilizado pelo Tribunal de origem para negar a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Afastada a valoração negativa dos antecedentes criminais do paciente, cabe ao Tribunal de origem analisar novamente, com base nas circunstâncias e elementos concretos dos autos, a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de alteração do regime inicial e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

Ante o exposto, **concedo a ordem**, em menor extensão, a fim de, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a valoração negativa dos antecedentes criminais do paciente -, determinar ao Tribunal *a quo* que proceda à nova análise acerca da possibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aplicação do aludido redutor, examinando ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0326352-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 382.322 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121500337011 00951279620168217000 01054131820158210001 1054131820158210001
121500337011 70065338824 70068849330 951279620168217000

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAURICIO OLIVEIRA ENGELMANN

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 Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, em menor extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.