



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.675 - MG (2010/0112237-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : SILVIO DOS REIS RODRIGUES BARRETO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA DE REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS (1,86 G DE MACONHA E 485,47 G DE COCAÍNA). REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. INVIABILIDADE DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS E CONCESSÃO DE *SURSIS*. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– Não é possível conhecer do pedido de absolvição ou de desclassificação em sede de *habeas corpus*, tendo em vista que a desconstituição do que ficou estabelecido ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

– Tendo a pena-base sido fixada de forma fundamentada em elementos idôneos, observando-se o princípio da proporcionalidade, não há constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do writ.

– O Tribunal *a quo* aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza e a quantidade de droga apreendida.

– Mantida a condenação em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, não há falar em aplicação do regime aberto, nem em substituição da pena por restritiva de direitos e *sursis*, nos termos dos arts. 44 e 77 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido em parte o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior que concedia a ordem de ofício. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento do *habeas corpus*.

Brasília, 10 de dezembro de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.675 - MG (2010/0112237-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : SILVIO DOS REIS RODRIGUES BARRETO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de SILVIO DOS REIS RODRIGUES BARRETO, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 33, c/c, art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo da defesa para reduzir a reprimenda, fixando o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. Eis a ementa do v. aresto impugnado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DESCRITA NO ART. 28 DA LEI 11.343/06 - INVIABILIDADE - DESTINAÇÃO MERCANTIL DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE CARACTERIZADA - PROVA CONTUNDENTE- APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO CONTIDA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06 - POSSIBILIDADE - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS - NÃO PROVIDO O PRIMEIRO RECURSO - PROVIDO EM PARTE O SEGUNDO APELO - Há diversas condutas típicas do crime que caracterizam o delito de tráfico, ainda, que o agente não seja preso praticando atos de mercancia propriamente dita. Em sendo a prova firme no sentido de que a substância apreendida em poder dos recorrentes se destinava ao comércio ilícito, a condenação se impõe. - Quanto aos depoimentos prestados pelos milicianos, cabe ressaltar que se revestidos de idoneidade, merecem ser acolhidos, pois a mera condição funcional deles não macula, nem mesmo desabona seus relatos. O recebimento com reservas das declarações dos policiais exige a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova de vingança, perseguição, dúvida ou defeito intrínseco, que possam torná-las imprestáveis para embasar um decreto condenatório, o que não é a hipótese dos autos. - A mera alegação defensiva de que os apelantes são apenas usuários de drogas não tem o condão de desclassificar o delito de tráfico, quando do acervo probatório se extrai a finalidade mercantil do entorpecente apreendido. - Preenchendo o réu os requisitos contidos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ele faz jus à aplicação da minorante prevista no dispositivo em questão (fl. 329).

Na presente writ, busca o impetrante, em síntese, "a absolvição do paciente ou, a desclassificação da figura delitiva imputada para o tipo menos gravoso do art. 28 da Lei Antidrogas, por aplicação do benefício da dúvida; em face da insuficiência de provas que o façam incidir em tipo mais grave; estabelecer a dosimetria da pena na conformidade do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, reduzindo-a no patamar de 2/3; fixar o regime aberto para cumprimento de pena; substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou conceder o benefício do sursis" (fl. 13).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 361-362).

As informações foram prestadas (fls. 367-392).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 396-399).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.675 - MG (2010/0112237-3)

VOTO

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

O 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.

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 [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Dessa forma, o *writ* não merece ser conhecido porque é substitutivo de recurso próprio.

Todavia, considerando que o *writ* foi interposto antes da mudança do entendimento sobre o cabimento do *habeas corpus* substitutivo, 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.

No que diz respeito ao pedido de absolvição do paciente ou desclassificação para a conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o v. aresto assim consignou:

Após análise percutiente do acervo probatório, tenho que as pretensões absolutória e desclassificatória não merecem prosperar.

A materialidade delitiva restou sobejamente comprovada através do auto de prisão e apreensão em flagrante (f. 05/12), boletim de ocorrência (f. 15/18), auto de apreensão (f. 29), laudo de constatação preliminar (f. 31) e laudo definitivo (f. 103).

A autoria também se apresenta indubitosa à vista das provas coligidas.

Os recorrentes negaram o envolvimento com o tráfico de drogas.

Igor Rafael afirmou que não estava portando uma pochete. Disse que é usuário de drogas e que se dirigiu ao Aglomerado Sumaré para comprar maconha, porém não teve tempo de fazê-lo porque militares chegaram no local e o abordaram. A importância de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais) foi encontrada em uma casa que "eles estouraram lá". Apenas a quantia de R\$ 81,00 (oitenta e um reais) lhe pertencia. Não conhece o corréu Silvio e não estava com ele no momento da abordagem. Também não conhece o menor. (f. 135/136)

Por seu turno, Silvio positivou que reside no bairro Santa Terezinha e foi ao Sumaré apenas para comprar maconha, pois é usuário. Faz uso de aproximadamente 10 (dez) cigarros da droga por dia. Não conhece o corréu e nem o menor. (f. 137/138)

Contudo, as provas constantes dos autos pesam em desfavor dos recorrentes.

[...]

Destarte, extrai-se do caderno probatório que os recorrentes praticaram o delito de tráfico a eles imputado.

A diligência policial que culminou com a prisão em flagrante dos réus teve início diante da conduta suspeita dos acusados que, em local conhecido com ponto de tráfico de drogas, empreenderam fuga ao avistarem a viatura policial, sendo certo que os militares asseveraram que já haviam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presenciado os réus e o menor em outras ocasiões no local, em pontos estratégicos, mas não logram êxito na abordagem porque eles sempre se evadiam. Além disso, os policiais também receberam informações acerca do envolvimento dos recorrentes com o tráfico de drogas.

[...]

Portanto, a versão apresentada pelos réus esta isolada nos autos e não resiste a um confronto com o acervo probante, porquanto analisando os fatos não restam dúvidas de que os recorrentes e o menor foram vistos em ponto de venda de drogas trazendo consigo expressiva quantidade de droga, sendo certo que "todos os materiais arrecadados foram apreendidos em poder dos denunciados e do menor e não entraram em nenhum barracão no momento da abordagem e da prisão".

A propósito dos depoimentos prestados pelos milicianos, cabe ressaltar que se revestidos de idoneidade, merecem ser acolhidos, pois a mera condição funcional deles não macula, nem mesmo desabona seus relatos. O recebimento com reservas das declarações dos policiais exige a prova de vingança, perseguição, dúvida ou defeito intrínseco, que possam torná-las imprestáveis para embasar um decreto condenatório, o que não é a hipótese dos autos.

Ademais, para a configuração do delito capitulado no art. 33 da Lei 11.343/06 é desnecessário que o agente seja surpreendido a comercializar a droga. O delito de tráfico, classificado como crime de ação múltipla (de conteúdo variado ou alternativo), consuma-se com a prática de qualquer das condutas inscritas no referido artigo. Vender, em matéria de entorpecentes é apenas uma das condutas típicas, que abrange também as condutas de "trazer consigo".

Portanto, o conjunto probatório autoriza a condenação do apelante, não havendo que se falar em in dubio pro reo e em fragilidade das provas que mostram-se conclusivas e em sintonia com a dinâmica e a lógica dos fatos.

Desclassificação para a conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/06

Pleiteiam também a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06.

O artigo 28, §2º, do mencionado dispositivo, estabelece elementos para que o julgador possa determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, como a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, além da conduta e antecedentes do agente.

[...]

A mera alegação defensiva de serem os apelantes apenas usuários não tem o condão de desclassificar o delito, posto que restou comprovada a destinação mercantil da droga diante da variedade e quantidade de entorpecente apreendido (485,47 gramas de cocaína e 1,86 gramas de maconha), além da apreensão das balanças de precisão e saquinhos plásticos. Aliados a isso, a apreensão de expressiva quantia em espécie (R\$ 1.956,95) e o local de prisão ser conhecido como ponto de tráfico.

Assim, a alegação de Silvio que é mero usuário e que foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendido em seu poder apenas um cigarro artesanal de maconha, sendo a quantia apreendida compatível com o uso, não encontra amparo nos autos, porquanto o que se extrai do acervo probatório é que a droga apreendida (cocaína e maconha) se destinava ao comércio ilícito e pertencia aos recorrentes e ao menor que, inclusive, eram vistos juntos no local da abordagem.

Além disso, nada impede que os apelantes sejam ao mesmo tempo usuários e traficantes, sendo, aliás, até comum tal fato. Assim, a condição de usuários não exime da responsabilidade de serem eles também traficantes.

Neste contexto, as circunstâncias evidenciam a prática do delito de tráfico, não havendo que se falar em desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06.

Assim, a manutenção da condenação é medida de rigor (fls. 332-340).

Ante a fundamentação trazida pelo Tribunal de origem, soberano na análise de provas, não é possível conhecer do pedido de absolvição ou de desclassificação em sede de *habeas corpus*, tendo em vista que a desconstituição do que ficou estabelecido ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO DE POSSE, PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA ELEITA INADEQUADA. REEXAME DE PROVA. REGIME INICIAL FECHADO, PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA RECLUSIVA. 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. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

V. A pretensão do impetrante de absolvição do paciente ou de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de posse, para consumo pessoal, não é possível de acolhimento, na via eleita, pois tal envolveria análise profunda do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra de todo incompatível com os estreitos limites do habeas corpus, especialmente quando as instâncias ordinárias, ao analisarem as provas carreadas aos autos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restaram convictas quanto à configuração do crime de tráfico de drogas.

VI. Consoante a jurisprudência do STJ, "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" (STJ, HC 172.712/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 24/04/2013).

VII. Fixada a pena do paciente em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, foi-lhe determinado o regime inicialmente fechado, tão somente em face do disposto no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarado inconstitucional, pelo STF (HC 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PLENO, julgado em 27/06/2012), o que revela manifesto constrangimento ilegal.

VIII. Habeas corpus não conhecido.

IX. Ordem concedida, de ofício, para que o Juízo da Execução, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, analise a questão relativa ao regime inicial de cumprimento de pena do paciente, à luz do art. 33 do Código Penal (HC 262.576/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 20.5.2013).

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

[...]

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. Paciente que é reincidente e, por isso mesmo, não pode ser beneficiado com a causa especial de diminuição do tráfico.

4. Alteração do regime inicial de pena e de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos colocadas como consequência da redução da pena que não ocorreu. Montante, ademais, da reprimenda, que impede os pleitos.

5. Ausência de flagrante ilegalidade, apta a fazer relevar a impropriedade desta impetração.

6. Writ não conhecido (HC 172.712/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24.4.2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

USO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. DESCABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 após ser preso em flagrante, no dia 21 de dezembro de 2010, na posse de 0,4 g de crack e 3,0 g de cocaína e 2,0 g de maconha, para fins de difusão ilícita.

2. Acolher a tese de que o condenado é inocente ou mero usuário de drogas, para absolvê-lo ou diminuir sua reprimenda, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, incabível na via do habeas corpus, mormente quando as instâncias ordinárias afastaram esse argumento com fundamentação coerente.

[...]

7. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e denegada (HC 250.877/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 02/10/2012).

Postula a defesa a diminuição da pena-base imposta, sob alegação de que a fixação pelo Tribunal *a quo* foi exacerbada.

É consabido que em sede de *habeas corpus*, somente nos casos de flagrante ilegalidade, com expressa violação aos artigos 59 e 68 do Código Penal, é que se admite a modificação da dosimetria da pena aplicada na origem, tendo em vista que os estreitos limites do remédio constitucional não comportam a análise das provas produzidas nos autos.

Na espécie, o v. aresto impugnado, ao realizar a dosimetria da reprimenda, assim consignou:

Quanto à análise das circunstâncias judiciais, apenas a culpabilidade merece destaque negativo.

*Tenho que a culpabilidade deve ser tida em desfavor do réu, porém, por razões diversas da d. sentenciante. **No caso em apreço, a culpabilidade ultrapassa os limites do próprio delito. Vê-se que o apelante e seus comparsas movimentam expressivas quantias de dinheiro e drogas de alto poder viciante e vulnerante, e tentou, inclusive, se furtar a ação da Justiça atribuindo exclusivamente a responsabilidade ao adolescente pela prática do delito, circunstâncias que aumentam, a reprovação da conduta.*** (fl. 343).

Observe, portanto, que a fixação da pena-base do crime de tráfico acima do mínimo legal, foi devidamente fundamentada e se deu de forma razoável e proporcional.

Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. QUALIDADE E QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso adequado. Precedentes.

2. Não existe constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do habeas corpus quando a pena-base é fixada de forma fundamentada em elementos idôneos, observando-se o princípio da proporcionalidade, de modo a se preservar o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias elevaram as penas-base em 1 ano e 8 meses de reclusão, levando em consideração a qualidade e a quantidade da droga apreendida, a saber, 67 porções de crack, bem como as circunstâncias do crime, tendo em vista que os pacientes mantinham vários celulares para controlar as vendas dos entorpecentes e até anotações relativas aos compradores da droga. Ilegalidade inexistente.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 241.498/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 14.6.2013).

O pedido de aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, do mesmo modo não merece acolhida.

No caso, anoto que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi aplicada em patamar diverso do grau máximo, ou seja, em 1/6, levando-se em conta a natureza e a quantidade de droga encontrada com o paciente (1,86 gramas de maconha e 485,47 gramas de cocaína).

Segundo considerou v. aresto impugnado, "*reconheço em favor do réu a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e reduzo a pena em 1/6, porquanto segundo as diretrizes do art. 42 da referida lei, a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do réu e do corréu, que conforme esclarecido alhures agiam em co-autoria, -1,86 gramas de maconha e 485,47 gramas de cocaína - autoriza a redução mínima, passando-a para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa*" (fl. 344).

Não vislumbro, portanto, ilegalidade alguma na decisão impugnada que está na esteira do entendimento desta Corte, pois, consoante inúmeros precedentes, a natureza e quantidade de entorpecentes devem também ser valoradas na aferição do índice de diminuição da pena pela aplicação da referida minorante.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A Paciente foi condenada como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 04 anos e 07 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por transportar 700 g de crack em transporte coletivo.

2. O Tribunal de Justiça a quo considerou que as circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade à conduta da agente. E o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. A aplicação da minorante no patamar mínimo foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória. Precedentes.

[...] (HC 221.341/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 6.3.2013).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. ART. 557, CAPUT, DO CPC C/C ART. 3º DO CPP. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. APRECIACÃO DA MATÉRIA, EM JULGAMENTO COLEGIADO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO (2/3). QUANTUM DE 1/5 (UM QUINTO) DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

II. Na espécie, a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 foi aplicada à razão de 1/5 (um quinto), tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza da droga apreendida - 7.050g (sete mil e cinquenta gramas) de cocaína -, mostrando-se tal motivação adequada para justificar a fixação da minorante aquém de 2/3. Precedentes do STJ.

III. Não há que se falar em ocorrência de bis in idem, tendo em vista a utilização do mesmo fundamento para aumentar a pena-base e mitigar a causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

IV. Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 1.377.144/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 1.10.2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3,190 KG DE PASTA-BASE DE COCAÍNA). ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso adequado. Precedentes.

2. A partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade de droga apreendida (3,190 kg de pasta-base de cocaína - fl. 58), o que justifica uma maior reprimenda penal e impede, por sua vez, a aplicação da fração de 2/3, como pretendido.

3. É possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, levando-se em consideração a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 240.751/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 1.8.2013).

No que se refere ao alegado direito ao cumprimento da pena em regime aberto, tampouco merece prosperar a irresignação.

Isso porque o paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Assim, a aplicação do regime inicial de cumprimento da pena no semiaberto foi corretamente aplicada pela Corte estadual, à luz do art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, já que a pena definitiva é superior a 4 anos e inferior a 8 anos.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8 JUSTIFICADO. DELITO DE RESISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO DOS AUTOS. CRIMES AUTÔNOMOS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SOMATÓRIO DAS PENAS. ART. 111 DA LEI N.º 7.210/84. REGIME SEMIABERTO. WRIT CONCEDIDO, DE OFÍCIO, NESSE PONTO.

[...]

10. **O somatório das penas, à luz do art. 111 da Lei n.º 7.210/84, autoriza a fixação do regime inicial intermediário, já que a sanção total é superior a 04 anos e não excede a 08 anos (CP, art. 33, § 2.º, alínea b).**

11. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de, reformando a sentença condenatória e o acórdão combatido, reduzir as sanções do Paciente para 05 anos e 06 meses de reclusão, por infração ao art. 157, § 2.º, inciso I e II, do Código Penal, e 02 meses de detenção, como incurso no art. 329 do mesmo diploma legal. Habeas corpus concedido, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto (HC 221.419/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 21.5.2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APELAÇÃO JULGADA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PENA TOTAL SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO DENEGADA.

[...]

5. O art. 33, § 2º, b, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e que não exceda 8 (oito) anos poderá iniciar o cumprimento da sanção no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

6. O total da pena privativa de liberdade aplicada foi de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, motivo pelo qual não há constrangimento ilegal na fixação do regime semiaberto para início de seu cumprimento.

7. Habeas Corpus conhecido em parte e, nesta extensão, denegado (HC 220.131/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17.12.2012).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (460G DE CRACK). ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. INVIABILIDADE DO REGIME ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- O Tribunal a quo aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida (460g de crack).

- O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14/06/2013).

- Estando devidamente fundamentado o quantum de redução da pena, é inviável, em sede de habeas corpus, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Precedente: HC 173.511/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 22.2.2012.

- Mantida a condenação em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, não há falar em aplicação do regime aberto, nem em substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido (HC 253.865/MG, por mim relatado, Sexta Turma, DJe 7.11.2013).

Por fim, mantida a condenação da paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a concessão de *sursis*, porquanto ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 e 77 do CP.

Ante o exposto, por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e por inexistir qualquer constrangimento que justifique a concessão de ordem de ofício, não conheço da impetração.

Dê-se ciência do julgamento do presente *writ* à Exma. Sra. Ministra Rosa Weber, Relatora do HC n. 119.737/MG, do Supremo Tribunal Federal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.675 - MG (2010/0112237-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Srs. Ministros, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**, para fixar a pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.675 - MG (2010/0112237-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ: Sr. Presidente,
acompanho a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0112237-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 176.675 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024081933434

21581

24081933434

EM MESA

JULGADO: 10/12/2013

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : SILVIO DOS REIS RODRIGUES BARRETO

CORRÉU : IGOR RAFAEL BARBOSA RIBEIRO

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, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido em parte o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior que concedia a ordem de ofício.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento do habeas corpus.