



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.709 - MG (2011/0311932-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WELLINGTON DE JESUS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, diante das circunstâncias do caso concreto - empreitada criminosa envolvendo de 317,78 g de maconha - o *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. *In casu*, tendo a reprimenda final do paciente alcançado 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
4. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de dezembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.709 - MG (2011/0311932-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WELLINGTON DE JESUS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON DE JESUS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n.º 1.0027.10.024642-3/001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial e negou provimento ao apelo defensivo, por maioria. Eis os termos do voto do Relator, vencido parcialmente:

Conheço dos recursos de apelação, porquanto estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Passo a analisar conjuntamente os recursos interpostos.

No caso dos autos, o apelante foi condenado como incurso no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 que, informalmente, é denominado de "tráfico privilegiado".

É uníssono na jurisprudência do STJ que o crime de tráfico de drogas, em todas as suas modalidades, é equiparado ao crime hediondo, pelo disposto no artigo 2º da Lei n.º 8.072/90.

Ocorre que, não obstante a hediondez do crime praticado pela apelante, os Tribunais Superiores, em decisões recentes, já sinalizaram acerca da inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei de Tóxicos e que a determinação de penas, sempre no regime inicial fechado, viola o princípio da individualização da pena.

Desta forma, todas as circunstâncias legais do artigo 59 do CP devem ser analisadas para que seja fixado o regime inicial do cumprimento da pena.

No tocante à culpabilidade temos que é o conjunto de todos os demais fatores unidos como: antecedentes - conduta social - personalidade do agente - motivos do crime - circunstâncias do delito - consequências do crime - comportamento da vítima, que será igual à culpabilidade maior ou menor.

O Juiz de primeiro grau ao apreciar as circunstâncias judiciais assim declinou: " (...) Considerando-se que é primário, sem antecedentes criminais nos autos (fls. 49/51); agiu com dolo e sua conduta é censurável; trazia consigo e tinha em depósito para fins de traficância 317,78g de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maconha (fl. 31), colocando em risco a saúde pública e fomentando o uso de entorpecentes; comportamento social e personalidade a merecer reparos; fixo-lhe a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, calculada no mínimo legal, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa no valor mínimo unitário. A circunstância atenuante da confissão espontânea não tem o condão de reduzir a reprimenda aquém do mínimo legal (...)"

Ao analisar os autos, vejo que melhor sorte não assiste ao apelante Wellington de Jesus em seu pleito recursal e nem o Ministério Público, pois o Juízo de primeiro grau agiu com acerto, quando da sentença.

Em que pese ser o apelante primário, o CAC e o FAC de fls. 49/54-TJ demonstram que ele já teve vários envolvimento com a polícia e o mundo do crime e especificamente neste delito agiu dolosamente e com conduta censurável.

A Lei 11.343/06 em seu artigo 42, conferindo caráter preponderante para fixação da pena, introduziu a Personalidade do agente para servir de parâmetro para o confronto, porventura existente entre agravantes e atenuantes porque afinal, as que estiverem ligadas ao fator personalidade devem preponderar sobre as que não se prenderem a tal ponto.

Quanto à personalidade, temos os ensinamentos do professor Guilherme de Souza Nucci em sua obra Código Penal Comentado 10ª edição - fls. 405:

"Conceito de Personalidade: trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. "A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade um conjunto somatopsíquico (ou psicomático) no qual se integra um componente morfológico, estático que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral, ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter que é a expressão psicológica do temperamento". - "Conduta Social: é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc".

O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado no interrogatório, e as testemunhas durante a instrução.

Neste contexto, extrai-se dos autos que mesmo já tendo o apelante circulado pelo mundo do crime e não ter sido condenado, não foi o bastante para que não voltasse a delinquir.

Em seu depoimento às fls. 68/9-TJ, assim declarou:

(...)

Ao nosso aviso, o CAC e FAC de fls. 49/54 não retratou fielmente as declarações do apelante em seu interrogatório, dizendo que quando tivesse oportunidade iria trabalhar honestamente, pois desde o ano de 2007, vem se envolvendo com a polícia e a própria justiça e neste sentido não se preocupou em mudar o rumo de sua própria vida, vindo a ser condenado nestes autos, conforme sentença de fls. 94/98, publicada em 17 de dezembro de 2010.

O Juízo de primeiro grau atendeu ao artigo 59 do CP, pois quando da análise das circunstâncias judiciais, verificou com presteza o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comportamento do apelante e sua personalidade aplicando-lhe pena base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias multa no valor mínimo unitário.

(...)

O Juízo singular na causa de diminuição da pena também agiu com acerto, pois conforme se depreende dos autos, o apelante agiu com dolo e sua conduta é censurável, trazendo consigo 317,78 g de maconha, confessando inclusive que estava traficando drogas, conforme fl. 68/69-TJ.

Não se pode olvidar que o motivo do tráfico é conseguir vantagem econômica para alimentar vício alheio e a circunstância do crime é o ato de vender drogas.

Esta é a forma pela qual o agente comete o crime, ou seja, o local de venda e o destinatário da transação comercial ilícita e clandestina.

No caso em tela, verifica-se que a substituição da pena pleiteada pelo apelante, possui um obstáculo intransponível para ser aplicada, pois ela não é suficiente para impedir que ele volte a vender drogas porque não tem condições de frear o ganho fácil de dinheiro, fato que impede que ele atinja seu objetivo maior.

Ora, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, acabará levando o apelante para dentro das instituições públicas, como escolas, creches, hospitais, etc, fazendo que continue com sua mercancia nefasta.

Vale salientar, que a simples restrição de direitos é insuficiente para prevenção geral e especial da criminalidade ao traficante que possui personalidade mal formada, e a prática deste delito é nociva à sociedade, principalmente à juventude que já anda tão combatida.

(...)

Assim, observando os requisitos do artigo 59 c/c 68, ambos do CP, entendo que a fixação da pena de reclusão no patamar de quatro anos e dois meses e mais 416 dias multa, inicialmente em regime semiaberto é medida que se impõe.

Com tal decisão, resta prejudicada a análise do recurso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais com relação à majoração da pena base acima do mínimo legal e aplicação da causa de aumento de pena descrita no artigo 40, inciso VI da Lei 11.343/06.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO aos recursos de apelação, para que seja mantida a sentença proferida às fls. 94/98 (fls. 207/213).

Confira-se, ademais, o voto vencedor:

Acompanho o culto Relator ao negar provimento ao recurso defensivo e também quando entende que o Magistrado *a quo* agiu corretamente ao fixar as penas-base no mínimo legal.

Ouso, contudo, divergir do ilustre Desembargador quando rejeita o pleito ministerial para que fosse aplicada a causa de aumento prevista no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 40, VI, da Lei antidrogas.

Embora não haja nos autos cópia do documento de identidade, nem da certidão de nascimento da adolescente, entendo, data venia, ter sido comprovada sua menoridade, em diversas oportunidades.

Nesse sentido, temos a qualificação da adolescente, no auto de prisão em flagrante delito de f. 08-08v, no qual consta, expressamente, sua data de nascimento; no termo de entrega sob guarda, responsabilidade e compromisso de f. 18; e no boletim de ocorrência de f. 22.

Tais documentos públicos são hábeis a demonstrar que ela contava com apenas 17 (dezesete) anos de idade na data dos fatos.

(...)

Destarte, entendo ter sido comprovada a menoridade da adolescente envolvida na mercancia de drogas praticada pelo apelante, não padecendo incertezas a este respeito, conforme acima destacamos.

Assim sendo, promovemos breve modificação do julgado, na terceira fase da dosimetria penal, elevando as penas em um sexto, tornando-as definitivas, para o fato destes autos, em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, a unidade no menor patamar.

Demais cominações da sentença mantidas.

Pelo exposto, pedindo vênica para divergir do culto Relator, nego provimento ao recurso defensivo e dou parcial provimento ao recurso ministerial (fls. 213/215).

No presente *mandamus*, alega o impetrante que "o posicionamento do eg. TJMG é injusto e está submetendo o paciente a constrangimento ilegal reparável pela presente via heróica considerando que, na segunda instância, foi mantida a redução da pena em 1/6, negado regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fl. 2).

Sustenta a ausência de fundamentação idônea para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em apenas 1/6, "por serem favoráveis ao paciente as circunstâncias do art. 59 do Código Penal" (fl. 5).

Defende que, reduzida a pena nos moldes pleiteados, será possível a fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito:

1. Seja concedida a redução da pena em 2/3 face ao reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do Art. 33 da lei 11.343/06, posto que não há fundamento que justifique redução diversa;
2. Seja fixado o regime aberto para início de cumprimento da pena;
3. Seja concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 12).

A liminar foi indeferida à fl. 223.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foram prestadas informações às fls. 226/235.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Helenita Caiado de Acioli, pela denegação da ordem (fls. 242/246).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.709 - MG (2011/0311932-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, diante das circunstâncias do caso concreto - empreitada criminosa envolvendo de 317,78 g de maconha - o *quantum* de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. *In casu*, tendo a reprimenda final do paciente alcançado 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
4. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, impende registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, porquanto o estabelecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, arbitrário.

Com efeito, o Tribunal de origem entendeu ser razoável, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da benesse em apenas 1/6, diante das circunstâncias do caso concreto - empreitada criminosa envolvendo 317,78 g de maconha (fl. 127) - o que não configura manifesta ilegalidade.

Devidamente fundamentado o *quantum* de aplicação da causa especial de redução de pena, fixar outro montante demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, 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.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho o seguinte julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal, aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

No tocante à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente writ.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexistente, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

Do mesmo modo, inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 4 anos, o que impede a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0311932-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 229.709 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10027100246423001 27100246423

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relatora

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

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 : JUNIA ROMAN CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : WELLINGTON DE JESUS (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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.