



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.098 - RS (2012/0192841-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : ANDERSON REMBOWSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDRÉ GOMES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRETENDIDA REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. *QUANTUM* DE REDUÇÃO. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ARTIGO 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO 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 ou ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da almejada redução da pena-base ao mínimo legal e da pretendida alteração do *quantum* de redução de pena relativo à minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, quando verificado que essas matérias não foram analisadas pela Corte estadual, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

4. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade de drogas apreendidas – 7 pedras de crack.

5. Não há como proceder-se à substituição da pena também em razão de o paciente ter sido definitivamente condenado à reprimenda de 4 anos e 2 meses de reclusão (superior, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal).

6. *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, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 24 de setembro de 2013(data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.098 - RS (2012/0192841-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : ANDERSON REMBOWSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDRÉ GOMES DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ANDRÉ GOMES DA SILVA, paciente do presente *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, face a acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento à Apelação n. 70043130137.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado **à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 001/2.10.0062381-3).

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base do paciente deveria ser fixada no mínimo legalmente previsto, tendo em vista que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas a ele favoráveis.

Ainda, defende que a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 deveria ter sido aplicada no patamar máximo de 2/3, e não em 1/6, como procedido pelo Juiz singular.

Entende que o Juiz sentenciante não teria fundamentado, concretamente, a aplicação da minorante em questão no menor patamar legalmente previsto.

Reduzida a reprimenda nos moldes anteriormente delineados, argumenta que deveria ser procedida à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Requeru, liminarmente e no mérito:

a) a redução da pena-base ao mínimo legal;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar máximo de 2/3; e

c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

Estes autos vieram a mim atribuídos em 6/8/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.098 - RS (2012/0192841-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRETENDIDA REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE REDUÇÃO. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ARTIGO 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO 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 ou ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.
2. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da almejada redução da pena-base ao mínimo legal e da pretendida alteração do *quantum* de redução de pena relativo à minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, quando verificado que essas matérias não foram analisadas pela Corte estadual, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.
3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.
4. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade de drogas apreendidas – 7



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedras de crack.

5. Não há como proceder-se à substituição da pena também em razão de o paciente ter sido definitivamente condenado à reprimenda de 4 anos e 2 meses de reclusão (superior, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal).

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (RELATOR):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema (HC n. 109.956/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012; HC n. 108.901/SP, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10/5/2013), também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal (HC n. 183.889/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/8/2013).

Não obstante essa mudança de paradigma, ambas as Cortes têm feito a ressalva de que, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo, nada impede que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça – conforme o caso – analise a questão de ofício, nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

Sob tais premissas, **não constato**, na espécie em exame, a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal passível de engendrar a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

No que tange à almejada redução da pena-base ao mínimo legal e à pretendida alteração do *quantum* de redução de pena relativo à minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, constato que **essas matérias não foram analisadas pelo Tribunal de origem**, o que impede a apreciação dessas questões diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

Quanto à almejada substituição da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritiva de direitos, o Juiz sentenciante assim se manifestou (fl. 21):

Não preenchendo os réus os requisitos do art. 44 do CP, deixo de substituir a pena privativa de liberdade, não sendo recomendada qualquer substituição ou redução, pelo art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, devido à considerável quantidade e espécie de entorpecente apreendido. (grifo próprio).

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve a negativa de permuta, pelo fundamento abaixo descrito (fl. 8):

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não pode ser operada, sob pena de negativa de vigência de lei federal, pois o art. 44 da Lei nº 11.343/06 veda expressamente tal substituição.

Certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, da relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão *vedada a conversão em penas restritivas de direitos*, constante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Não obstante, imperioso salientar que, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no artigo 44 do Código Penal, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Segundo o disposto no artigo 44, III, do Código Penal, a pena privativa de liberdade **poderá** ser convertida em restritiva de direitos somente quando, após a verificação do preenchimento dos requisitos objetivos, *a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente*, nos moldes do artigo 59 do Código Penal.

Não obstante, os autos indicam que foi negada ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, em razão da "considerável quantidade e espécie de entorpecente apreendido" (fl. 21), sendo certo que foram apreendidas em poder do acusado **7 pedras de crack, já devidamente embaladas para a venda** (fl. 17), substância entorpecente cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, já que dotada de alto poder viciante.

Dessa forma, tenho que referidas circunstâncias, somadas às peculiaridades do caso concreto (em especial, a alta nocividade da substância entorpecente apreendida e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - fl. 20), evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

Ainda que assim não fosse, tenho que, sob nenhum ângulo, haveria como proceder-se à substituição da pena, tendo em vista que o paciente restou definitivamente condenado à reprimenda de **4 anos e 2 meses de reclusão** (superior, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44 do Código Penal).

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0192841-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 254.098 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 121000623813 70043130137

EM MESA

JULGADO: 24/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDERSON REMBOWSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDRÉ GOMES DA SILVA
CORRÉU : SHERON SÁ SILVA

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.