



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.165 - SP (2012/0261228-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : JOÃO PAULO PEREIRA GREJO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AGUINALDO DONIZETE TORRES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Tribunal de Justiça não analisou a possibilidade de aplicação da minorante legal e da substituição da pena, havendo a parte olvidado de opor embargos de declaração para suscitar a controvérsia, o que impede seu conhecimento direto por esta Corte, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.
2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas.
3. Para afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência esta que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.
4. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de outubro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.165 - SP (2012/0261228-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : JOÃO PAULO PEREIRA GREJO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : AGUINALDO DONIZETE TORRES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

AGUINALDO DONIZETE TORRES, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito à locomoção, em decorrência do acórdão proferido pela 5ª Câmara do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa.

Extraí-se dos autos que o paciente foi denunciado e posteriormente condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo absolvido do crime do art. 35 da mesma Lei.

Defesa e Ministério Público apelaram. Aquela visou à absolvição do réu, sob o argumento de se encontrar em estado de necessidade, pleiteando, ainda, a redução da pena ante o reconhecimento da circunstância da confissão espontânea. O órgão do *Parquet* local pretendia, por sua vez, a condenação do ora paciente também pelo crime de associação para o tráfico.

A Corte de origem negou provimento aos recursos, para manter a sentença condenatória em todos os seus termos.

Nas razões deste *mandamus*, o impetrante sustenta constrangimento ilegal, em virtude da ausência de provas, da não redução da pena nos termos do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e da não substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Afirma, ainda, que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, não integra organização com esse fim e, por tudo isso e por haver confessado o crime, é merecedor da fixação definitiva da reprimenda em 1 ano e 8 meses de prestação de serviço à comunidade.

Nesse contexto, explica que o Supremo Tribunal Federal, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento do HC n. 97.256/RS, decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo que proíbe expressamente a conversão da pena privativa por restritiva de direitos, o que resultou na edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, que se aplica ao caso dos autos.

Requer a concessão da ordem, para que seja aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – em seu grau máximo – bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 76-77).

Informações prestadas às fls. 80-89 e 93-111.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 114-125, opinando pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.165 - SP (2012/0261228-1) EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Tribunal de Justiça não analisou a possibilidade de aplicação da minorante legal e da substituição da pena, havendo a parte olvidado de opor embargos de declaração para suscitar a controvérsia, o que impede seu conhecimento direto por esta Corte, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.
2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas.
3. Para afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência esta que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.
4. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

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

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **não identifico suficientes razões**, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

Dos documentos trazidos à colação, verifico que o paciente foi condenado, definitivamente, à pena de **6 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado**, além de 666 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Segundo a denúncia, no dia 13/10/2010, o indiciado tinha, em depósito, "para fins de venda e entrega a consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, **1,157 Kilogramas da substância conhecida como 'Cocaína'**, dividida em 06 (seis) embalagens distintas, embalada em plástico; **189 gramas da substância conhecida como 'Crack'**, dividida em duas pedras, embaladas em plástico; **45 gramas da substância conhecida como 'Maconha'**, na forma de um tijolo e parte desfiada, acondicionada em plástico preto e vidro pequeno de plástico; uma **balança de precisão**, marca 'Rochelle', modelo EK3252; uma **balança de precisão**, marca 'Diamond', modelo 500; uma **balança de precisão**, marca 'Power Pack', modelo PW500; um **rolo de papel alumínio** sem marca; e um aparelho celular, marca 'LG', operadora Claro, cor vermelha, nº 91268076" (fl. 12).

I.

Em relação à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a impetração não merece ser conhecida.

Com efeito, o Tribunal de Justiça não analisou a possibilidade de aplicação da minorante legal, e a parte olvidou de opor embargos de declaração para suscitar a controvérsia, o que impede seu conhecimento direto por esta Corte, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

Neste sentido:

[...]

Não tendo sido submetido ou apreciado pelo Tribunal a quo o tema relativo à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não há como este Tribunal Superior manifestar-se sobre a matéria, vedada a supressão de instância

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no HC 250.432/PI, Rel. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, 5ªT., Dje de 26/2/2013)

Ainda que assim não fosse, cumpre destacar que o escopo da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "a *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (HC n. 202.617/AC, Relator Ministro **Adilson Vieira Macabu** (Desembargador convocado do TJ/RJ), 5ªT., DJe 20/6/2011).

Por isso mesmo, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes, a não integração em organização criminosa e a não dedicação a atividades delituosas.

Na espécie dos autos, não obstante o paciente seja tecnicamente primário, verifico que as instâncias ordinárias entenderam indevida a incidência da causa de diminuição, com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais evidenciam que ele **se dedicava a atividade delituosa do tráfico**. Aliás, conforme registrado pelo Tribunal de origem "Agnaldo, interrogado a fls. 135/136. elenca: "assume a propriedade do entorpecente que foi encontrado no quintal de sua residência; recebeu o entorpecente consistente em cocaína de uma pessoa que prefere não declinar o nome e enterrou a droga em seu quintal; o fez assim porque é travesti e tem dificuldades de arrumar emprego em virtude da discriminação: foi combinado que receberia, por guardar a droga, a importância de RS 200,00, por semana;" (fl. 66).

Nesse contexto, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão das instâncias ordinárias – tanto pela condenação como por eventual negativa de aplicação da minorante –, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido, vale mencionar o HC n. 177.312/AC (6ª T., DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13/8/2013), em que a Relatora Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA** asseverou que: "fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (... já que o mesmo confessou que possui uma 'bocada' na cidade de Capixaba há 01 (um) ano, conforme depoimento de fl. 10...), é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, **conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório**".

E outro, da **minha relatoria**:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. 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. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

3. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, pois, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, verifica-se que o Juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

4. Para se afastar a conclusão de que a paciente não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 240828/SP, 6ªT., DJe de 10/12/2013)

II.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, quanto à almejada **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, também verifico que **não houve manifestação do Tribunal de origem sobre o tema**, incidindo, igualmente, a supressão de instância, que impede a análise da questão por esta Corte Superior.

Sem embargo, certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no 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 art. 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 art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Não obstante todas essas considerações, 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 art. 44 do Código Penal.

No caso dos autos, infere-se que as instâncias ordinárias não consideraram a possibilidade de aplicação desse benefício, tendo em vista haver o paciente sido condenado a **reprimenda superior a 4 anos de reclusão**. Fica, portanto, afastado o alegado constrangimento ilegal de que ele estaria sendo vítima também nesse ponto, à luz do art. 44, I, do Código Penal.

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus* e, examinando seu conteúdo, não identifico constrangimento ilegal que pudesse me levar a conceder, *ex officio*, a ordem postulada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0261228-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 261.165 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120000590152 3842010 4000120100091957 91952720108260400

EM MESA

JULGADO: 21/10/2014

Relator

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

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 : JOÃO PAULO PEREIRA GREJO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AGUINALDO DONIZETE TORRES (PRESO)
CORRÉU : FABIO JOSÉ DA SILVA

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.