



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.434 - SP (2018/0062318-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : MANOEL CARLOS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MANOEL CARLOS DE OLIVEIRA - SP110448
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMIRA MARIA DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. VASTO ACERVO PROBATÓRIO AMEALHADO AOS AUTOS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS PARA O DELITO DE ARMAS. INADMISSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO ATENDIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO DEMONSTRAM A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA ESTATAL MAIS INCISIVA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heroico. Não obstante isso, a condenação da paciente, em todos os delitos que lhe foram imputados, foi lastreada em vasto acervo probatório amealhado ao longo da instrução criminal.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. No caso, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que a paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual, denotando integrar organização criminosa. Assim, desconstituir tal assertiva demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

5. Para se operar a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, previstos no art. 44 do Código Penal.

6. Os requisitos subjetivos não foram atendidos, haja vista as circunstâncias do caso concreto, que demonstram a necessidade de uma resposta estatal mais severa, de modo que a substituição da pena não se mostra recomendável.

7. *Habeas Corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.434 - SP (2018/0062318-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : MANOEL CARLOS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MANOEL CARLOS DE OLIVEIRA - SP110448
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMIRA MARIA DE SOUZA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de SAMIRA MARIA DE SOUZA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0004789-78.2010.8.26.0394.

Consta dos autos, que a paciente foi condenada às penas de 11 anos de reclusão, pela prática dos delitos tipificados nos **arts. 33 e 35, caput, ambos da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 16, da Lei n. 10.826/2003**, e a 1 ano de detenção, pela prática do crime previsto no **art. 12, da Lei n. 10.826/2003**, em regime inicial fechado (e-STJ fls. 21/29).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte estadual, que negou provimento ao apelo para manter incólume a sentença primeva (e-STJ fls. 30/66).

O recurso especial foi inadmitido na origem, e o agravo em recurso especial não foi conhecido por esta Corte Superior.

No presente *writ*, o impetrante alega que os elementos de provas existentes nos autos são insuficientes para embasar a condenação da paciente porque *em matéria penal, não se pode condenar por mera presunção* (e-STJ fl. 11). Afirma, também, que *não existe nos autos sequer a comparsaria momentânea entre os réus para caracterizar a associação apontada na sentença* (e-STJ fl. 12).

Assevera, ainda, que *o Ministério Público não provou a acusação de Porte Ilegal de arma [...], e mesmo assim, a paciente Samira foi condenada* (e-STJ fl. 15).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por isso, requer a cassação da sentença para que a paciente seja absolvida de todos os delitos a que foi condenada, ou, ao menos, o redimensionamento da pena do delito de tráfico de drogas, com a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo, a substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, na forma de prestação de serviços à comunidade ou outra mais benéfica.

Por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações, e o Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 79-80, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.434 - SP (2018/0062318-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

I. Absolvição por insuficiência probatória

Preliminarmente, cabe ressaltar que o *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heroico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória.

Nessa esteira:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O habeas corpus não se presta para apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

[...]

5. Writ não conhecido. (HC 413.150/MS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, Julgado em 23/11/2017, DJe 28/11/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda que assim não fosse, ao julgar a apelação criminal e negar-lhe provimento, assim consignou o relator do voto condutor do acórdão, nas partes que interessam (e-STJ fls. 43/54, destaquei):

[...]

A absolvição é inatendível.

Narra a inicial acusatória que ao longo do mês de novembro de 2010, nesta cidade, os acusados Robson e Samira se associaram para a prática de crime de tráfico de entorpecentes.

Consta ainda dos inclusos autos que, na tarde de 25 de novembro de 2010, na Rua Carmine Piconi, nº 179, apartamento 142, Jardim Europa, cidade de Nova Odessa, os acusados guardavam e tinham em depósito 823 papелotes de cocaína, pesando cerca de 644 gramas; 2 tijolos de cocaína, contendo cerca de 1.919 gramas de cocaína; 569 invólucros plásticos contendo mais cerca de 569 gramas da mesma substância; uma pedra pesando cerca de 819 gramas de cocaína e mais uma porção com diversas pedras grandes pesando cerca de 764 gramas de crack, tudo destinado ao fornecimento a terceiros, sem autorização e em desacordo com determinações legais e regulamentares.

Consta, ainda, que no mesmo local e ocasião, os acusados possuíam e guardavam uma pistola Glock, calibre 380, com código BEA-069, de uso permitido, municiada com 12 cartuchos, com dispositivo de mira laser, de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinações legais e regulamentares, além de outros 25 cartuchos do mesmo calibre.

A polícia civil estava investigando, desde meados do segundo semestre de 2010 os acusados como envolvidos no tráfico de entorpecentes na região. Por ocasião dos fatos, de posse de mandado de busca domiciliar, eles foram ao endereço de ambos. Os policiais então entraram na residência e detiveram ambos os acusados. No local estava a droga apreendida, sendo que o crack estava na bolsa da acusada e a cocaína na mesa da sala e no quarto não utilizado como dormitório. Havia no local ainda balanças de precisão e objetos destinados ao acondicionamento da droga.

A materialidade dos delitos restou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 14/20), auto de prisão em flagrante (fls. 02/03), auto de exibição e apreensão da droga e da arma e munições (fls. 21/27), laudo prévio de constatação (fls. 28/29), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 138/147, 153/154 e 193/198), laudo de exame de arma (fls. 126/132), laudo de preparo de substâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes para comercialização (fls. 135/137) e pela prova oral colhida.

A autoria também restou devidamente comprovada.

[...]

A acusada Samira, na fase policial, afirmou que apenas há um mês descobriu do envolvimento de seu companheiro com drogas, mas mesmo assim manteve o relacionamento. Entretanto, negou a prática de qualquer conduta ligada ao tráfico (fls. 11).

Em juízo, a apelante Samira negou a prática delitiva, afirmou que residia com Robson, mas que não tinha conhecimento das drogas ou da arma na casa. Também afirmou não saber o local em que as drogas e a arma foram apreendidas pois foi algemada na cozinha e lá ficou, sendo que quando foi levada para a sala a droga já estava lá (fls. 253/253v).

O apelante Robson, em juízo, afirmou que estava guardando as drogas e a pistola, entretanto, afirmou que Samira não tinha qualquer envolvimento com este fato. O apelante negou a acusação com relação a associação (mídia de fls. 326).

No entanto, as versões dos apelantes encontram-se isoladas nos autos.

O investigador de polícia Ricardo Cesar Libanori afirmou que estava realizando uma investigação envolvendo tráfico de drogas na região e, por meio de uma interceptação telefônica realizada na comarca de Americana obtiveram a informação de que os acusados praticam tráfico de entorpecentes, preparando e entregando as drogas em conjunto. Munidos de mandados de busca e apreensão os policiais adentraram no local dos fatos, sendo que Robson estava no sofá e Samira na cozinha. Sobre a mesa da copa foram encontrados 82 (oitenta e dois) kits de cocaína, sendo que cada kit continha dez envelopes prontos para a comercialização. Na gaveta do guarda roupas do casal foi encontrada uma arma semiautomática, municiada, com dispositivo de rajada e mira laser, bem como munições. No armário também foram apreendidos dois tijolos de cocaína. Na cozinha havia um liqüidificador e uma balança com resquícios de droga. **Na bolsa de Samira foi encontrada uma pedra de crack, sendo que Samira confirmou que a bolsa lhe pertencia. O policial afirmou que Samira negou o envolvimento com drogas, enquanto Robson admitiu que a droga lhe pertencia. Entretanto, afirmou que por meio de escutas telefônicas os acusados teriam ido no dia anterior buscar certa porção de droga na cidade de Cosmópolis, supostamente a apreendida na bolsa (fls. 458/459).**

[...]

A circunstância da prisão indica que ambos tinham atuação direta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na traficância. Pode até ser que não tinham a mesma participação, mas sabiam da droga e de sua destinação ilícita. Mais do que isso, o entorpecente foi encontrado na mesa da casa, local de comum de todos os moradores.

Destarte, diante do contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante; a apreensão do entorpecente em grande quantidade e variedade, suas formas de acondicionamento embaladas em porções individuais, prontas para o repasse no varejo, bem como em tijolo a ser dividido em porções individuais; os relatos judiciais prestados pelos policiais; a confissão parcial do apelante Robson; circunstâncias estas conjugadas de modo que não há falar-se em insuficiência de provas.

Assim, não há como ser acolhida a tese absolutória de insuficiência de provas com relação ao delito de tráfico imputado, pois, ao reverso, o crime em comento ficou configurado e foi comprovado.

[...]

Impossível se mostra a absolvição também com relação ao delito de associação para o tráfico.

Das provas colhidas nos autos emerge evidente que o delito de associação para o tráfico, previsto no artigo 35, caput, da Lei nº 11.343/06, também ficou caracterizado e foi comprovado ao longo da persecutio criminis.

Conforme os depoimentos dos policiais supracitados, os apelantes estavam sendo investigados por participação em associação ao tráfico, tudo a indicar que tratava-se de organização permanente.

Destaca-se toda a prova produzida pela transcrição das mídias gravadas (fls. 353/455).

[...]

No caso em tela, as provas angariadas foram suficientes para a demonstração da associação, restando comprovado que a ligação entre os acusados era organizada, estável e duradoura. Assim, os apelantes também se associaram nos moldes do previsto no artigo 35 da Lei de Drogas.

[...]

Portanto, inquestionáveis, diante do teor da prova amealhada e, especialmente das transcrições telefônicas, o vínculo e a cooperação entre os apelantes para a comercialização de entorpecentes, sem deslembrar que a ação conjunta e coordenada multiplica o poder de ação desses criminosos, tornando a atividade ainda mais lesiva à sociedade.

Importante salientar que ante a grande quantidade de drogas em poder dos apelantes denota-se de que eles não se tratavam de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traficantes eventuais, mas sim participavam de complexo esquema de distribuição de drogas para ter grande quantidade de tóxicos em seu poder.

As provas apresentadas aos autos, especialmente as transcrições das conversas telefônicas são aptas a comprovar a ocorrência do delito pois restou incontroversa a participação dos acusados na associação para o tráfico.

[...]

Também inatendível a absolvição com relação ao delito de porte de acessório de uso restrito. [...]

Depreende-se que realizar qualquer das condutas descritas no artigo já caracteriza o crime, sendo irrelevante se o agente também realizou as condutas em relação à armamento.

Deste modo, ambos os apelantes incorreram nas ações descritas no tipo, pois foi encontrado no guarda roupas do casal mira laser de pistola, ou seja, em lugar de uso comum dos apelantes e de fácil acesso na residência.

O delito em questão caracteriza-se pelo perigo abstrato pois a prática de qualquer um dos atos descritos no caput do artigo já expõe toda a sociedade a perigo.

Assim, sendo o fato é típico, devem seus autores por ele serem responsabilizados.

Como visto acima, a condenação da paciente, em todos os delitos que lhe foram imputados, foi lastreada em vasto acervo probatório amalhado ao longo da instrução criminal, que consistiu no auto de prisão em flagrante delito, boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão, exames químico-toxicológicos, laudo de exame de arma (e-STJ fl. 25) e em escutas telefônicas autorizadas judicialmente, além dos depoimentos das testemunhas Ricardo Cesar Libanori e Valter dos Santos – ambos investigadores de polícia que participaram das diligências que culminaram na prisão em flagrante da paciente e de seu companheiro (e-STJ fls. 23/25). Dessa forma, entendimento contrário, como pretendido, demandaria imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, providência incabível na via processual eleita, como já asseverado anteriormente .

A propósito do tema, trago à colação os seguintes julgados:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. LATROCÍNIO E ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. ABSOLVIÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

3. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor dos delitos descritos na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.

[...]

6. Writ não conhecido. (HC n. 301.754/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, Julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, grifou-se)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTES. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Mostra-se inviável o pedido de absolvição do paciente por ausência de provas, porquanto evidente a necessidade de amplo reexame do material fático-probatório dos autos, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus.

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 385.736/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe 9/5/2017, grifou-se)

II. Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – não incidência

Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e **não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa**.

Sob essas premissas, verifica-se, pela leitura do excerto do acórdão acima, que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio uma vez que as instâncias de origem destacaram que "ante a grande quantidade de drogas em poder dos apelantes denota-se que eles não se tratavam de traficantes eventuais, mas sim participavam de complexo esquema de distribuição de drogas" (fl. 53).

Ilustrativamente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR O REDUTOR. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade do entorpecente apreendido, nas circunstâncias em que se deu o flagrante, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. Segundo entendimento da Quinta Turma desta Corte, não configura bis in idem a utilização da quantidade e da natureza da droga apreendida, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes, sendo essa hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte no ARE 666.334/AM. Precedentes.

[...]

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Habeas Corpus não conhecido. (HC n. 420.904/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 1º/12/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE ELEVADA DA DROGA, VALORADA NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PEDIDO PREJUDICADO. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas para embasar a não incidência da minorante do privilégio, quando, juntamente com as circunstâncias do delito, evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

– Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade elevada dos entorpecentes apreendidos, aliada às circunstâncias em que ocorreu o delito, indicativas do tráfico habitual, são elementos que permitem concluir que há dedicação às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ. Precedentes.

[...]

– Observa-se que, apesar da primariedade do paciente e de o montante da pena (5 anos de reclusão) comportarem, em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada no art. 33, § 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade dos entorpecentes apreendidos, elemento que, inclusive, foi valorado na terceira etapa da dosimetria da pena, quando do não reconhecimento do privilégio. Precedentes.

– Habeas corpus não conhecido. (HC 416.189/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 28/11/2017, DJe 7/12/2017)

III. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o delito de armas

Preliminarmente, é consabido que, para se operar a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva 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**, *in verbis*:

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.

Isso porque a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política, de modo que, "ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário para o réu mas para com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário à sociedade" (REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 164).

Ao negar a benesse à paciente, assim consignou o relator (e-STJ fls. 64/65, grifei):

[...]

*No que diz respeito a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, **apesar do montante de pena fixado para o delito de armas, a mesma não seria possível no presente diante das circunstâncias do caso concreto, pois não se mostra medida suficiente e adequada.***

As circunstâncias concretas em que a arma foi apreendida, especialmente pelo fato de estar municada e com mira laser, revelam a postura indiferente adotada pelos agentes com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas conseqüências de seus atos. O que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, "os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente".

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, III do Código Penal).

Os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal são cumulativos, devendo estar integralmente presentes para que seja concedida a substituição.

Dessa forma, ante a não observância dos requisitos cumulativos dispostos no artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena é inadmissível.

Como visto acima, os requisitos subjetivos não foram atendidos, haja vista as circunstâncias do caso concreto – apreensão de uma pistola Glock, calibre 380, de uso permitido, com 12 cartuchos, com dispositivo de mira laser, de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de 25 cartuchos do mesmo calibre (e-STJ fl. 21) –, no contexto da apreensão de grande quantidade, diversidade e letalidade de entorpecentes – 764g de *crack* e 3.951g de cocaína e de petrechos como balança de precisão – a denotar a participação da paciente em organização criminosa voltada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao tráfico de entorpecentes, demonstram a necessidade de uma resposta estatal mais severa, de modo que a substituição da pena não se mostra recomendável.

Ante o exposto, não evidenciado o constrangimento ilegal, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0062318-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 441.434 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00047897820108260394 20130000134049 47897820108260394

EM MESA

JULGADO: 24/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MANOEL CARLOS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MANOEL CARLOS DE OLIVEIRA - SP110448
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMIRA MARIA DE SOUZA
CORRÉU : ROBSON PAULO FERRANTI

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.