



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.027 - MG (2011/0045375-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : FABIANO TORRES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WANDERSON NETO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. PENA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. *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, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– O Tribunal *a quo*, com base nas provas produzidas nos autos, afastou a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 por entender que o paciente se dedica à atividade criminosa. Para se afastar essa conclusão é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes: HC 172.717/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24.4.2013; HC 206.142/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23.4.2013.

– Não aplicada a referida causa de diminuição de pena, ficam prejudicados os pedidos de fixação do regime aberto e substituição da pena por restritiva de direitos, uma vez que a pena foi mantida acima de 4 (quatro) anos. Ademais, o acórdão impugnado não se manifestou sobre essas questões (regime e substituição), o que impede esta Corte de apreciá-los, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido: HC 224.122/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 25.9.2013.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.
Brasília, 24 de outubro de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.027 - MG (2011/0045375-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : FABIANO TORRES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WANDERSON NETO DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de WANDERSON NETO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

TÓXICO - TRÁFICO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. Comprovadas autoria e materialidade do delito de tráfico não há que se falar em absolvição. Predomina em nossos tribunais o entendimento no sentido de que, presume-se que os policiais agem no estrito cumprimento do dever e nos limites da legalidade, razão que seus depoimentos, quando firmes, coerentes e em consonância com os demais elementos probatórios são suficientes para embasar um decreto condenatório (fl. 242).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso.

O impetrante requer a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sob o argumento de que o paciente preenche os requisitos legais.

Além disso, em sendo acolhido o pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena, a defesa pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime aberto (fl. 9).

Indeferida a liminar (fl. 259) e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 265/269).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.027 - MG (2011/0045375-0)

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. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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'.

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, não se conhece do presente *habeas corpus* porque substitutivo de recurso especial e passa-se à análise de eventual constrangimento ilegal capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em conhecido ponto de tráfico de drogas portando 4 (quatro) papérolas de *crack* e 3 (três) buchas de maconha, além de dinheiro sem procedência (fls. 176 e 244). Após a prática desse delito, sobreveio condenação pela prática de outro delito da mesma espécie (tráfico de drogas).

Os Juízos de primeiro e segundo graus, com base nas provas produzidas nos autos, afastaram a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 por entender que o paciente se dedica à atividade criminosa, *in verbis*:

As demais circunstâncias que envolvem os fatos, quais sejam, apreensão de significativa quantidade e variedade de entorpecentes, além de quantia em dinheiro (R\$ 175,00) não devidamente justificada, em local conhecido no meio policial como sendo ponto de venda de drogas, além do levantamento de vida pregressa de fls. 76/77 (o qual conclui que o acusado tem envolvimento com a traficância), denotam realmente que o acusado perpetrava o delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, razão pela qual não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas.

Da mesma forma, verifico que o acusado não faz jus à causa de diminuição de pena trazida pela Lei de tóxicos (Lei 11.343/06), em seu art. 33, §4º, eis que apresenta antecedentes desabonadores, tendo inclusive condenação posterior pelo delito de tráfico de drogas, fls. 82/83 (sentença - fl. 176).

Quanto a pena aplicada, vejo que o recorrente pugna pelo reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º da Lei 11.343/06 cujos requisitos são:

1) *que o agente seja primário - como se vê não consta nos autos registro de condenação transitada em julgado capaz de caracterizar a reincidência, sendo o réu, tecnicamente, primário.*

2) *bons antecedentes - para configuração negativa, faz-se necessário condenação anterior, onde seja reconhecida a autoria e materialidade, incapaz, no entanto, de gerar os efeitos da reincidência.*

Segundo Paganella Boschi "Antecedentes são todos os fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretéritos ao crime, praticados pelo réu, que lhe retiram a condição de primário.

Seque-se, daí, que a condição para que os ilícitos anteriores (crimes ou contravenções) sejam valorados negativamente é que a respectiva autoria tenha sido reconhecida em sentença condenatória irrecorrível, salvo a hipótese, para evitar-se o bis in idem de configuração da reincidência por qualquer deles, que, como agravante geral, incide obrigatoriamente na segunda fase do método trifásico (art. 61, I do CP e 7.º da LCP)." (BOSCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. Editora Livraria do Advogado, 2.ª Ed. p. 198).

Vejo que no caso dos autos o recorrente foi condenado no processo n.º 0024.09.680910-8 que tramitou perante a 3.ª Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei 11.343/06, em 01/03/2.010, a 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, regime inicialmente fechado, e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Assim, entendo que mesmo não estando tecnicamente configurado os maus antecedentes para fins de fixação da pena-base acima do mínimo legal, não faz jus o recorrente à diminuição sob pena de infringir-se a verdadeira vontade da Lei 11.343/06 que foi beneficiar aquele que está se iniciando na traficância de drogas.

Caso seja reconhecida no presente processo a causa de diminuição o recorrente poderá ser duplamente beneficiado pela minorante, o que não está previsto na legislação.

3) não se dedique às atividades criminosas; e

4) não integre organização criminosa.

Diante do exposto, uma vez que basta o não preenchimento de um dos requisitos elencados na Lei 11.343/06, entendo que o recorrente realmente não faz jus à causa de diminuição devendo a decisão ser no todo mantida (acórdão - fls. 248/249).

Para se afastar essa conclusão e acolher a tese apresentada pela defesa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E DE DECLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS NÃO CONDIZENTE COM O WRIT. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. 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 contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inominado.

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. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. Fixado no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas, 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.

(...)

7. Writ não conhecido (HC 172717/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24.4.2013).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções dos arts. 33, caput, e 35, caput, c.c o art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, após ser preso **comercializando 02 porções de cocaína, acondicionadas individualmente em embalagens plásticas, totalizando 1,2 gramas.**

2. Não existe qualquer nulidade por cerceamento de defesa decorrente do fato de uma das testemunhas arroladas na denúncia ser beneficiada com o sigilo de sua qualificação, por temer represálias. Sobretudo, no caso, onde o depoente negou conhecer qualquer participação do acusado no crime e a oitiva, realizada mediante carta precatória, foi juntada após a prolação da sentença, não sendo utilizada para fundamentar o juízo condenatório.

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus* denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 23.4.2013).

Por último, mantida a pena privativa de liberdade acima de 4 (quatro) anos, não há falar em fixação do regime aberto e substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

Ademais, o acórdão impugnado não se manifestou sobre essas questões (regime e substituição), o que impede esta Corte de apreciá-los, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. SUBSTITUIÇÃO NEGADA EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. *A questão referente à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto não foi apreciada pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.*

3. *Este Sodalício, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

4. *É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".*

5. *Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas - 36 pedras de crack e 1 bucha de maconha - não há constrangimento ilegal a ser sanado.*

6. *Habeas corpus não conhecido* (HC 224.122/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 25.9.2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, não se conhece do *habeas corpus*.
É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0045375-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.027 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000100116870 24097576672

EM MESA

JULGADO: 24/10/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : FABIANO TORRES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : WANDERSON NETO DA 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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.