



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 253.865 - MG (2012/0191225-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADADA 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 : EDUARDO MATEUS ANTUNES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (460G DE CRACK). ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. INVIABILIDADE DO REGIME ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *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, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– O Tribunal *a quo* aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida (460g de crack).

– O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14/06/2013).

– Estando devidamente fundamentado o *quantum* de redução da pena, é inviável, em sede de *habeas corpus*, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Precedente: HC 173.511/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 22.2.2012.

– Mantida a condenação em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, não há falar em aplicação do regime aberto, nem em substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 22 de outubro de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 253.865 - MG (2012/0191225-0)

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 : EDUARDO MATEUS ANTUNES

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 EDUARDO MATEUS ANTUNES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM. MAJORAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. 1. Deve ser mantida a elevação de um sétimo da pena-base quando, em razão da culpabilidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos, se mostrar justa e adequada. 2. Constatando-se que a redução das penas-base, em virtude da circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal, se deu em patamar diminuto deve ser ampliada, ante o inegável valor probatório da confissão do réu. 3. A incidência das circunstâncias atenuantes não pode levar à pena-base aquém do mínimo legal. Súmula 231 do STJ. 4. No crime de tráfico de drogas, é possível o abrandamento do regime prisional quando reconhecida a causa especial de diminuição de pena (fl. 280).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o § 4º, da Lei 11.343/2006. Ambas as partes apelaram. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento aos recursos, fixando a pena em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão em regime semiaberto.

O impetrante requer a aplicação da causa de diminuição (§ 4º do art. 33) em seu grau máximo (dois terços), a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos.

Indeferida a liminar (fl. 299) e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 305/307).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 253.865 - MG (2012/0191225-0)

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, à luz de 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.

Dispõe o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 que, *nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de **um sexto a dois terços**, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

Por sua vez, prevê o art. 42 da Lei 11.343/2006 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.*

Na hipótese, o paciente foi preso em flagrante em sua residência com 4 (quatro) invólucros de *crack*, com peso total de 460g (quatrocentos e sessenta gramas), além de uma balança de precisão e sacos plásticos para vender a droga em porções menores (fls. 275/276).

O Tribunal *a quo* aplicou a causa de diminuição de pena no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida, *in verbis*:

Pugna também a defesa pela aplicação do quantum de redução do §4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo (2/3), enquanto o Ministério Público pleiteia a sua aplicação no patamar mínimo (1/6), tendo a sentença impugnada procedido à diminuição de um quinto (1/5).

Neste ponto, tenho que razão assiste ao Ministério Público.

Ao estabelecer a possibilidade redutora da pena, o legislador não definiu os critérios para o quantum a ser aplicado, mas, na ausência de outro elemento norteador, tem-se entendido, de um modo geral, que deve ser observado o preceito secundário do artigo 42 da Lei 11.343/2006 que disciplina que, na fixação das penas, o Juiz considerará, com preponderância à análise das circunstâncias judiciais, a natureza e quantidade da substância e do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

A jurisprudência sufraga no mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

In casu, levando-se em conta a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida - 460,58g de cocaína (f. 20) - a redução da pena no patamar mínimo de um sexto (1/6) se afigura razoável (fl. 286/287).

O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (69 PEDRAS DE CRACK). 2. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. 3. BIS IN IDEM NA UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA COMO FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E PARA INVIABILIZAR A DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. 4. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 6. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

2. A diretriz imposta pelo art. 42 da Lei n.11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 25.3.2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ATENUANTES. QUANTUM DA REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACERTADA. EXECUÇÃO.

(...)

6. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critérios a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a natureza e a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida em poder da paciente.

(...)

10. Habeas corpus não conhecido (HC 221.761/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 14.6.2013).

Estando devidamente fundamentado o *quantum* de redução da pena, é inviável, em sede de *habeas corpus*, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. ALTERAÇÃO DO DECIDIDO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. REGIME SEMIABERTO OU ABERTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela grande quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), 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.

2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação de regime inicial diferente do fechado, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.

3. Condenado o ora paciente a 4 anos e 10 meses de reclusão, por tráfico de 684,1 kg de cocaína (em pó e na forma de crack) e 11,6g de maconha, o regime mais adequado é o fechado.

4. Ordem denegada (HC 173.511/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22.2.2012).

Por último, mantida a condenação em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, não há falar em aplicação do regime aberto, nem em substituição da pena por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0191225-0

HC 253.865 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000120026935 10223110154422 223110154422

EM MESA

JULGADO: 22/10/2013

Relatora

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

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 : FABIANO TORRES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EDUARDO MATEUS ANTUNES

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 e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.