



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.390 - RS (2014/0150864-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ENDRIO NOGUES LOPES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE FAZIA DA NARCOTRAFICÂNCIA SEU MEIO DE VIDA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. 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 como substitutiva de recurso especial.

2. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, fazendo da narcotraficância seu meio de vida, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. *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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.390 - RS (2014/0150864-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ENDRIO NOGUES LOPES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ENDRIO NOGUES LOPES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n.º 70042211169).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, por suposta prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa (Processo n.º 022/2.09.0000463-9, da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Pelotas/RS).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido pelo Tribunal de origem, que redimensionou a sanção para 5 (cinco) anos de reclusão e multa. Confira-se a ementa do acórdão (fl. 239):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROCEDÊNCIA. RECURSO MINISTERIAL. PRELIMINAR SUSCITADA PELO MP. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CAUSA DE REDUÇÃO DA PENA, PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE TÓXICOS.

A minorante em debate reflete a intenção do legislador em abrandar a pena daquele que teve envolvimento isolado com o tráfico de drogas, não fazendo das práticas ilícitas seu meio de vida. Trata-se, assim, da plena aplicação do princípio da proporcionalidade.

MINORANTE DO § 4º, DO ART. 33 DA LEI 11.343/06.

A natureza e a quantidade de entorpecente apreendido mostram-se expressivas, além do que, o alto poder de drogadição e de nocividade da substância conhecida como *crack*, vem sinalizar o grau de envolvimento do agente com o abominável comércio ilícito de entorpecentes que tanto fragiliza a nossa sociedade. Inaplicável, pois, na espécie, a minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.

AFASTAMENTO DO SURSIS.

Destarte, diante do deslinde do recurso, não há falar em suspensão condicional da pena uma vez que a reprimenda alcançou patamar não condizente com a benesse, ainda mais quando tal benefício afronta o disposto no artigo 44 da Lei 11.343/06.

PREFACIAL REJEITADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Daí o presente *mandamus*, no qual postula o impetrante a aplicação da minorante do § 4º da Lei n.º 11.343/06, conforme deferira a sentença, uma vez que deve haver prova inequívoca de que o paciente se dedique a atividade criminosa.

Sustenta que a prova produzida não enseja a condenação do acusado, sendo que a mera suposição para tanto ofenderia o princípio da presunção de inocência.

Consigna, ainda, que não há razão para a fixação do regime fechado, pois o réu foi condenado a pena inferior a oito anos de reclusão e é primário.

Enaltece que, "assim, o regime inicial nas condenações por crimes hediondos ou equiparados não tem que ser obrigatoriamente o fechado, podendo ser o regime semiaberto ou aberto, desde que presentes os requisitos do art. 33, § 2º, alíneas 'b' e 'c', do Código Penal" (fl. 5).

Requer, liminarmente e no mérito, a "absolvição" do paciente. Alternativamente, pede que "seja fixada pena mínima, com a redutora do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fl. 6).

A liminar foi indeferida às fls. 257/259.

Foram prestadas informações às fls. 269/270 e 272/284.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho, pela denegação da ordem ou, "que a diminuição decorrente do 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, seja no mínimo legal, em função da natureza e quantidade da droga" (fls. 287/288).

Em 4.9.2014, proferi decisão negando seguimento ao presente *writ*, por deficiência de instrução.

A Defensoria Pública formulou petição em favor do paciente, requerendo a juntada da sentença condenatória, bem como a reconsideração da decisão que negou seguimento ao *habeas corpus* (fls. 304/312).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.390 - RS (2014/0150864-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE FAZIA DA NARCOTRAFICÂNCIA SEU MEIO DE VIDA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. 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 como substitutiva de recurso especial.
2. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.
3. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, fazendo da narcotraficância seu meio de vida, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tendo em vista que o impetrante instruiu adequadamente o feito, juntando a cópia da sentença condenatória, reconsidero a decisão anterior, e passo à análise do mérito.

Confiram-se os termos do édito condenatório, no que interessa:

(...)

Do material probatório exposto acima não restam dúvidas do acerto da denúncia, pois a prova deixou claro que os réu trazia 30 pedras de *crack* com a finalidade de comercialização.

Em suma, o acusado negou que o material apreendido em seu poder lhe pertencesse e referiu ter sido vítima de enxerto por parte dos policiais que lhe prenderam.

As alegações do réu não se sustentam; restam comprometidas cm relação ao restante da prova. Vejamos.

Os policiais que realizavam o patrulhamento à pé no bairro Pestano e que participaram da sua prisão referiram terem abordado o acusado em razão deste encontrar-se em fuga da viatura policial, que também realizava patrulhamento no local. Afirmaram terem perseguido o acusado e o detido já nos "apartamentos" do bairro Pestano. Ao efetuarem a revista pessoal encontraram 30 pedras de crack em seu poder, bem como um telefone móvel e certa quantia em dinheiro.

Cabe frisar, que dos depoimentos colhidos, não há razão para colocar-se cm dúvida a ação dos policiais, como pretende a defesa, pois tais agentes lá estavam ao acaso e apenas bem desempenharam suas funções. Aliás, não haveria motivo racional para que os policiais criassem tal situação apenas para incriminar o réu, sendo que foi afirmado tanto por eles quanto pelo réu que sequer se conheciam de outras ocasiões.

(...)

Cumprе salientar aqui que pequenas divergências entre os relatos dos policiais, no que tange ao local em que foi encontrada a droga - se em um bolso das vestes do acusado ou jogada no chão, aos pés de Endrio -, não são bastante para desfazer as elucidações trazidas pelo restante do material colhido nos autos.

Ademais, a droga integralmente fracionada em "petecas ", como usualmente é comercializado o *crack*, é reveladora da situação de traficância, já que o único motivo para o réu trazer essa quantidade de droga, dessa forma acondicionada, é justamente a venda.

Outro dado, a situação de traficância que resta patente não se mostra das mais modestas. A quantidade é expressiva: 30 petecas de *crack*, droga esta de elevadíssimo poder nocivo, sendo que a sua quantidade dá a medida do seu porte como traficante.

Além disso, não importa saber se o acusado era conhecido ou não pelo apelido de Chaveirinho no bairro onde morava, pois dos relatos dos policiais depreende-se que com Endrio foi encontrada a droga, independente de seu apelido.

Embora suscitado pela defesa, não cabe a desclassificação para o art. 28, da Lei de Drogas, pois o acusado, quando interrogado, referiu não ser usuário de entorpecentes.

Por fim, de se considerar quando da aplicação da pena que o réu é primário, possui bons antecedentes e não há notícia que se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

E, de forma derradeira, considerar a circunstância atenuante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menoridade.

Sendo assim, provada a ocorrência de traficância por parte do acusado e afastadas as alegações defensivas, o feito desafia juízo de procedência, restando o réu condenado pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06.

Passo ao cálculo da pena, na forma do artigo 68 do CP.

Culpabilidade normal a espécie, nada tendo a se valorar; não possui maus antecedentes (folha 28); conduta social abonada; personalidade sem maiores esclarecimentos nos autos; os motivos são os comuns da espécie delitiva; circunstâncias que nada revelam de especial; e não há se falar em conseqüências do crime e comportamento da vítima.

A vista das circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

Embora presente a circunstância atenuante da menoridade a pena provisória é mantida no mesmo patamar, em obediência ao disposto na Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Como já especificado, incidente na espécie a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, eis que se trata de acusado primário e de bons antecedentes, assim como não está evidenciado que se "dedique às atividades criminosas" ou "integre organização criminosa".

Assim, estabeleço como proporcional e adequada a redução da pena em 2/3, sendo fixada, então, a PENA DEFINITIVA em 01 (um) ano 08 (oito) meses de reclusão.

Do regime prisional

O regime inicial de cumprimento da pena é o inicialmente fechado.

Da Substituição da Pena Privativa de Liberdade

Incabíveis as substituições previstas nos artigos em razão do previsto pelo artigo 44 da Lei nº. 11.343/06.

(...) (fls. 308/311).

O Tribunal de origem, assim se manifestou sobre os temas objeto da presente impetração:

(...)

MINORANTE DO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343.

Quanto à minorante, concedida em primeiro grau, reduzindo a pena em 2/3, insurge-se o Ministério Público, postulando seu afastamento, pois comprovado que o réu fazia do tráfico seu meio de vida. Vejamos.

No tocante à redutora mencionada, cumpre sinalar que a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, seu alto poder de drogadição, bem como a forma do seu acondicionamento, demonstram o grau de envolvimento do agente com o abominável comércio ilícito de entorpecentes, que tanto fragiliza a nossa sociedade, como, reiteradamente, tenho afirmado nos julgamentos.

Muito embora o réu tenha sido considerado tecnicamente primário, denota-se, pelas circunstâncias da apreensão, que este, efetivamente, se dedicava à atividade criminosa, não podendo ser desconsiderado que 30 pedras de *crack*, preparadas para posterior comercialização, foram encontradas em seu poder.

Como se manifestou o Pretório Excelso “Na espécie, os fatos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (**quantidade da droga e forma de acondicionamento**) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas” (RHC 94806, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 09/03/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-02 PP-00785) - grifei.

Igualmente, não aportou aos autos a mínima comprovação do desempenho de atividade laboral lícita pelo réu, muito embora tenha se declarado servente de pedreiro (fl. 83).

Tais considerações, portanto, permitem a segura conclusão de que **o réu fazia do tráfico de drogas seu meio de vida, visando ao lucro fácil, à custa da saúde pública, não fazendo, pois, jus ao benefício pleiteado.**

Inadimplidos, então, os requisitos do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, inviável a incidência desta causa redutora de pena, pelo que a afasto, **dando provimento ao apelo ministerial neste ponto.**

Em decorrência, resta a pena definitiva em 5 anos de reclusão, e multa, no equivalente a 500 dias-multa, com valor unitário de 1/30 do salário mínimo, no que tange ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. AFASTAMENTO

Prosseguindo na análise da irresignação ministerial, no que tange ao pleito de afastamento da concessão da suspensão condicional da pena, entendo que, também, merece provimento o apelo.

Isto porque, apesar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 97.256/RS, manteve-se, ainda, a vedação legal à concessão de sursis, insculpida no artigo 44 da Lei 11.343/06.

Por outro ângulo, o próprio *quantum* de pena aplicado, tendo em vista o resultado do julgamento, impediria a concessão do benefício.

Impositiva, portanto, o afastamento da suspensão condicional da pena.

Pelo exposto, voto pela rejeição da prefacial e, no mérito, pelo parcial provimento do apelo ministerial (fls. 244/246) (grifou-se).

Cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade, o que não se vislumbra na espécie.

O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. NEGATIVA DE AUTORIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE EXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL A QUO EM CONSEQUÊNCIA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL. DIREITO DA PACIENTE DE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO CRIMINAL.

1. Não é possível, na via exígua do *habeas corpus*, proceder o revolvimento de provas para absolver o ora Paciente, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta quanto à autoria e materialidade delitiva.

2. Prospera a alegação de ilegalidade na expedição de mandado de prisão pelo Tribunal *a quo* em consequência do julgamento da apelação, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *habeas corpus* n.º 91.676 e o RHC n.º 93.172, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da sentença penal.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, concedida a ordem para assegurar ao ora Paciente, salvo se estiver preso por outro motivo, que aguarde em liberdade o trânsito em julgado do processo criminal. (HC 132784/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 03/08/2009)

PETIÇÃO RECEBIDA COMO HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DENEGO A ORDEM.

1. A via estreita do *habeas corpus* não se presta à ampla dilação probatória, como se fosse um segundo recurso de apelação. Logo, na ação mandamental de rito sumaríssimo, é incabível a análise das argumentações de inocência do acusado e de insuficiência de provas para a condenação. (Precedentes)

2. Ordem denegada. (HC 125001/SP, Relator Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), DJe 01/07/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quando à causa especial de diminuição de pena, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 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, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que o Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, negou a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas, fazendo da narcotraficância seu meio de vida.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão não podem ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, as instâncias ordinárias negaram-lhe a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias que indicariam a sua ligação com atividades criminosas.

2. Para se concluir que a paciente não se dedicava à atividades ilícitas seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada. (HC 203.494/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE 50 GRAMAS DE MACONHA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi rejeitada de forma fundamentada, tendo sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, que a paciente se dedica, de forma reiterada, ao comércio ilícito de drogas, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, por se dedicar a atividades criminosas.

2. De mais a mais, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da referida lei - associação estável ou de caráter permanente -, o que demonstra sua dedicação a atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas, no caso, relacionadas ao cometimento do crime de tráfico de drogas.

3. A conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo que seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos para se desconstituir o que ficou lá decidido, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

(HC 197.815/SP, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJ e de 28.6.2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colho o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – Neste caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a referida minorante por reconhecer o envolvimento do paciente com a marginalidade.

III – A discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes.

(RHC 103.556/SP, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJ e de 25.5.2011)

No mais, não se afigura possível a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

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; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, inexiste, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delinqueadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0150864-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.390 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02220900004639 2090004639 2220900004639 70042211169

EM MESA

JULGADO: 23/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

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 DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ENDRIO NOGUES LOPES

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 (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.