



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.803 - SP (2011/0238430-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICENTE FIGUEROA MAMANI

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DE PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. REDUÇÃO DE 1/3. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE ENTORPECENTE QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que o Paciente, colombiano, foi condenado às penas de 3 (três) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006. Isso porque trazia consigo, com finalidade de tráfico entre Estados da Federação, 910 g (novecentos e dez gramas) de *cocaína*.

4. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade, a qualidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços)

5. O fato de a especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

7. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando, sobretudo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.803 - SP (2011/0238430-2)

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICENTE FIGUEROA MAMANI

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de VICENTE FIGUEROA MAMANI, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em grau de apelação.

Na hipótese, o Paciente, colombiano, preso em flagrante em 20/06/2010, foi condenado às penas de 3 (três) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006. Isso porque trazia consigo, com finalidade de tráfico entre estados da Federação, 910 g (novecentos e dez gramas) de *cocaína*.

Irresignada, a Impetrante recorreu da sentença perante o Tribunal *a quo*, pedindo "*redução das penas, substituição da pena corporal por restritivas de direitos e regime prisional mais brando*" (fl. 18), Ao fim, a Décima Câmara Criminal negou provimento ao recurso, mantendo o entendimento do Juízo de primeira instância. O Paciente foi mantido preso cautelarmente durante todo o processo.

Sustenta a Defesa a inidoneidade da fundamentação lançada no acórdão de apelação para reduzir a fração da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Afirma, ainda, que a quantidade de drogas não está diretamente relacionada com a quantidade da pena a ser aplicada.

Alega, por fim, a possibilidade da fixação do regime aberto para o crime de tráfico privilegiado, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante disso, requer, liminarmente, que o Paciente seja "*imediatamente transferido para o regime aberto de cumprimento da pena*" (fl. 17) e no mérito, que seja "*aplicada a causa de diminuição do artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em seu grau máximo, fixado o regime aberto de cumprimento de pena, e que a pena privativa de liberdade seja substituída por pena restritiva de direitos*" (fl. 17).

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 47.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 62/63, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 58/60, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.803 - SP (2011/0238430-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DE PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. REDUÇÃO DE 1/3. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE ENTORPECENTE QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que o Paciente, colombiano, foi condenado às penas de 3 (três) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006. Isso porque trazia consigo, com finalidade de tráfico entre Estados da Federação, 910 g (novecentos e dez gramas) de *cocaína*.

4. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade, a qualidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços)

5. O fato de a especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

7. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando, sobretudo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Não se desconhece que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque a competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal trata-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, não tem admitido a extensão desse entendimento aos casos de *writ* substitutivo de recurso especial (HC 115715, Rel. Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe-179 PUBLIC 12-09-2013; RHC 117845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe-197 PUBLIC 07-10-2013; HC 113690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, DJe-197 PUBLIC 08-10-2012).

Diante disso, embora reconheça a ocorrência de abuso na utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, vinha persistindo no conhecimento do *writ* em tais casos, por cautela, até o final posicionamento da Suprema Corte.

Porém, fiquei vencida nesta colenda Quinta Turma (HC 266.835/SP e HC 274.618/SP, julgados em 21/11/2013), razão pela qual me curvo ao entendimento majoritário, para, ressalvado meu posicionamento pessoal, não conhecer do *habeas corpus* substitutivo do recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Na hipótese, o Paciente, colombiano, foi condenado às penas de 3 (três) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006. Isso porque trazia consigo, com finalidade de tráfico entre Estados da Federação, 910 g (novecentos e dez gramas) de *cocaína*.

Irresignado, recorreu da sentença perante o Tribunal *a quo*, pedindo "*redução das penas, substituição da pena corporal por restritivas de direitos e regime prisional mais brando*" (fl. 18), Ao fim, a Décima Câmara Criminal negou provimento ao recurso, mantendo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento do Juízo de primeira instância.

Na presente impetração, busca-se, em síntese, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo, fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade, a qualidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços). Assim fundamentou a Corte de Origem, *ad litteram*:

"No caso específico, e embora se trate de réu primário e sem antecedentes criminais, presumindo-se por falta de prova em contrário que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa, é preciso considerar que tinha sob sua responsabilidade 910 g de cocaína, portanto não sendo possível maior redução do que aquela aplicada na sentença, de 1/3" (fl. 20)

Dessa forma, verifica-se que o Paciente já foi por demais beneficiado, pois apesar da quantidade de drogas apreendidas em seu poder para difusão ilícita, foi agraciado com a aplicação da minorante no patamar de 1/3 (um terço).

Portanto, não havendo qualquer ilegalidade na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). GRANDE QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente condenado à pena de de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 413 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 02/02/2009, transportando 01 porção de cocaína na forma de crack, pesando 150g; 01 porção de cocaína na forma de crack, com peso bruto de 0,5g; 01 porção de maconha, pesando 43 g e 01 porção da mesma substância, com peso bruto de 0,8g.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Tóxicos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Encontrando-se a pena-base no mínimo legal, não se constata qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

4. Não se verifica qualquer ilegalidade na aplicação da causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, no patamar 1/6 (um sexto), uma vez que a considerável quantidade de entorpecente justificou a incidência do redutor de pena no percentual mínimo.

5. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento.

6. O Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, sendo incabível a substituição da pena de prisão, inclusive porque sua reprimenda foi fixada acima de 04 anos de reclusão.

7. Ordem denegada." (HC 213657/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade de substância entorpecente apreendida com o paciente - 544 gramas de maconha.

[...]" (HC 233.905/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 24/08/2012)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM DENEGADA.

1. Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o quantum mínimo da minorante.

2. Hipótese em que o Colegiado estadual fez menção à expressiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas (8.856 g de cocaína e 388,2 g de maconha), mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/6 (um sexto).

3. Não configura *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.

4. Condenado o paciente à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, inviável a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

5. Ordem denegada." (HC 218.340/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012)

A propósito, veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.

2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).

4. Habeas corpus denegado." (HC 100755/AC, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 07/05/2010)

Com relação ao **regime inicial fechado**, veja-se a fundamentação do acórdão combatido:

"Bem justificado o regime inicial fechado para o cumprimento da corporal por se tratar de crime assemelhado aos hediondos, de inegável gravidade, ainda levando-se em conta a quantidade e nocividade do entorpecente apreendido, devendo a conduta do recorrente ser punida com rigor" (fl. 21)

Como se vê, o regime foi estabelecido por conta da **gravidade concreta do crime**, qual seja, a quantidade expressiva de entorpecente apreendido – 910 g (novecentos e dez gramas) de *cocaína*. O fato de a especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ. Este, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrário, é muito claro em vedar a fixação de regime mais gravoso quando realizado com base na **gravidade abstrata** do delito, o que não foi o caso.

Exemplificativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. REFERÊNCIA A ELEMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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 manifesta ilegalidade a ser reconhecida. Por mais que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, bem como o quantum da pena ser inferior a oito anos de reclusão, havendo menção a elemento concreto para o estabelecimento de regime inicial mais severo, não há falar em constrangimento ilegal. In casu, foi apontada significativa particularidade fática (não se podem equiparar, para efeito de valoração do injusto-típico, condutas como as descritas neste processo com outros delitos, nos quais, a despeito do concurso de agentes e emprego de armas, não são realizados disparos ou atos de violência pessoal contra os ofendidos. Houve maior desvalor do resultado nos delitos ora examinados e, portanto, é justo que, para reafirmação da norma penal violada, a resposta seja mais intensa, proporcional à gravidade concreta do crime, demonstrada no processo) a evidenciar modus operandi com plus de reprovabilidade, autorizando, assim, a aplicação do regime fechado.

3. Habeas corpus não conhecido". (HC 196.030/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013.)

Quanto à substituição da reprimenda corporal, o Tribunal *a quo* assim fundamentou sua decisão: (fl. 20):

"Esta Turma Julgadora entende que os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados – e o é o tráfico de entorpecentes – não admitem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não obstante alguns posicionamentos em contrário.

Aliás, o § 4.º do art. 33, Lei n.º 11.343/06 veda expressamente a substituição da pena corporal por restritivas de direitos em casos tais."

Cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra.

A propósito, veja-se o seguinte precedente desta Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', contida no art. 44 do mesmo diploma legal, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, sendo possível a pena substitutiva aos traficantes de drogas, desde que preenchidos os pressupostos do art. 44 do Código Penal.

2. No caso concreto, mostra-se viável a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos aos agravados, condenados a pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal favoráveis e sendo pequena a quantidade de material tóxico apreendido - 20 (vinte) pedras de crack e 1 (uma) porção de Cannabis Sativa L.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.330.133/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 15/02/2013; grifos acrescidos.)

Não obstante o afastamento do óbice legal, constata-se que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, considerando, sobretudo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida – 910 g (novecentos e dez gramas) de cocaína.

Ilustrativamente, veja-se:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 33, caput, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 03 anos e 04 meses de reclusão em regime fechado, e 340 dias-multa, por trazer consigo, para fins de traficância, 61 pedras de crack, 14 buchas de cocaína, um torrão de maconha e um pequena porção de maconha.

2. [...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. [...] ***no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da natureza, da diversidade e da quantidade das drogas apreendidas.***

4. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

5. Habeas corpus *denegado*." (HC 204.559/RS, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 27/04/2012; grifos acrescidos.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA.

1. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. ***Em observância, todavia, ao art. 44, III, do Código Penal, diante da quantidade e diversidade da droga apreendida, não se mostra socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena.***

3. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade, em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. No caso, a saúde pública.

4. *Ordem denegada*." (HC 241.545/DF, Sexta Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 25/06/2012; grifos acrescidos.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0238430-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 220.803 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 460551020108260050 50100460550

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **VICENTE FIGUEROA MAMANI**

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.