



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.606 - PE (2016/0070054-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : RENATO DE ASSIS SILVA LIMA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Atendidos os pressupostos legais à aplicação do benefício, imperiosa a mitigação da pena nos termos do supracitado dispositivo legal.

3. Contudo, em razão da natureza do entorpecente apreendido, torna-se inviável a adoção da causa de diminuição em seu patamar máximo, mostrando-se razoável e proporcional a redução da reprimenda em 1/2 (metade).

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO.

1. Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA INSUFICIENTE PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando encontram-se preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *In casu*, a negativa da permuta encontra-se devidamente fundamentada, porquanto a natureza da droga apreendida justifica a negativa da conversão da sanção reclusiva em restritiva, uma vez que não seria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais multa, e alterar o regime inicial para o aberto.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.606 - PE (2016/0070054-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : RENATO DE ASSIS SILVA LIMA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RENATO DE ASSIS SILVA LIMA contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que negou provimento à Apelação n. 0008724-59.2011.8.17.0001, mantendo a sentença que o condenou à pena de 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a minorante especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas teria sido negada com fundamentação inidônea, qual seja, a ausência de bons antecedentes e a dedicação a atividades criminosas, por responder a outra ação penal, malferindo o Enunciado Sumular n. 444/STJ.

Defende que, tendo em vista a fixação da pena-base próxima ao mínimo legal e a favorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais, seria devido o abrandamento do modo prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), alterado o regime inicial para o aberto e substituída a pena privativa por restritiva de direitos.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.606 - PE (2016/0070054-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque:

No dia 09 de fevereiro, por volta das 15:55 h, na Avenida 21 de abril, Mangueira, nesta cidade, policiais militares flagraram o denunciado Renato de Assis da Silva Lima, trazendo consigo 14 (catorze) pedras de crack, substâncias que causam dependência psíquica e destinadas ao tráfico ilícito, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, conforme BO de fls. 07/08 depoimentos de fls. 02/07, auto de apreensão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apresentação de fls. 09, e laudo pericial de fls. 20. (e-STJ fl. 18)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, observa-se que o Tribunal afastou a aplicação da benesse, com o seguinte fundamento:

Ora, no caso dos autos, observo que o recorrente não preenche os requisitos previstos no artigo em tela, uma vez que segundo se depreende dos autos não é possuidor de bons antecedentes e já responde a outro processo criminal na 3ª Vara de Entorpecentes da Capital (fls. 144v), além de se dedicar a atividade criminosa. (e-STJ fl. 224)

Com efeito, no caso em apreço, as instâncias de origem afastaram a incidência do benefício por entenderem que o paciente possui maus antecedentes e responde a outro processo criminal.

Todavia, observa-se que a motivação para deixar de aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas mostra-se inidônea, porquanto, a existência de outa ação penal em andamento não é suficiente para motivar a impossibilidade de mitigar a sanção na terceira fase da dosimetria, mormente se considerada a pequena quantidade do entorpecente apreendido.

Faz-se imperioso, portanto, reconhecer o manifesto constrangimento ilegal neste ponto, em razão da fundamentação insuficiente a legitimar o afastamento da redução da reprimenda.

Nesse sentido:

*PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 E ART. 244-B DA LEI 8.069/90. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. FEITOS EM CURSO UTILIZADOS PARA NEGAR O BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.
[...]*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade do agente, também não o sendo para se asseverar no sentido de que o acusado se dedica a atividades criminosas, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastado os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, determinar ao Magistrado de primeira instância que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

(HC 337.341/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO COM BASE APENAS NA EXISTÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES PENAIS EM CURSO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO. NÃO CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O simples fato de o acusado responder a outras ações penais, por si só, não conduz à conclusão de que se dedique a atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4 do art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo pelo fato de o paciente ter sido apreendido com pequena quantidade de droga (5,3 g de cocaína).

3. Embora o paciente seja primário e o quantum da condenação não seja superior a 4 anos, a valoração negativa das circunstâncias judiciais não lhe permite iniciar o cumprimento da pena em regime aberto, tampouco ser beneficiado com a substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.*

(HC 328.159/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 10/11/2015)

Entretanto, inviável a incidência em seu grau máximo, como pretendido, tendo em vista a natureza da droga apreendida, a qual impede a aplicação da fração de 2/3 (dois terços), nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Assim, mostra-se razoável e proporcional a aplicação da benesse em metade 1/2 (metade).

Passando-se a dosimetria, tem-se que a pena-base foi fixada em 06 (seis) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e multa, a qual merece ser reduzida ao mínimo legal, qual seja, 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, haja vista que a quantidade de droga foi considerada para exasperar a pena-base e determinar a menor fração de redução, sob pena de incorrer no vedado *bis in idem*.

Na segunda fase, ainda que reconhecida a atenuante da confissão espontânea, pelas instâncias de origem, mantém-se a pena inalterada, por incidência da Súmula 231/STJ.

Na última etapa, com a incidência da causa especial de diminuição da pena na fração de 1/2 (metade), a reprimenda resta definitiva em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa**.

Nesse viés, redimensionada a sanção final, necessário o abrandamento do regime inicial para o aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do CP.

Por fim, em relação à possibilidade de substituição da pena, tem-se que a conversão da sanção reclusiva por restritiva de direito foi negada pelo Tribunal impetrado em razão da espécie do estupefaciente apreendido, *in verbis*:

"Por outro lado, a quantidade e a natureza da droga são circunstâncias judiciais específicas do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previstas no art. 42 da lei n. 11.343/06, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devem ser consideradas na análise do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, podendo obstar a conversão. No caso em tela, o recorrente foi preso portando 14 (quatorze) pedras de crack, substância considerada de grande nocividade." (e-STJ fl. 227).

De fato, as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se devidamente fundamentada, pois, não obstante a quantidade de entorpecente apreendido seja de pequena monta, a natureza da droga justifica a negativa da conversão da sanção reclusiva em restritiva, uma vez que não seria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

A propósito, os seguintes julgados, deste Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

04. Esta Corte tem admitido que a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade seja fundamentada na variedade, quantidade e natureza de droga apreendida. No caso, considerada a natureza da droga apreendida ("cocaína"), a denotar contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas, não se mostra socialmente recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

05. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 335.147/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de **reduzir a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa e alterar o regime inicial para o aberto**, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0070054-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 351.606 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00087245920118170001 3032813 87245920118170001 8724592011817001

EM MESA

JULGADO: 04/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	: RENATO DE ASSIS SILVA LIMA (PRESO)

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.