



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.375 - RS (2014/0150823-0)

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 : CORA GUIMARAES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. PENA DE MULTA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. INADEQUAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

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. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), no especial rito da Lei 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.

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, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

4. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de estabelecimento de regime inicial diverso do fechado e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

5. O *habeas corpus* não é via idônea à pretensão de afastamento da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, porquanto a sanção pecuniária, caso seja descumprida, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, a teor do art. 51 do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feito criminal em curso -, determinar ao Juízo da execução 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.

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 do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, 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.

Brasília, 04 de dezembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.375 - RS (2014/0150823-0)

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 : CORA GUIMARAES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de CORA GUIMARÃES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n.º 70058880162 N.º CNJ 0080579-37.2014.8.21.7000).

Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática da conduta delituosa tipificada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, *in verbis*:

Afasto a prefacial acerca da nulidade aviada pela defesa, sustentando, em síntese, o cerceamento de defesa em razão do rito processual adotado. Isso porque os delitos previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06, tem rito processual previsto em Lei especial, a qual se encontra em pleno vigor, devendo ser aplicadas as suas disposições, ainda que, no entender da defesa, sejam menos favoráveis ao acusado, disso não decorrendo qualquer cerceamento de defesa.

(...)

Outrossim, quanto à privilegiadora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, entendo ser não ser cabível, na medida em que a Ré possui uma condenação, mesmo que sem trânsito em julgado, pelo mesmo delito ora analisado, o que, embora não possa ser considerado como maus antecedentes no artigo 59, indica que vem se dedicando a atividades criminosas. Cabe registrar que a acusada já havia sido presa em flagrante no mesmo local, segundo policial Ricardo, bem como, posteriormente ao fato narrado na exordial acusatória, seu sobrinho foi preso no endereço pela prática também de tráfico, tudo indicando que se trata efetivamente de um ponto de comércio de drogas.

Ante o exposto, entendo comprovada a prática, pela ré, do delito capitulado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Passo à fixação da pena:

(...)

Ausentes circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

Inexistem agravantes e atenuantes a serem apreciadas. Mantenho, pois, a pena provisória no mesmo *quantum* estabelecido, qual seja, 05 (cinco)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos de reclusão, a qual torno definitiva ante a ausência de causas especiais de aumento ou diminuição.

(...)

Dispositivo:

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a presente Ação Penal Pública a fim de CONDENAR a ré CORA GUIMARÃES CANABARRO como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa, sendo cada dia-multa no valor de um trinta avos do salário-mínimo nacional, atualizados pelo IGPM, quando da data do efetivo pagamento, a contar da prática do delito.

Regime de cumprimento:

A ré deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, conforme previsão legal da Lei n.º 8.072/90, com as alterações trazidas pela Lei n.º 11.464/07, eis que o crime de tráfico de drogas é equiparado a hediondo, razão pela qual deve ser submetido às disposições daquela Lei. Diante disso, não há influência da detração na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

Substituição e suspensão condicional da pena:

Deixo de proceder, no caso em testilha, a substituição prevista no art. 44 do Código Penal ou a suspensão condicional da pena prevista no art. 77, do mesmo diploma legal, tendo em vista a natureza do delito, as circunstâncias desse, não sendo tal substituição socialmente recomendável, até porque a pena privativa de liberdade é superior ao *quantum* estabelecido no último artigo referido, obstando a concessão dos precitados benefícios legais.

Recurso:

A ré não poderá apelar em liberdade, uma vez que permanecem hígidos os fundamentos para manutenção da segregação cautelar, aos quais me reporto para evitar tautologia, mormente considerando que esta já é a segunda condenação pelo delito de tráfico de drogas.

(...) (fls. 254/263).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo, nestes termos (fls. 368/371):

Afasto a preliminar e o faço com os corretos argumentos da Magistrada sentenciante, entendendo da desnecessidade, aqui, de reproduzi-los.

(...)

Por outro lado, como decidido pela Magistrada, no que concordo, a situação pretérita da apelante, condenação pelo mesmo fato criminoso, determinam a negativa à redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 e a fixação do regime prisional em fechado.

Assim, nos termos supra, rejeito a preliminar e nego provimento ao apelo (fls. 368/371).

Daí o presente *mandamus*, em que se aponta a ocorrência de cerceamento de defesa quanto ao rito processual adotado, tendo em vista que "a defesa requereu no limiar do processo que fosse adotado o rito ordinário, embora a Lei de Drogas possua rito especial. Isso por que se revelava mais benéfico à acusada, haja vista alteração procedida no CPP em 2008,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a qual possibilitou a realização do interrogatório ao final da instrução processual, o que garante a ampla defesa e o contraditório. Entretanto, tal não restou determinado pelo Juízo. Logo, evidente a nulidade e gritante o prejuízo, cumprindo a anulação do feito".

Alega ser possível, *in casu*, a aplicação da redutora prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, a aplicação de regime prisional mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aduz, ainda, que "a paciente é assistida pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em razão de não ter condições financeiras para arcar com custas processuais, advogado e, também, com a multa estipulada na sentença. Assim, diante da declarada pobreza da acusada, requer-se a extinção da multa a que condenada". Com efeito, é imperioso, "para a aplicação da pena de multa, a observância da situação econômica do réu, conforme reza o art. 60 do Código Penal".

Requer, liminarmente e no mérito, a anulação do feito, com a absolvição da paciente. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena, em seu patamar máximo, concessão de regime prisional mais brando, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e afastamento da pena de multa.

A liminar foi indeferida às fls. 385/387.

Foram prestadas informações às fls. 394/406 e 409/410.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 423/426).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.375 - RS (2014/0150823-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NEGADA. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. PENA DE MULTA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. INADEQUAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

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. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), no especial rito da Lei 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.

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, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

4. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de estabelecimento de regime inicial diverso do fechado e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

5. O *habeas corpus* não é via idônea à pretensão de afastamento da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, porquanto a sanção pecuniária, caso seja descumprida, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, a teor do art. 51 do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feito criminal em curso -, determinar ao Juízo da execução 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, impende 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 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.

Sobre a apontada inversão na ordem procedimental, em razão do que teria havido violação ao princípio constitucional da ampla defesa, visto que o interrogatório fora colhido, não ao cabo do rito, mas em seu limiar, é fundamental ter em linha de consideração a disciplina inserta na Lei n.º 11.343/2006.

Da leitura dos artigos 54/59 da Lei de Drogas, é patente a existência de procedimento especial, em que algumas especificidades avultam. O prazo para o oferecimento da denúncia, é de dez dias, solto ou preso o réu. Ademais, é possível que sejam arroladas apenas cinco testemunhas.

Acerca da audiência de instrução, é salutar a transcrição do artigo 57:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Com a reforma processual penal, trazida pela Lei 11.719/2208, no procedimento comum [ordinário (CPP, artigo 400); sumário (CPP, artigo 531); e sumaríssimo (artigo 81 da Lei 9.099/1995)], de fato, o interrogatório é o último ato da audiência de instrução e julgamento, antes dos debates.

Contudo, o procedimento da Lei de Drogas não é o comum, mas um daqueles que compõe o repertório dos especiais. Daí, justifica-se, até que eventual alteração legislativa seja efetivada, que o interrogatório seja realizado no início da audiência de instrução e julgamento.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RITO DA LEI N.º 11.343/2006. LEX SPECIALIS QUE SE SOBREPÕE, EM TERMOS HERMENÊUTICOS, AO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Lei n.º 11.343/2006 prevê procedimento especial a ser seguido nas ações penais instauradas para a persecução do crime de tráfico ilícito de drogas, estabelecendo, entre outras coisas, que, na audiência de instrução, o interrogatório do acusado deve preceder as demais inquirições. Sem dúvida, por se tratar de *lex specialis*, sua aplicação é mister quando em confronto com o rito ordinário previsto no Código de Processo Penal, já que as regras da *lex generalis* só se aplicam subsidiariamente à legislação específica, caso nesta existam lacunas.

2. Considerando que tanto nos casos de nulidade relativa como nos casos de nulidade absoluta é imprescindível a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, a adoção de procedimento incorreto só poderia ter o condão de macular o andamento da ação penal caso restasse demonstrada a extensão do dano efetivamente suportado pelo réu, ônus do qual não se desincumbiu o Recorrente.

3. Recurso desprovido.

(RHC 46.792/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

5. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum (ordinário,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sumário e sumaríssimo), no especial rito da Lei 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.

(...)

10. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 251.337/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014)

Dessarte, não há falar em ilegalidade em razão da realização do interrogatório no início da audiência de instrução e julgamento.

Quanto à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, 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 a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Verifica-se que as instâncias de origem entenderam ser inaplicável o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, diante da existência de condenação anterior do paciente, sem trânsito em julgado.

Ora, não é viável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena amparando-se na pendência de feitos criminais em curso. É que, consoante pacífica jurisprudência deste Sodalício, 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, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência. Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO AFASTADA. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA.(...) NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

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. Consoante jurisprudência prevalente nesta Corte, inquéritos policiais ou ações penais em curso não podem ser consideradas como maus antecedentes, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

3. Afastado o óbice utilizado pelo Colegiado estadual para afastar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (maus antecedentes), deve ser restabelecida a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da referida minorante, no patamar fixado pela sentença condenatória, qual seja, 1/2.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reformar o acórdão guerreado, afastando, assim, o óbice dos maus antecedentes, e para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em 1/2, fixando a reprimenda definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 275.750/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (11 PEDRAS DE "CRACK", EQUIVALENTE A 2,618 G - DOIS GRAMAS, SEISCENTOS E DEZOITO MILIGRAMAS). MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA NÃO APLICADA PELO MAGISTRADO SINGULAR, EM RAZÃO DA PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE, DE FATO, IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. ENTRETANTO, NA HIPÓTESE, OS MAUS ANTECEDENTES FORAM CONSIDERADOS SEM QUALQUER MENÇÃO À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADO EM JULGADO. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. 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 É A HIPÓTESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DESCABIMENTO. REQUISITOS DO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL, NÃO PREENCHIDOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades delituosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

2. A sentença condenatória negou ao Paciente a aplicação da minorante prevista art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão de seus maus antecedentes.

3. A existência de maus antecedentes impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça.

4. Na hipótese, contudo, segundo informações do Juízo sentenciante, à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

época da sentença condenatória, não havia condenação transitada em julgado em desfavor do Paciente, apenas processos ainda em curso. E, segundo o entendimento adotado tanto pelos Tribunais Superiores quanto pelo Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados como maus antecedentes.

5. Afastados os maus antecedentes do Paciente - única condição apontada para negar a aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 -, é de rigor a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

(...)

(HC 180.949/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011).

Imperioso, por conseguinte, o afastamento do óbice utilizado pelas instâncias ordinárias para negar a incidência da causa especial de diminuição, devendo o Juízo de primeiro grau analisar novamente a possibilidade de aplicação da benesse. Nesta senda, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES: AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES AFASTADOS. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

3. Afastado o óbice referente aos maus antecedentes, devem retornar os autos ao Tribunal de origem a fim de que aprecie o preenchimento dos demais requisitos necessários para a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação, reduzir a pena-base do Paciente para 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, bem como determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que, afastados os maus antecedentes do Acusado, examine o eventual preenchimento dos demais requisitos previstos no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 para o reconhecimento da minorante em questão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 266.320/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROCESSOS PENAIIS EM ANDAMENTO. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO ANALISARAM O EVENTUAL PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, inquéritos policiais e ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade.

2. Afastados os maus antecedentes do paciente, única condição apontada para negar-lhe a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, devem os autos ser remetidos ao Juízo de primeiro grau para que analise os demais requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em comento.

3. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar os maus antecedentes do paciente, determinando-se ao Juízo da 3ª Vara de Tóxicos de Belo Horizonte/MG que analise o eventual preenchimento pelo acusado dos demais requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 para o reconhecimento da minorante em questão.

(HC 179.909/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 29/02/2012)

Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de estabelecimento de regime inicial diverso do fechado e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

No tocante à pretensão de afastamento da pena de multa impende destacar que o *habeas corpus* não é via idônea à discussão da referida matéria, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, porquanto a sanção pecuniária, caso seja descumprida, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, a teor do art. 51 do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, a fim de, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de feito criminal em curso -, determinar ao Juízo da execução 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0150823-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.375 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00165843320138210033 00805793720148217000 03321300045903 165843320138210033
3321300045903 70058880162 805793720148217000 9292013100911

EM MESA

JULGADO: 04/12/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

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 : CORA GUIMARAES (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, 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.