



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.819 - MT (2012/0148398-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ADVOGADO : MARIUSA MAGALHÃES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : ANTONIO MARQS CARVALHO DA CRUZ (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. REDIMENSIONAMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 4. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PLEITO PREJUDICADO 5. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Para a não aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerou-se, diante do conjunto fático-probatório, a acentuada periculosidade social do paciente e o fato de se dedicar às atividades criminosas, o que afasta a incidência da redutora, haja vista a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em seu poder - qual seja, 48 (quarenta e oito) trouxinhas de cocaína -, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários. Ressaltou-se, ainda, que o paciente fazia do tráfico seu meio de vida e sua fonte de renda, tendo confessado que comercializava os entorpecentes há aproximadamente um mês, além de ser o responsável por adquirir e preparar o narcótico para a venda. Essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste **writ**.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora a sanção imposta seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena em regime diferente do fechado.

4. Mantidos os limites da sentença condenatória, fica superado o pleito de substituição da pena segregatória por medida restritiva de direitos, porquanto o **quantum** de pena fixado, acima de 4 (quatro) anos de reclusão, não comporta a concessão de benefício, conforme descrito no art. 44, I, do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.819 - MT (2012/0148398-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Antonio Marqs Carvalho da Cruz, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Mato Grosso.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 290 (duzentos e noventa) dias-multa, nos termos da sentença de fls. 28/35.

Irresignado, apelou o **Parquet** estadual, tendo a Corte **a quo**, por maioria de votos, dado parcial provimento ao recurso ministerial, apenas para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, elevando a pena imposta para 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantendo os demais termos da sentença condenatória, em acórdão assim ementado (fls. 13/27):

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – 1. PRETENDIDA EXCLUSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 - PROCEDÊNCIA – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO NA TERCEIRA FASE DOSIMÉTRICA – DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA – BENESSE AFASTADA – 2. MAJORAÇÃO DA FRAÇÃO AUMENTATIVA DE PENA REFERENTE À CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA CITADA LEX PARA O PATAMAR MÁXIMO PREVISTO – ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE ENTRE AS CAUSAS ESPECIAIS DE MODIFICAÇÃO DE PENA – INVIABILIDADE – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ELEVAÇÃO DA MAJORANTE PARA QUANTUM ACIMA DO MÍNIMO PREVISTO – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Demonstrado que o apelado não preenche o requisito subjetivo para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ficar comprovada a sua dedicação à atividade criminosa, não há falar-se em aplicação da referida minorante.

É incabível o pedido de elevação da fração aumentativa de pena concernente à causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei Antidrogas para patamar máximo, quando as circunstâncias dos fatos não demonstram nenhuma excepcionalidade que autorize a fixação da referida majorante em quantum acima do mínimo previsto.

Por isso a presente impetração, na qual se pretende seja aplicada a redutora para o tráfico prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e reduzida a pena definitiva no patamar máximo de 2/3 (dois terços), pois "comprovado que o apelante é primário, não registra antecedentes criminais, não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa" (fl. 5).

Deferido o pleito de redimensionamento da pena, busca o abrandamento do regime inicial de cumprimento da sanção segregatória e sua substituição por medida restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida em decisão de fl. 39 e as informações juntadas às fls. 55/84.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Exmo. Subprocurador-Geral da República Oswaldo José Barbosa Silva, opinou pelo não conhecimento do feito, mas, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 88/95).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.819 - MT (2012/0148398-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Em razão disso, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário (AgRg no HC n.º 239.957/TO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/6/2011 e HC n.º 201.483/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 27/10/2011)

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a proferir decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, a par de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso dos autos, insurge-se a impetrante, num primeiro momento, contra o **quantum** de pena imposto. No entanto, como é cediço, o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Verifico, ademais, que a sentença condenatória já transitou em julgado sem a interposição de recursos extraordinários. Ainda assim, passo à análise da dosimetria, apenas para aferir eventual existência de patente ilegalidade.

Cumpre destacar, inicialmente, o que prescreve a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

*§ 4º Nos delitos definidos no **caput** e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa. (suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" pela Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012)

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena elaborado pelo Tribunal **a quo** ao afastar a incidência da mencionada minorante, no que interessa, **in verbis** (fls. 21/23):

Da análise dos autos, entendo que a pretensão ministerial merece parcial provimento, devendo a sentença invecivada ser reformada apenas para que a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas seja extirpada do cálculo da pena.

*Sustenta o **parquet**, com razão, o desacerto do referido **decisum**, uma vez que a sua signatária aplicou ao sentenciado, na terceira fase dosimétrica, a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, não obstante ele não preencha todos os requisitos para a concessão da referida benesse, especialmente, no que tange a não dedicação à atividade criminosa.*

Eis, no ponto, o entendimento do juízo monocrático:

Quanto à causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, verifico que o denunciado é réu primário, bem como, que não há provas de que o mesmo se dedica a atividades criminosas e nem que faça parte de organização criminosa, razão pela qual reconheço a referida causa de diminuição em seu favor.

Em atenção aos termos do artigo 42, da Lei 11.343/2006, sendo expressiva a quantidade da droga e, considerando a natureza da substância cocaína, bem como, que o denunciado declarou que a droga era destinada ao comércio apesar do tipo penal previsto no artigo 33, "caput", na modalidade "trazer consigo" e "guardar" em local público não exigir demonstração da finalidade de comércio, bem ainda, que o denunciado declarou que ele próprio fazia a aquisição do entorpecente e o preparava para abastecer a comunidade de usuários daquela localidade, estabeleço a causa de diminuição, prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em metade (1/2), vale dizer, no grau intermediário.

(...)

Na terceira fase da dosimetria, como anteriormente exposto, verifico existência de causa de diminuição de pena (artigo 33, §4º, Lei 11.343/2006), que enseja a redução intermediária de metade (1/2), quantum este que, aplicado na pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, importa na diminuição de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, remanescendo a pena final, igualmente, em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 250 (duzentos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cinquenta) dias-multa. (Sentença às fls. 148/150). Destaquei. Como é cediço, para fazer jus ao benefício da referida causa redutora de pena, o condenado deve preencher concomitantemente os requisitos previstos no citado dispositivo legal, quais sejam, ser primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização com essa finalidade, condições, essas, que efetivamente o recorrido não possui, uma vez que, segundo as provas constantes nos autos, ele fazia do crime o seu meio de vida, dedicando-se à atividade ilícita tráfico de drogas.

Ressalte-se que a intenção do legislador, ao estabelecer a minorante do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, foi diferenciar o traficante contumaz daqueles que cometeram o ilícito ocasionalmente, concedendo-lhe benefício proporcional ao seu merecimento, para ensejar a sanção suficiente à prevenção e reprovação do delito.

Sobre a matéria em debate, tem-se a lição do jurista Renato Marcão, que ao comentar o alcance da causa especial de redução da pena para os crimes previstos na Lei Antidrogas, não deixa qualquer dúvida ao esclarecer que:

A previsão é saudável na medida em que passa a permitir ao magistrado maior amplitude de apreciação do caso concreto, de maneira a poder melhor quantificar e, portanto, individualizar a pena, dando tratamento adequado àquele que apenas se inicia no mundo do crime.

Sob a égide da lei antiga, até por má aplicação do art. 59 do CP, na maioria das vezes o neófito recebia pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que, conforme a prova dos autos, já se dedicava à traficância de longa data, mas que fora surpreendido com a ação policial pela primeira vez. Sendo ambos primários, de bons antecedentes etc., recebiam pena mínima, não obstante o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico.

Inegável que aquele que se inicia no crime está por merecer reprimenda menos grave, o que era impossível antes da vigência do novo § 4º.

É preciso que o Ministério Público esteja atento no sentido de buscar provar, em cada caso concreto, a presença de ao menos uma das situações indesejadas que estão indicadas expressamente, de maneira a afastar a incidência do § 4º, pois, em caso de dúvida, esta se resolverá em benefício do réu.

Para fazer jus ao benefício, o réu deve satisfazer a todos os requisitos, cumulativamente. A ausência de apenas um determina negar a benesse. (In Tóxicos, 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 200/201).

No entanto, conforme asseverado pelo recorrente, das provas dos autos extrai-se que o recorrido dedicava-se à atividade criminosa, fazendo do tráfico de drogas a sua fonte de renda, tendo confessado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em juízo que já vinha comercializando entorpecentes há aproximadamente um mês e que ele mesmo adquiria e preparava o narcótico para venda.

Ademais, foi apreendida na posse do apelado quantidade expressiva de estupefaciente (48 trouxinhas de cocaína), situação que leva à conclusão de que não se trata de traficante “de primeira viagem”, indicando, ao contrário, que ele fez do tráfico de drogas o seu meio de vida, caracterizando, dessa forma, a sua dedicação à atividade criminosa, não cabendo, portanto, a aplicação da minorante em questão.

Nesse sentido, trago à colação o posicionamento das cortes superiores de Justiça, que, ao apreciarem casos análogos à hipótese versanda, consideraram como elementos suficientes para a configuração da dedicação à atividade criminosa apenas a frequência com que é praticado o comércio malsão, considerando, ainda, a quantidade e a natureza do entorpecente e a forma do seu acondicionamento (...).

Do excerto acima destacado, observa-se que, para a não aplicação da causa especial de redução, considerou-se, diante do conjunto fático-probatório, a acentuada periculosidade social do paciente e o fato de se dedicar às atividades criminosas, o que afasta a incidência da redutora, tendo em vista a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em seu poder - qual seja, 48 (quarenta e oito) trouxinhas de cocaína -, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários.

Ressaltou-se, ainda, que o paciente fazia do tráfico seu meio de vida e sua fonte de renda, tendo confessado que comercializava os entorpecentes há aproximadamente um mês, além de ser o responsável por adquirir e preparar o narcótico para a venda, indicando conduta cujo grau de censura não autoriza a aplicação do benefício excepcional do § 4º do art. 33, voltado para situações de pequena gravidade e reduzida culpabilidade.

É que a regra excepcional do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tem como destinatário o pequeno traficante, aquele que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida, não havendo que se falar, desta maneira, em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível nos casos em que se busca a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Com efeito, para se acolher a tese defensiva seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do **habeas corpus**.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PRETENSÃO DE ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO FIXADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC N.º 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No caso, a Paciente foi presa em flagrante delito no dia 20/05/2010, pela suposta prática de tráfico ilícito de drogas e, posteriormente, condenada à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incursa no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 2,6 g (dois gramas e seis decigramas) de "cocaína" e 88 g (oitenta e oito gramas) de "maconha", acondicionadas em quatro invólucros plásticos, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade.

2. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, a Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse, porquanto haviam várias denúncias de que a Paciente "se dedicava ao tráfico de drogas, motivo pelo qual uma das policiais que participou da operação já a conhecia", pois "estava fazendo um levantamento acerca desses fatos". Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação da Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra cabível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que a Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista, sobretudo, o quantum da pena aplicada, estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão.

6. O Plenário da Suprema Corte, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso, considerando o quantum da pena estabelecida, bem assim a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida. (HC 218.558/RJ, Rel. a Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012)

Melhor sorte não assiste ao paciente quanto ao pleito de abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena segregatória, de forma que não fica caracterizado o alegado constrangimento ilegal.

Consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, embora a sanção imposta seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (natureza, e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena em regime diferente do fechado.

A propósito, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

*3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ e do STF.*

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

6. Ordem denegada (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011).

Por fim, mantidos os limites da sentença condenatória, fica superado o pleito de substituição da pena segregatória por medida restritiva de direitos, porquanto o **quantum** de pena fixado, acima de 4 (quatro) anos de reclusão, não comporta a concessão de benefício, conforme descrito no art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0148398-9

HC 248.819 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1619432011 502011 954662011

EM MESA

JULGADO: 07/02/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ADVOGADO	: MARIUSA MAGALHÃES DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE	: ANTONIO MARQS CARVALHO DA CRUZ (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).