



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.297 - SP (2012/0019838-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY RICHARD COSTA CARVALHO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 4,01 g de maconha, 6,16 g de cocaína e 1,14 g de *crack* -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

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

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. *In casu*, tendo a reprimenda final do paciente alcançado 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.

6. O *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/ violação à liberdade de locomoção.

7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.297 - SP (2012/0019838-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY RICHARD COSTA CARVALHO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por defensora pública em favor de WESLEY RICHARD COSTA CARVALHO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0019186-78.2010.8.26.0577).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, pois "foi surpreendido por policiais militares trazendo consigo, para fins de comércio e consumo de terceiros, 4,01 g (quatro gramas e um centígrama) da droga *Cannabis Sativa* L., vulgarmente conhecida como maconha; 6,16 g (seis gramas e dezesseis centígramas) da droga cocaína, sob a forma de pó; e 1,14 g (um grama e quatorze centígramas) da droga cocaína, na forma de pedras de 'crack' " (fl. 20). Ocorreu a condenação também pelo delito previsto no artigo 129, *caput*, do Código Penal, sendo imposta ao ora paciente a pena de 3 (três) meses de detenção, bem como por infração ao artigo 329, *caput*, do Estatuto Repressivo, sendo-lhe atribuída a pena de 2 (dois) meses de detenção. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...)

Passo à dosimetria da reprimenda.

Atendendo aos critérios norteadores de aplicação da pena estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, fixo:

1. a pena-base do delito de tráfico ilícito de drogas no mínimo previsto no preceito sancionador, majorando-a em 1/4, para fixá-la em: 6 anos e 3 meses de reclusão, e 625 dias-multa, tendo em vista a condição de traficante inclusive de cocaína, na forma de pó e de pedras de 'crack', substância altamente tóxica, que exige maior rigor em seu combate. É inegável o elevado risco que a cocaína, seja em pó ou em forma de pedras de 'crack', acarreta na saúde pública. Tal fato não pode ser ignorado pelo julgador.

Confira-se a respeito:

(...)

Não se olvide que o artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 determina que o Juiz de Direito considere, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, entre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outras circunstâncias.

A primariedade do agente (fls. 07/08 do apenso de certidões) foi considerada, pois, geralmente, a pena é acrescida em 1/3 quando se trata de agente com antecedentes desabonadores.

É certo que o acusado responde por outros crimes e que, inclusive, foi condenado pela prática de furto. No entanto, não existe sentença condenatória com trânsito em julgado, razão pela qual deixo de levá-las em conta para efeito de majoração da pena.

Torno a pena-base em definitiva em virtude da ausência de causas de aumento e diminuição.

2. a pena-base do delito de lesão corporal em 3 meses de detenção, devido ao fato de que o acusado é tecnicamente primário, tornando-a definitiva em virtude da ausência de causas de aumento e diminuição.

3. a pena-base do delito de resistência em 2 meses de detenção, tendo em vista que o acusado é tecnicamente primário, tornando-a definitiva em virtude da ausência de causas de aumento e diminuição.

Face ao exposto, **JULGO PROCEDENTE a presente ação penal e CONDENO o réu WESLEY RICHARD COSTA CARVALHO**, qualificado nos autos às fls. 19 e 70, ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, como incurso nas penas do artigo 33, 'caput', da Lei 11.343/06, com a observância do disposto na Lei 8.072/90, bem como ao cumprimento da pena de 3 (três) meses de detenção, como incurso no artigo 129, 'caput', e ao cumprimento da pena de 2 (dois) meses de detenção, como incurso no artigo 329, 'caput', ambos do Código Penal.

Fixo o valor do dia-multa em seu mínimo, à minguia de maiores informações sobre a sua situação econômica.

Condeno-o, finalmente, ao pagamento das custas processuais e da taxa judiciária, esta em valor equivalente a 100 UFESP, nos termos do artigo 4º, § 9º, alínea 'a', da Lei nº. 11.608/03.

O réu é beneficiário da gratuidade de Justiça, razão pela qual, por ora, fica dispensado do pagamento das verbas sucumbenciais.

Incabível a redução da pena de acordo com os ditames do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, a primariedade do agente já foi considerada na fixação da pena-base, como estabelece o artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais).

De acordo com o mencionado dispositivo legal há que se levar em conta também, na mesma fase da fixação da reprimenda, a conduta social do réu, isto é, o papel que ele exerce na comunidade e, no caso concreto, deve-se observar a condição de traficante, que exerce conduta deletéria no seio da comunidade.

Ademais, consta do § 4º do artigo 33 do supracitado dispositivo legal que as penas **poderão** ser reduzidas quando o agente '*seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*'.

Aparentemente, o legislador pátrio não atuou com a costumeira coerência e bom senso, porque todo traficante se dedica às atividades criminosas, mormente em se considerando que conta ele com o auxílio de comparsas dentro da pirâmide do tráfico, tais como: o 'olheiro' (que fica à espreita observando a chegada eventual de policiais), e o 'aviãozinho' ou 'fumacinha' (que promove a entrega da droga ao usuário), entre outros.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Importante ressaltar que tais atividades, comumente, são exercidas por menores de idade, pessoas em formação, que são corrompidos com a ilusão de ganhar 'dinheiro fácil'.

Inegavelmente, o réu se dedicava à atividade criminosa, o que afasta a possibilidade da redução pleiteada.

Não há como negar que ele adquiriu a droga de alguém com o intuito de comercializá-la; por sua vez, tal pessoa também a adquiriu de outra, e assim sucessivamente, formando uma cadeia de meliantes, que visam o lucro fácil, atacando a saúde pública.

Releva notar que o legislador infraconstitucional facultou a redução da pena, e não a impôs simplesmente.

O intérprete da lei tem como escopo descobrir o sentido da norma jurídica (Lei 11.343/06), pesquisando seu verdadeiro alcance.

Para nos orientarmos na tarefa interpretativa, temos à nossa disposição várias técnicas: gramatical, sistemática, histórica e sociológica ou teleológica.

Ora, todas elas demonstram que o legislador tornou mais rigorosa a sanção imposta ao traficante; é o raciocínio lógico a que chegamos (*interpretação lógica*).

A averiguação dos antecedentes da mencionada norma ou o histórico legislativo (*interpretação histórica*); as exigências sociais (*interpretação sociológica ou teleológica*), bem como a *interpretação gramatical*, evidenciam a preocupação dos legisladores em geral em coibir a disseminação de substância entorpecente no globo terrestre.

As regras de hermenêutica demonstram que o legislador pátrio não foi nada brando ao majorar as penas impostas aos transgressores da nova lei de combate às drogas.

Razões de ordem pública demonstram que é inviável a diminuição da reprimenda a quem do mínimo cominado no preceito sancionador.

As atenuantes genéricas, bem como as agravantes da mesma natureza, somente operam entre limites legais da pena. Se assim não fosse, todo delito poderia, na hipótese de ocorrer uma dessas circunstâncias, ter a pena cominada de forma indeterminada, de acordo com o arbítrio do Magistrado, que teria a faculdade de fixá-la abaixo dos extremos legais.

Dessa forma, estaria sendo violado o texto do artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Suprema, que preceitua que não há pena sem prévia cominação legal. Uma vez fixada na Constituição da República o princípio da legalidade, não há margens para sanções indeterminadas no sistema legal.

Não se olvide que, em razão do princípio do livre convencimento fundamentado, encampado pelo Código de Processo Penal, o Juiz de Direito não está obrigado a violar suas convicções e a sua consciência porque existem posições doutrinárias ou jurisprudenciais em sentido contrário ao seu entendimento.

Aliás, as diversidades de entendimentos é que o que torna o direito uma ciência dinâmica. O direito é ciência social, que se altera com o tempo e com a realidade social vivida em cada época da civilização. Por isso, é tão grandioso.

Acatar a opinião de outrem, de maneira irrefletida, é violar a própria convicção, coisa que, felizmente, o Magistrado não está obrigado a fazer, ao menos por enquanto.

Salvo melhor Juízo, a primariedade do agente não obriga a concessão do benefício, como consta do próprio texto legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, não há razão para dar tratamento diferenciado e mais benéfico ao traficante de drogas, em detrimento dos demais sentenciados.

Punir o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes com pena aquém da prevista para um furto qualificado (no mínimo dois anos de reclusão), é dar salvo conduto para que ele transgrida a lei e ataque a saúde pública. Devemos ter em mente que, muitas vezes, seus clientes são menores de idade, pessoas ainda em formação.

Não nos parece que o legislador pátrio quis pactuar com isso.

A Lei nº 11.343/06 teria alçado a primariedade e bons antecedentes à condição de causa especial de diminuição de pena, podendo diminuir a reprimenda a um patamar inferior ao mínimo previsto em abstrato, o que é vedado na dosimetria de outros delitos.

Aceitar tal argumento é concluir que o legislador teria caminhado na contramão da história, editando norma legal em manifesto confronto com os princípios de aplicação da pena, atacando frontalmente os princípios da proporcionalidade e da legalidade.

Ora, aqueles que cometem delitos considerados de menor potencial ofensivo não são agraciados com diminuição da pena aquém do mínimo previsto no preceito sancionador.

Observe-se que enquanto vigorou a Lei nº 6.368/76 a pena mínima para aqueles que transgredissem o artigo 12 era de três anos de reclusão; a Lei Antidrogas majorou a pena mínima para cinco anos de reclusão. Além disso, a pena de multa de cinquenta dias-multa foi elevada para quinhentos dias-multa.

Não obstante isso, divergindo do espírito da Lei nº 11.343/06, o § 4º, do artigo 33, prevê a diminuição da pena aquém do mínimo legal, caminhando em sentido inverso ao rumo que traçou.

Transgrediu, ainda, os textos do artigo 1º do Código Penal e do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, em evidente afronta aos comandos do legislador constitucional.

Inegavelmente, o § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas é inconstitucional e deve ser banido do sistema, sob pena de subversão do texto da Carta Suprema.

Diante de tais argumentos, deixo de diminuir a pena nos moldes do artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas em razão da primariedade do agente.

(...)

Por imposição legal, **o réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.**

Observe que, de rigor, em casos de condenação por tráfico de entorpecente a imposição do regime inicial fechado, tendo em vista a presumida periculosidade de delinquentes do tipo.

Na hipótese dos autos, porém, há mais um motivo, uma vez que os fatos ocorreram sob a égide da Lei nº 8.072/90, cujos dispositivos são claros quanto ao fato de que os condenados por tráfico ilícito de substância entorpecente têm que iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada em regime fechado.

(...) (fls. 36/41).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal *a quo*, que deu parcial provimento ao apelo defensivo somente para reduzir a reprimenda relativa ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico ilícito de entorpecentes, fixando-a em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, mantida as demais cominações da sentença, *in verbis*:

(...)

No entanto, a pena imposta pela prática do crime de tráfico merece pequeno reparo.

No caso **sub judice**, não incide a redução da pena disposta no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois o réu foi surpreendido com razoável quantidade e variedade de drogas, evidenciando não se tratar de traficante ocasional, fazendo do delito seu meio de sobrevivência, circunstância verificada mediante a análise dos elementos de convicção constantes dos autos.

(...)

Registre-se, por oportuno, que o Juiz não pode ficar adstrito ou vinculado apenas à primariedade e bons antecedentes do acusado, pois, o art. 59 do Código Penal também determina o sopesamento dos motivos, das circunstâncias e das conseqüências do crime.

Seguindo as mesmas diretrizes adotadas em primeiro grau, mantida a fixação da pena-base acima do mínimo legal em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

O réu era menor de 21 anos na época dos fatos, por essa razão deve ser aplicada a atenuante da menoridade, reduzindo-se a pena em 1/6, tornado definitiva sua condenação em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa.

Inviável, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e a suspensão condicional da pena, por expressa vedação legal.

(...)

De se destacar que as vedações, por serem prejudiciais ao réu, só seriam inviáveis aos delitos cometidos anteriormente à vigência da lei, o que não é o caso dos autos.

A par disso, *in casu*, o réu não preenche os requisitos subjetivos do art. 44, inc. III, do Código Penal, ou seja, a personalidade do sentenciado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime não indicam ser a substituição suficiente à prevenção e repressão do ilícito penal.

No tocante à multa, nota-se que o legislador ordinário tem a prerrogativa de estabelecer qual a pena mais adequada para determinado delito, levando em consideração a sua gravidade, motivo pelo qual, a fixação de um valor elevado não viola nenhum dispositivo legal, pelo contrário, representa a aplicação do princípio da individualização da pena.

Não houve violação aos princípios constitucionais da individualização da pena ou da proporcionalidade, mas apenas opção clara do legislador, sem qualquer óbice constitucional, no sentido de coibir de forma mais eficaz conduta de extrema gravidade, de natureza hedionda, contra a saúde pública e impulsionadora de outros delitos também de elevada nocividade social.

Nesse sentido já se decidiu:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalte-se, por outro lado, que costumeiramente traficantes exercem suas atividades visando o lucro. Ao sancionar esses agentes com uma pena pecuniária mais alta, essa medida acaba por atingir sua função retributiva e pedagógica de modo mais amplo, teoricamente restringindo as possibilidades da ocorrência de um novo crime dessa natureza, desmotivando o agente.

Assim, a situação financeira do apelante pode influir somente no valor do dia-multa, que, aliás, foi fixado no seu patamar mínimo.

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena foi corretamente fixado, pois a gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

(...)

Ante o exposto, por meu voto, **conheço e dou parcial provimento** ao reclamo defensivo para fixar a pena de WESLEY RICHARD COSTA CARVALHO, no tocante ao crime de tráfico, em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, no valor mínimo legal, ficam mantidos os demais termos da r. sentença recorrida, inclusive as penas de 03 (três) meses de detenção e de 02 (dois) meses de detenção, pela prática, respectivamente, dos delitos capitulados nos arts. 129, 'caput', e 329, 'caput', ambos do Código Penal (fls. 47/52).

Dá o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta que a pena-base não pode ser acrescida tão-somente pela natureza da droga apreendida, pois o julgador estaria utilizando-se de fatores inerentes ao próprio tipo penal.

Alega, ainda, que é de rigor a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o agente é primário, não se dedica à atividade criminosas, nem integra organização delituosa, não sendo óbice para a aplicação da minorante a quantidade ou o tipo de entorpecente.

Defende, inclusive, que é cabível na espécie a fixação do regime menos gravoso e a substituição da pena, visto o preenchimento pelo paciente dos requisitos legais para tanto, não ocorrendo o óbice do artigo 44 da Lei n.º 11.343/06.

Assere, por fim, que a multa penal aplicada deve atender ao disposto no artigo 49 do Código Penal ou, ao menos, aplicado o artigo 29 da Lei n.º 11.343/06, atribuindo-a segundo a capacidade econômica do agente.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, a estipulação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos e o reconhecimento da inconstitucionalidade da aplicação da pena de multa, readequando-se os valores impostos.

A liminar foi indeferida às fls. 59/65.

Foram prestadas informações às fls. 76/77 e 79/97.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Geraldo Brindeiro, pelo parcial conhecimento e, nesta extensão, pela denegação da ordem (fls. 100/105).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.297 - SP (2012/0019838-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 4,01 g de maconha, 6,16 g de cocaína e 1,14 g de *crack* -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.
3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. *In casu*, tendo a reprimenda final do paciente alcançado 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.
6. O *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/ violação à liberdade de locomoção.
7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, registre-se 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.

Não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem, *ex officio*, porquanto foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto tendo em vista a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 4,01 g de maconha, 6,16 g de cocaína e 1,14 g de *crack* (fl. 20) -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Quanto à legitimidade da exasperação da pena, na primeira fase de sua individualização, com fulcro na natureza das drogas, cumpre colacionar alguns precedentes deste Sodalício, a título ilustrativo:

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que a Corte originária levou especialmente em consideração a desfavorabilidade das circunstâncias em que cometido o delito, já que o agente foi flagrado na companhia de menor e na posse de elevada quantia em dinheiro, indicativa de tráfico em larga escala, e ainda as referentes à natureza, variedade e quantidade das drogas apreendidas - 82 gramas de maconha, 19,38 gramas de cocaína e 16,93 de crack - não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

(...)

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, em parte concedido, apenas para fazer preponderar a atenuante da menoridade relativa sobre a agravante da reincidência, restando a sanção do paciente definitiva em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 6 (seis) dias de reclusão e pagamento de 635 (seiscentos e e trinta e cinco) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatido.

(HC 237.264/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração para a exasperação da pena-base especialmente a diversidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (maconha, cocaína e *crack*), além da quantidade (catorze porções de maconha, com peso total de 48,7 g; seis porções de cocaína em pó, com peso total aproximado de 3 g; nove porções de cocaína em pó, com peso total de 5 g e uma porção de cocaína sob a forma de *crack*, com peso total de 3,7).

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal 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 normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos, bem como à fixação do regime inicial aberto aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

3 Ordem parcialmente concedida para afastar a vedação legal à fixação do regime menos gravoso e à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, cabendo às instâncias originárias a verificação quanto ao preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários.

(HC 226.272/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 11/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO PELA LEI Nº 6.368/1976. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE. 2. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. 3. REQUISITOS LEGAIS PARA A INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NA NOVA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 3. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. 4. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi estabelecida considerando a elevada quantidade de droga apreendida, bem como em razão das consequências nefastas do delito, cujos lucros obtidos com o comércio ilícito eram destinados à manutenção de organização criminosa.

2. A partir do julgamento do EREsp nº 1.094.499/MG, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a evitar a criação de uma terceira norma não prevista no ordenamento jurídico, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, ressalvada minha opinião no sentido da possibilidade de aplicação de norma posterior benéfica.

3. Deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu. Na hipótese, não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que se dedica a atividades criminosas e integra organização criminosa, circunstâncias devidamente reconhecidas no acórdão da apelação.

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC 128.343/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 24/04/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBEDIÊNCIA AO CRITÉRIO ESTABELECIDO NO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA (CRACK). CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. EXASPERAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPONTÂNEA. ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Somente se admite a reforma da dosimetria de pena, em sede de *habeas corpus*, quando exsurge dos autos flagrante ilegalidade, o que, seguramente, não ocorreu no caso em apreço.

2. Na hipótese, vê-se que o acórdão impugnado, valendo-se do critério estabelecido no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou, em desfavor do Réu, a natureza da substância apreendida, vulgarmente conhecida como *crack* (mistura com maior potencial viciante e destrutivo), para exasperar a pena-base em 01 (um) ano.

3. Além disso, o aresto adversado reconheceu corretamente ser o Paciente portador de circunstância judicial desfavorável, qual seja, a conduta social desabonada, o que, por certo, legitima a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

4. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea, no momento da fixação da reprimenda. Precedentes.

5. Ordem denegada.

(HC 169.684/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 17/05/2011)

Assim, demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da natureza das drogas, as instâncias de origem entenderam ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.

No tocante à causa especial de redução de pena, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que as instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, negaram a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

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

Nesse sentido:

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

1. Embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, as instâncias ordinárias negaram-lhe a aplicação da causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias que indicariam a sua ligação com atividades criminosas.

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

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

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

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

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

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

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

Do Supremo Tribunal Federal, colho o seguinte julgado:

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

marginalidade.

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

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

No tocante à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

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

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

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

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

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

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

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

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

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

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

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

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

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

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

Do mesmo modo, inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 4 anos, o que impede a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

No mais, impende destacar que o *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, porquanto a sanção pecuniária, acaso seja descumprida, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, a teor do art. 51 do Código Penal. Nesta senda:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE MULTA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE AMEAÇA À LIBERDADE DO PACIENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. O habeas corpus não se presta para a análise de questões que não digam respeito a eventual violação à liberdade de locomoção do indivíduo. Assim, a via eleita não se mostra adequada à apreciação da alegada inconstitucionalidade da pena de multa prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, visto que a sanção pecuniária, mesmo se descumprida, não poderá ser convertida em privativa de liberdade. Precedentes do STJ.

2. De outra parte, 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 antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que as instâncias ordinárias entenderam que ele integra organização criminosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

5. Embora a pena corporal não alcance 8 (oito) anos de reclusão, a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos - friso: 3.578 g (três mil, quinhentos e setenta e oito gramas) de cocaína - justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.

6. Em decorrência do indeferimento do pedido de aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

7. Não há como assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, quando a sentença anota persistirem, na espécie, os requisitos da prisão preventiva e a impetrante sequer apresenta, no presente writ, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória.

8. De se ver que o réu permaneceu preso durante todo o curso do processo e que sua custódia ocorreu quando tentava embarcar para a Dubai, nos Emirados Árabes, com grande quantidade de cocaína, circunstância que está a evidenciar a sua periculosidade social.

9. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 176.403/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, POR SI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO. PENA DE MULTA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

1. Na hipótese, o Paciente não preenche os requisitos para aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006. A apreensão de grande quantidade de entorpecente (235 pedras de crack e 77 trouxinhas de maconha) evidencia que se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminoso, o que impede a redução de pena pretendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Segundo entendimento desta Corte, quando não aplicada a causa de diminuição inserta no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, é obrigatória a fixação de regime prisional inicial fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, se cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007.

3. Fixada a pena em tempo superior a 4 anos, como na hipótese, não se pode invocar o direito à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos (art. 44, inciso I, do Código Penal).

4. "A via do habeas corpus não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal" (HC 162.313/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 09/11/2011).

5. Ordem parcialmente conhecida e, no mais, denegada.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

1. Inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ao condenado expressamente reconhecido como reincidente.

2. Não caracteriza bis in idem a utilização da reincidência tanto na segunda fase da dosimetria, como circunstância agravante, quanto na terceira, para negar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que se trata de efeitos diversos do instituto jurídico da reincidência, sopesados em momentos distintos da aplicação da pena e com finalidades diversas, objetivando a aplicação da reprimenda que se mostre a mais adequada e suficiente para a prevenção e reprovação do delito perpetrado.

3. A via do habeas corpus não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 162.313/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 09/11/2011)

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

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0019838-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 232.297 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 191867820108260577 577100191861

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WESLEY RICHARD COSTA CARVALHO

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.