



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.003 - SC (2012/0080237-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : LUÍS ROBERTO GUEVARA TAVARES
ADVOGADO : LUÍS ROBERTO GUEVARA TAVARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALTAMIR PAULO DUTRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO PENA LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. ÓBICE NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL E QUANTIDADE DE DROGA. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus*. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe 19.9.2012.

– A Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, publicada em 16.2.2012, suspendeu a execução da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, contida no art. 33, § 4º, e art. 44, ambos da Lei n. 11.343/06, após o plenário do STF, no julgamento do HC n. 97.256/RS, de Rel. Carlos Ayres Britto, ter declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da vedação legal à aludida substituição nos crimes da Lei de Drogas.

– Em que pese não haver mais o óbice legal, esta Corte firmou entendimento no sentido de que é possível afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao acusado condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, desde que o exame das circunstâncias judiciais, quantidade e qualidade das drogas apreendidas evidenciem que a substituição não se mostre adequada à prevenção e à repreensão do delito, nos termos do art. 44, do Código Penal.

– No caso, as instâncias ordinárias indeferiram o benefício em função da natureza e da elevada quantidade de droga apreendida – cerca de 6 Kg de cocaína – circunstância que evidenciava que a substituição não se mostrava adequada e suficiente.

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 Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 06 de novembro de 2012(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.003 - SC (2012/0080237-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : LUÍS ROBERTO GUEVARA TAVARES
ADVOGADO : LUÍS ROBERTO GUEVARA TAVARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALTAMIR PAULO DUTRA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALTAMIR PAULO DUTRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E DA QUANTIDADE E QUALIDADE DE DROGA APREENDIDA. MITIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA.

SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. ACUSADO QUE SILENCIOU NA FASE INQUISITIVA E, EM JUÍZO, DISSE DESCONHECER A EXISTÊNCIA DE ENTORPECENTE NO VEÍCULO. PEDIDO REPELIDO.

TERCEIRA FASE. TRÁFICO INTERESTADUAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. AGENTES QUE FORAM INTERCEPTADOS QUANDO JÁ SEGUIAM VIAGEM DE VOLTA PARA O RIO GRANDE DO SUL. ESCUSAS TRAZIDAS QUE RESTAM ISOLADAS NOS AUTOS. PALAVRAS DOS POLICIAIS FIRMES E COERENTES NO SENTIDO DE QUE OS ACUSADOS TRANSPORTARIAM A DROGA ATÉ O ESTADO VIZINHO, UMA VEZ QUE LÁ RESIDIAM. DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DA FRONTEIRA. PRECEDENTES DO STJ. MANUTENÇÃO QUE SE FAZ DEVIDA.

PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. MITIGAÇÃO PROCEDIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA O CASO SUB EXAMINE.

REGIME CARCERÁRIO. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ, COM A ALTERAÇÃO DO REGIME PARA MODALIDADE MAIS BRANDA. IMPOSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DA LEI N. 8.072/90. NECESSIDADE DE INÍCIO DO CUMPRIMENTO NO FECHADO.

SUBSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. GRANDE APREENSÃO DE NARCÓTICOS. BENEFÍCIO QUE NÃO SE REVELA ADEQUADO PARA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REPRESSÃO E PREVENÇÃO DO DELITO. PLEITO REPELIDO.

RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENDIDOS. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE CONFESSA QUE O DINHEIRO APREENDIDO ERA PARTE DO PAGAMENTO PELO TRANSPORTE DA DROGA. ORIGEM LÍCITA DOS DEMAIS BENS NÃO COMPROVADA.

PLEITO DE ISENÇÃO DA PENA DE MULTA, EM RAZÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DOS APELANTES INVIÁVEL. PREVISÃO LEGAL QUE NÃO PODE SER SUPRIMIDA PELO MAGISTRADO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. NÃO CONHECIMENTO. PLEITO QUE DEVE SER REQUERIDO PERANTE O JUÍZO DA CONDENAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO (fls. 7-8).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 428 (quatrocentos e vinte e oito) dias-multa.

No presente *writ*, o impetrante sustenta que a vedação da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos resta superada, haja vista decisões do STF e a Resolução n. 5 do Senado Federal. Afirma que, *"desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, os condenados por tráfico de drogas podem ter a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito"* (fl. 3).

Assevera que diante do reconhecimento do tráfico privilegiado e presentes os requisitos objetivos e subjetivos *"não cabe ao julgador do Tribunal superior, em recurso de apelação promovido exclusivamente pela defesa, suprimir ou impugnar o benefício, em flagrante prejuízo ao réu, ora paciente, inovando em matéria já decidida"* (fl. 4).

Ressalta-se, por oportuno, que no HC n. 229.414/SC, Rel. Min. Gilson DIPP, o ora paciente requereu o direito de recorrer em liberdade, fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. O *writ* foi parcialmente conhecido e a ordem negada, nos exatos termos:

Primeiramente, em relação ao pleito de fixação de regime mais brando para início de cumprimento da pena ou de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, assim decidiu o Tribunal de origem:

"Inicialmente, com relação aos pedidos de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade, estes sequer merecem conhecimento, pois, de acordo com as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora e com o Sistema de Automação do Judiciário - SAJ, constata-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a defesa do paciente já interpôs recurso de apelação, oportunidade em que deverá ser analisada a matéria levantada. (...).

Assim, não se conhece, nesse ponto, do writ." (fl. 9)

Dessarte, observa-se que tais argumentos não foram analisados pelo Tribunal Estadual, o que impede sua apreciação nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

Quanto à negativa ao direito de apelar em liberdade, o Tribunal a quo, utilizando-se dos fundamentos do Juízo singular, assim fundamentou a decisão, verbis:

[...]

Dessarte, levando-se em consideração a existência de vedação expressa à concessão de liberdade provisória, a Quinta Turma firmou entendimento no sentido da impossibilidade de concessão do benefício aos acusados pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, com esteio no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. (grifei).

Todavia, considerando que o pedido substituição da pena não foi apreciado naquela oportunidade, não está caracterizada a reiteração de pedido, razão pela qual prossigo na análise do writ.

Pugna, assim, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 37.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 45-46, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.003 - SC (2012/0080237-5)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Inicialmente, saliento que recentemente o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso ordinário. Confira-se:

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* “como substitutivo de recurso no processo penal”. Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, "usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida".

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

Na hipótese dos autos, não resta configurada nenhuma ilegalidade manifesta.

O Juízo da Execução da pena assim manifestou-se ao negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, *verbis*:

Cuidam os autos de execução penal instaurada para fiscalizar o cumprimento da pena imposta a Altamir Paulo Dutra, que foi condenado a 03 anos, 10 meses e 20 dias de prisão, em regime inicial fechado, mais 428 dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/06, na qual o apenado pugna pela conversão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, com fulcro na Resolução n 05/2012, expedida pelo Senado Federal. Com vista dos autos, o representante do Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido. É o essencial, pelo que passo a decidir. **Conforme bem exposto pelo procurador do apenado, o Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, promulgou a Resolução de n 05/2012, suspendendo a eficácia do artigo 44 da Lei 11.343/06, na parte em que menciona ser "vedada a conversão em penas restritivas de direitos". Dessarte, com base nisso, a conversão da pena do crime de tráfico, assim como acontece nos demais casos, passa a ser balizada pelo artigo 44 do Código Penal, que assim estabelece: 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 culposos; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. No caso em tela, malgrado o réu não seja reincidente em crime doloso, a pena aplicada não seja superior a 04 anos e o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, verifica-se que as circunstâncias do crime lhes são desfavoráveis, tanto que assim foram apreciadas na primeira fase da aplicação da pena. Outrossim, em se tratando do delito de tráfico de drogas, deve se ter em vista, ainda, a natureza da substância estupefaciente e a sua quantidade, conforme disposição do artigo 42 da Lei 11.343/06, cujas quais também foram consideradas em detrimento do requerente, o que, aliado às circunstâncias, revela que a substituição da pena não é medida suficiente e eficaz. Não bastasse isso, há de se destacar, também, que com o julgamento do Habeas Corpus n 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a asseverar que a substituição da pena não deve ser aplicada de forma desmedida e que só é possível de ser realizada em casos excepcionais, senão vejamos: A aplicabilidade das penas restritivas de liberdade revelava-se, sobretudo, adequada em relação a hipóteses menores de tráfico ilícito de entorpecentes, para as quais a sanção penal se mostrava, por vezes, excessiva ou desproporcionada. Como observa Francisco de Assis Toledo, "o fato de que o tráfico passou a ser tratado com extremo rigor desde o advento da Constituição de 1988? não constitui argumento suficiente para invalidar a opção do legislador?. "Como a zona fronteira entre o vício e o tráfico nem sempre é muito nítida, a possibilidade da aplicação aos casos ocorrentes da pena substitutiva é uma boa solução, permitindo a correção ou a atenuação daqueles excessos?. De igual teor é o parecer de Mário Magalhães Papaterra Limongi: "Não se pode dizer que a legislação mais dura tem permitido a condenação dos principais traficantes. Quem se der ao trabalho de manusear os processos que são instaurados, verificará com facilidade que a maioria esmagadora das pessoas presas são pequenos traficantes que, a toda evidência, não podem ser apontados como os que dominam o comércio e a distribuição de substâncias entorpecentes. Em verdade, com algumas**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exceções, a quantidade de drogas apreendidas não é significativa, o que permite concluir que as pessoas processadas como traficantes são, de fato, mulas, permanecendo ignorados os que vivem do odioso negócio. Como a legislação não distingue, pratica o mesmo crime quem transporta toneladas de cocaína como a mulher do preso que, em dia de visita, leva ao seu companheiro pequena quantidade de maconha. (Informativo 598/STF) **Assim, considerando que o requerente foi preso quando transportava uma enorme quantidade de drogas, de natureza sabidamente nociva e maléfica, do Estado de Santa Catarina para o Rio Grande do Sul, extrai-se que esse não é apenas mais uma "simples mula" que apenas leva pequena porção de maconha a sua companheira, pelo que a substituição mostra-se medida descabida e desproporcionada para a repressão e prevenção do delito, ante as circunstâncias do delito. Isto posto, tendo em vista que os requisitos do artigo 44 do Código Penal não encontram-se contemplados, considerando que o caso do apenado não pode ser considerado exceção, que a ofensividade ao bem jurídico tutelado não é pequena e que o apenado é, de fato, traficante e, portanto, "vive do odioso negócio", indefiro o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.** (grifei).

De outra parte o v. acórdão a quo manteve a decisão nos exatos termos:

Sobre o pedido de majoração do patamar da redutora do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, impende mencionar que, embora não exista um critério específico para determinar o quantum de redução, a doutrina e a jurisprudência têm tomado como diretrizes para determinar a fração, que deve ser de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a quantidade e a qualidade da droga apreendida.

Na hipótese em apreço, Alcides e Altamir foram flagrados transportando, como já mencionado, grande quantidade de cocaína, droga de alto poder destrutivo, situação que, sem sombra de dúvidas, merece maior censura e justificaria até mesmo a não aplicação da redutora, pois é um forte indicativo de que se dedicavam a atividades criminosas.

Todavia, os acusados foram beneficiados pelo Juízo de primeiro grau, que mitigou a sanção de 1/3 (um terço), redução esta que, como mencionado, a meu sentir, sequer faziam jus, razão por que não há como se majorar, nesta instância, o patamar de diminuição.

O pedido de afastamento da hediondez, em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado em primeira instância, com a alteração do regime para o aberto ou semiaberto e com a substituição da reprimenda não pode ser concedido.

Isso porque, embora o Supremo Tribunal Federal tenha declarado, no julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS, a inconstitucionalidade do art. 33, § 4.º e do art. 44 da Lei Antidrogas, ambos no que tange à vedação à conversão da pena corporal por restritivas de direitos, ao ser comunicada a decisão ao Senado Federal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

este, por meio da Resolução n. 5 de 15 de fevereiro de 2012, suspendeu tão somente a proibição relativa aos casos de tráfico privilegiado, ou seja, do art. 33, § 4.º, mantendo hígido o disposto no art. 44 da Lei de Drogas.

Contudo, ainda que, por meio de tal decisão, o Supremo Tribunal Federal, tenha permitido a substituição e, por conseguinte a alteração do regime às hipóteses que se enquadrem no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, tal concessão fica condicionada ao preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal.

[...]

Quanto ao réu Altamir, em que pese tenha sido preenchido o requisito temporal, o réu não cumpre as condições subjetivas necessárias à concessão da benesse, atento ao que dispõe o inc. III do art. 44 do Código Penal, porquanto as circunstâncias do crime - apreensão de 6 Kg (seis quilogramas) de entorpecente -, demonstram a gravidade da conduta praticada.

É relevante registrar também que a natureza da droga apreendida, cocaína, leva o usuário à dependência com mais facilidade, destruindo famílias e incitando outros tipos de delito, principalmente os de cunho patrimonial, situação que demonstra que a conversão em restritivas de direitos não seria suficiente, na hipótese em apreço, à repressão e prevenção do delito. (fls. 11-16).

No que concerne ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, publicada em 16.2.2012, suspendeu a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", contida no art. 33, § 4º, e art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, após o plenário do STF, no julgamento do HC n. 97.256/RS, de Rel. Carlos Ayres Britto, ter declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da vedação legal à aludida substituição nos crimes da Lei de Drogas.

Contudo, em que pese não haver mais o óbice legal, esta Corte firmou entendimento no sentido de que é possível afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao acusado condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, desde que o exame das circunstâncias judiciais, quantidade e qualidade das drogas apreendidas evidenciem que a substituição não se mostre adequada à prevenção e à repressão do delito, nos termos do art. 44, do Código Penal.

Nesse sentido os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPRESINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL 3. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 4. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS SOBRE A ASSOCIAÇÃO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 5. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSENTES OS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DO REDUTOR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

4. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ao entender que diante das circunstâncias concretas do crime, no qual o paciente foi preso na posse de elevada quantidade de droga - 75 (setenta e cinco) quilos de maconha, 94 (noventa e quatro) gramas de cocaína -, estava plenamente caracterizado o envolvimento do sentenciado com o tráfico e com a criminalidade, o que inviabilizou a concessão do benefício.

5. Constando expressamente do acórdão que o paciente se dedicava à atividade criminosa, correta a decisão que não acolheu o pedido de aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

6. Habeas corpus não conhecido e não constatada a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de habeas corpus de ofício. (HC 202.641/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 26.9.2012 - grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

[...]

4. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL. PREJUDICIALIDADE DO MANDAMUS NESSE PONTO.

1. Ausente ilegalidade na aplicação da pena da paciente no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o habeas corpus no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 44, I, do CP.

[...]

2. A gravidade concreta do delito cometido pelo agente, especialmente em razão da quantidade de entorpecente capturado em seu poder, justifica a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

3. Ordem denegada, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas. (HC 245.855/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 24.9.2012 - grifei).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. LEI DE DROGAS. TESE DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE DO EXAME NA VIA DO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO GRAU DE DIMINUIÇÃO. JUÍZO DISCRICIONÁRIO DO JULGADOR. LIMITES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, COM PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. REGIME INICIAL FECHADO. DESCABIMENTO. CRIME PRATICADO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA SUPREMA CORTE. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. A definição do percentual da causa de redução da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, integra o juízo de discricionariedade do julgador, que encontra suas balizas nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, com preponderância, na natureza e quantidade de droga apreendida, personalidade e conduta social do agente. Precedentes.

3. É cabível o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a despeito de o Acusado ter sido condenado definitivamente à pena inferior a 4 anos de reclusão, com alicerce no exame das circunstâncias judiciais e na quantidade e qualidade das drogas apreendidas em seu poder, pois esses parâmetros podem evidenciar que a substituição pretendida não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal. Precedentes.

[...]

6. Agravo regimental parcialmente provido para fixar o regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. (AgRg no AREsp 162.280/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 26.9.2012 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ALTERAÇÃO DO DECIDIDO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PLEITO SUBSIDIÁRIO. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade da droga apreendida (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), o quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Negada a aplicação da causa especial de diminuição da pena em seu grau máximo, inviável a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência dos requisitos legais.

3. A questão da possibilidade de afastamento da hediondez do tráfico ilícito de entorpecentes em razão da incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, para fins de progressão de regime prisional, não foi debatida na origem, sendo, portanto, inviável dela cuidar, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada. (HC 184538/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27.6.2012 - grifei).

No presente caso, as instâncias ordinárias indeferiram o benefício em função da natureza e elevada quantidade de droga apreendida – cerca de 6 Kg de cocaína – circunstância que evidenciava que a substituição não se mostrava suficiente à prevenção e repreensão do crime, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita.

Diante do exposto, não conheço do presente *writ* e não verifico a presença de flagrante constrangimento que justifique a concessão de *habeas corpus* de ofício.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0080237-5

HC 240.003 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 125110050936 20110951220

EM MESA

JULGADO: 06/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUÍS ROBERTO GUEVARA TAVARES
ADVOGADO	: LUÍS ROBERTO GUEVARA TAVARES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: ALTAMIR PAULO DUTRA (PRESO)
CORRÉU	: PAULO RICARDO MOREIRA DA ROSA
CORRÉU	: ALCIDES MOREL AREVALOS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.