



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.494 - SP (2011/0082824-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VAGNER FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LOIDE DE OLIVEIRA QUEIROZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGADA NULIDADE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO REALIZADA. FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EVA NÃO CARACTERIZADA.

1. Há que se ter presente que a paciente foi acusada da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, delito de ação múltipla ou conteúdo variado, na modalidade *guardar*, consistindo, na espécie, crime de natureza permanente, no qual a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, enquanto perdurar a consumação, nos termos do artigo 303 do CPP.

2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas (doutrina e jurisprudência).

ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL A SER SANADA NA OPORTUNIDADE.

1. Para se entender de modo diverso, no sentido de se absolver a paciente, seria necessário o exame aprofundado de provas, providência que é inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.

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 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.



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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.494 - SP (2011/0082824-9) (f)

IMPETRANTE : VAGNER FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LOIDE DE OLIVEIRA QUEIROZ

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LOIDE DE OLIVEIRA QUEIROZ, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação nº 0000297-46.2009.8.26.0663.

Noticiam os autos que a paciente foi condenada à pena de 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 783 (setecentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/2006, c/c art. 29, *caput*, do Código Penal, em concurso material.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a ação penal estaria eivada de nulidade desde seu início, porquanto a prisão em flagrante da paciente teria sido realizada mediante violação ao princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar.

Defende a ilicitude das provas que fundamentaram a condenação, porquanto obtidas pela referida atuação da autoridade policial pautada em denúncia anônima.

Pugna, liminarmente, que a paciente permaneça em liberdade até o julgamento final do presente *writ*, oportunidade em que requer a sua absolvição, ou, subsidiariamente, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em razão de sua primariedade e dos bons antecedentes, não havendo indícios de que se dedique a atividade ilícitas ou integre organização criminosa.

A liminar foi **indeferida** (e-STJ fls. 531/532).

Informações prestadas (e-STJ fls. 539/571).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, pela sua denegação (e-STJ fls. 573/577).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.494 - SP (2011/0082824-9) (f)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com o presente *mandamus*, requer o impetrante a concessão da ordem para que seja a paciente absolvida, ou, subsidiariamente, seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em razão de sua primariedade e dos bons antecedentes, não havendo indícios de que se dedique a atividade ilícitas ou integre organização criminosa.

Na origem, prisão em flagrante da paciente, juntamente com outra corré, e posterior condenação à pena de 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 783 (setecentos e oitenta e três) dias-multa, como incursa nas sanções do art. 33, *caput*, c.c. 34 (considerado crime único) e 35, *caput*, c.c. 40, V, ambos da Lei 11.343/06, c.c. art. 29, *caput*, do Código Penal, em concurso material (fls. 256/268).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação no Tribunal de origem, ao qual foi dado parcial provimento para decotar da condenação o crime do art. 35 da Lei 11.343/06 diante da insuficiência probatória (fls. 414/424).

Daí o presente *writ*.

Contudo, sem razão.

Pois bem.

Inicialmente, quanto à alegação da defesa de nulidade da ação penal, uma vez que a materialidade delitiva teria sido obtida mediante busca e apreensão realizada na residência da acusada sem a presença de mandado judicial, violando, assim, princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar, razão não assiste à paciente.

Com efeito, cumpre esclarecer que é desnecessário mandado de busca e apreensão quando o agente se encontra em estado de flagrância, mormente em razão do que preceitua o artigo 5º, incisos XI e LXI, da Constituição Federal, nos quais encontram-se hipóteses excepcionais de possibilidade de violação do domicílio e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restrição da liberdade do indivíduo em razão de flagrante delito.

E há que se ter presente que a paciente foi acusada da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, delito de ação múltipla ou conteúdo variado, na modalidade *guardar*, consistindo, na espécie, crime de natureza permanente, no qual a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, enquanto perdurar a consumação, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal, que assim preceitua: "*nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*".

A desnecessidade de mandado de busca e apreensão quando se trata de situação de flagrante delito é amplamente admitida pela doutrina:

"Não há dúvida, assim, de que a busca domiciliar deve ser precedida da expedição de mandado, quando a autoridade policial ou judiciária não a realizar, pessoalmente, consoante a disciplina do art. 241 do Código de Processo Penal. No entanto, a desobediência a este preceito legal, o que poderia caracterizar ilicitude da prova, tem sido entendida pela jurisprudência pátria com acerto, como mera irregularidade, que não chega a invalidar a prova da existência do delito, mormente quando se está diante do delito permanente como é v.g., o delito de tráfico de entorpecentes, possível, pois, a prisão em flagrante do proprietário da droga enquanto não cessada a permanência do delito." (Fábio Aguiar Munhoz Soares. Prova ilícita no processo. De acordo com a Nova Reforma do Código de Processo Penal. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 94.)

Eugênio Pacelli, no mesmo diapasão, ao dissertar sobre o aproveitamento da prova com exclusão da ilicitude, consigna que:

"Ao abordarmos o tema da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, tentamos pôr em relevo a afetação de certos direitos que ocorre justamente no momento da obtenção da prova.

Realçamos o risco, sempre freqüente, por ocasião da busca de provas criminosas, de serem atingidos os direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e outros, seja por meio da violação de domicílio, de correspondências, de comunicações telefônicas, seja por quaisquer outros métodos.

A ilicitude localiza-se, portanto, na violação de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988, como visto, estabelece a inviolabilidade do domicílio, com o que alguém somente poderá nele adentrar, sem o consentimento do morador, para prestar socorro ou em situação de flagrante delito.

E que não haja dúvidas: a autorização constitucional para o ingresso em residência durante a situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo seu proprietário, qualquer pessoa do povo está autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio, etc.). Evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua obtenção, quer quanto à sua produção e valoração no processo.

Nada terá de ilícita por uma razão bem simples: o Direito, salvo raras exceções, não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo, o Direito não protege as violações praticadas contra ele mesmo (Direito).

À evidência, ninguém poderá argumentar, no interior de sua residência, que tem o direito de ali estuprar ou matar a pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade do domicílio. Esta inviolabilidade existe e somente existirá na medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito (à intimidade, à privacidade, por exemplo).

Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de manter em depósito substância entorpecente (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio, em razão de não se encontrar no exercício de qualquer um dos seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional." (Curso de Processo Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 317/318).

Ainda sobre a busca e apreensão efetuadas quando o agente se encontra em estado de flagrância, leciona Thiago André Pierobom de Ávila:

"A situação de descobertas casuais em busca e apreensão domiciliar possui similitude com o problema nas interceptações telefônicas: deve-se coibir o abuso e a arbitrariedade, não as ações de boa-fé.

Assim, se há legitimidade na intervenção inicial da entrada no domicílio, devem ser diferenciadas duas situações: (1)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se os objetos a serem apreendidos constituem coisa cuja posse já constitua crime; (2) se o objeto constitui apenas prova de outro delito.

Na primeira situação, o agente está em situação de flagrância, pois se trata de crime permanente. A situação de flagrância legitima constitucionalmente a violação do domicílio (CF/88, art. 5º, XI). O requisito dos indícios (probable cause) para a violação do domicílio é validamente substituído pela legitimidade da intervenção inicial no domicílio e pelo conhecimento fortuito da situação da nova situação de flagrância. Nesse caso, é válida a apreensão dos objetos e, inclusive, a prisão do autor do delito, se presente. Como exemplo, pode ser citada a apreensão de substâncias entorpecentes, armas, obras obtidas com violação de direito autoral, cadáver, explosivos, petrechos de falsificação de moeda ou papéis públicos, desde que à evidência se trate de objetos cuja posse seja ilícita." (Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 227/228).

Desse modo, extrai-se das passagens acima que é dispensável o mandado de busca e apreensão, bem como do consentimento de seu morador, quando se trata de flagrante delito, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas ou em violação de domicílio.

Nessa esteira é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO POR INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. ILICITUDE DA PROVA COLHIDA. ILEGALIDADES NÃO EVIDENCIADAS.

"1. Em casos de crimes permanentes, não se faz sequer necessária a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito à autoridade policial ingressar no interior do domicílio, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa, como no caso em questão, apreendendo a substância entorpecente nele encontrada.

"2. Por ser dispensada a expedição do mandado de busca e apreensão, também não há de se falar em sua nulidade, por descumprimento do disposto no art. 245, § 7.º, do Código de Processo Penal.

"3. Ordem denegada".

(HC 122.937/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 13/04/2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trilhando idêntico rumo, cita-se:

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. QUADRILHA ARMADA. RECEPÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ESTADO FLAGRANCIAL. INOCORRÊNCIA. CRIMES PERMANENTES. POSSIBILIDADE DE FLAGRANTE A QUALQUER MOMENTO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESSA CORTE SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. O MPF MANIFESTOU-SE PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

"[...].

"2. Improcede a alegação de ausência de estado flagrancial quando se trata de crime permanente, onde sua consumação se protraí no tempo e possibilita a prisão em flagrante a qualquer momento.

Precedentes STJ.

"3. In casu, em que pese a irresignação do impetrante, tem-se que os pacientes foram denunciados por roubo circunstanciado, receptação, quadrilha armada e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, dos tipos penais citados, os três últimos são crimes de caráter permanente, havendo, portanto, a possibilidade do flagrante.

"[...].

"6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada".
(HC 130.086/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 28/09/2009).

De igual teor, cita-se:

"CRIMINAL. HC. PORTE DE ARMA DE FOGO. FLAGRANTE. NULIDADE NÃO-VERIFICADA. CONSENTIMENTO DO MORADOR. NATUREZA PERMANENTE DO DELITO. ORDEM DENEGADA.

"I. Não há ilegalidade na entrada em domicílio, ainda que sem mandado, se evidenciado efetivo consentimento do morador do imóvel.

"II. O crime de porte de arma de fogo possui natureza permanente, restando caracterizado o estado flagrancial durante todo o período de guarda do objeto sem a devida autorização.

"III. Ordem denegada".

(HC 12.280/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2000, DJ 04/12/2000, p. 79).

A mesma orientação é retirada dos julgados do Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA ILÍCITA. 1. Cuidando-se de crime de natureza permanente, a prisão do traficante, em sua residência, durante o período noturno, não constitui prova ilícita. Desnecessidade de prévio mandado de busca e apreensão. 2. HC indeferido.

(HC 84772, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 12-11-2004 PP-00041 EMENT VOL-02172-02 PP-00336 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 474-476)

EMENTA:- Habeas corpus. Paciente condenado como incurso no art. 12, DA Lei nº 6.368, de 1976, à pena de 6 anos de reclusão e 100 dias-multa. 2. Sustentação de que a condenação fora embasada em prova ilícita, obtida no domicílio do paciente. 3. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo indeferimento do writ. 4. Não há falar-se em ilicitude de prova, com a busca domiciliar ocorrida, eis que à vista de flagrante delito. 5. Habeas corpus indeferido.

(HC 73921, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 06/08/1996, DJ 18-08-2000 PP-00081 EMENT VOL-02000-02 PP-00354)

Ademais, cumpre destacar que para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo como pretendido no *writ* seria necessário o exame aprofundado de provas, providência que é inadmissível por meio do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.

Nesse sentido colaciona-se:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE POR MEIO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

"(...).

"2. O *habeas corpus* não permite exame de pedido de absolvição, posto que não comporta dilação probatória.

"3. Ordem denegada" (HC nº 83.581/DF, rel^a JANE SILVA, Desembargadora convocada do TJMG, Quinta Turma, julgado em 13-9-2007, publicado no DJ de 1º-10-2007, p. 345).

Na mesma direção colhe-se:

"PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS IDÔNEAS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. EXAME DO CONTEXTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

"I - Percebe-se que o reprochado acórdão analisou de forma cuidadosa o material probatório existente nos autos e concluiu pela condenação do paciente, uma vez que a autoria do delito que lhe fora imputado na exordial restou incontroversa.

"II - Assim, no caso em tela, infirmar a condenação do paciente ao argumento de insuficiência das provas coligidas demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus** (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

"[...].

"**Habeas corpus** denegado." (HC nº 109.651/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24-11-2008, publicado no DJ de 9-2-2009).

Por fim, quanto ao pleito subsidiário de aplicação da redutora do art. 33, § 4º, do CP, é oportuno citar trecho do aresto impugnado (fls. 420/421):

As penas aplicadas pelo delito do art. 33, caput, da Lei 11.343/06 devem ser mantidas. A quantidade de material entorpecente apreendida, perto de sete quilos de "maconha", não autoriza o reconhecimento da presença da causa redutora do § 4º do art. 33, dirigida aos chamados "pequenos traficantes", nos termos da manifestação, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, do Deputado Paulo Pimenta (...): "Não olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso mantivemos uma causa especial de diminuição da pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta se caracterize por ausência de habitualidade e caráter não profissional".

E assim decidindo, não se pode dizer que a Corte originária incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que a paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência *in casu*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. DECOTE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. TRANSNACIONALIDADE. TENTATIVA. CONFIGURAÇÃO. DOLO DE LEVAR A DROGA PARA O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXTERIOR. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CARÁTER DE CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. BENEFÍCIOS LEGAIS. VEDAÇÃO PELO ART. 44 DA LEI 11.343/06. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A matéria não analisada pelas instâncias ordinárias impede o conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

2. O princípio do livre convencimento motivado e os fins preventivos e repressivos da pena devem ser observados na fixação da reprimenda acima do mínimo legal pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise de fatos e provas, levando-se em consideração elementos concretos.

3. O reconhecimento da transnacionalidade não fica condicionado à transposição das fronteiras nacionais, bastando a caracterização do dolo do agente em levar a droga para o exterior.

4. **O envolvimento do paciente em atividades criminosas impossibilita a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.**

5. A aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não é suficiente para afastar o caráter de crime equiparado a hediondo do delito de tráfico de drogas, conforme entendimento firmado pela Quinta Turma por ocasião do julgamento do HC 143.361/SP, da relatoria do Min. JORGE MUSSI.

6. Por expressa vedação legal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou em concessão de sursis, graça, indulto, anistia ou liberdade provisória, nos termos do art. 44 da Lei 11.343/06.

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

(HC 123761/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 19/04/2010)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.

1. DIREITO DE AGUARDAR O JULGAMENTO EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. OCORRÊNCIA. PEDIDO PREJUDICADO. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E REGIME INICIAL ABERTO. TESES NÃO SUSCITADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06.

NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTES INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

1. O pedido de aguardar o julgamento em liberdade fica prejudicado com o trânsito em julgado da ação penal.

2. O Superior Tribunal de Justiça não pode examinar as teses de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de modificação do regime inicial se não foram submetidas a exame das instâncias ordinárias, sob pena de supressão de instância.

3. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate perante as instâncias inferiores.

4. A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada ao fato de que, conforme estabelecido no acórdão condenatório, são os pacientes pertencentes a organização criminosa, afastam a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

5. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 131.285/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011)

E, para concluir-se de forma diversa, ou seja, examinar se a paciente efetivamente seria ou não dada à prática reiterada de atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional, reitere-se, ação mandamental que tem por objetivo a tutela do direito de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder e, por isso mesmo, possui cognição sumária e rito célere.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44, 59 E 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL.

[...]

"4. Não há constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus quando a instância ordinária entende que o acusado não preenche os requisitos necessários para a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, uma vez que incabível na via eleita a dilação probatória que se faz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessária para reconhecer a presença da condição subjetiva exigida e que o condenado não se dedica à atividade ou integra organização criminosa.

[...]

"7. Habeas corpus denegado" (HC n.º 73.652/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 3-4-2008 - grifamos).

Desse modo, deve ser mantido o entendimento firmado na instância ordinária por inexistir constrangimento ilegal apto a fundamentar a concessão da ordem.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0082824-9

HC 203.494 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2974620098260663 322009 990103149610

EM MESA

JULGADO: 06/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VAGNER FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LOIDE DE OLIVEIRA QUEIROZ

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.