



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.659 - RS (2016/0157247-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEANDRO NEVES DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TEMA NÃO ENFRENTADO PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.
2. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amalhado ao feito, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.
3. O tema referente à possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a fixação do regime aberto.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 09 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.659 - RS (2016/0157247-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEANDRO NEVES DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LEANDRO NEVES DOS SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n.º 70064416795).

Segundo se colhe dos autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática descrita no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006, podendo se extrair da sentença o seguinte no que interessa:

(...)

Passo a dosar a pena.

O réu é tecnicamente primário. A culpabilidade está bem determinada, visto que imputável, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito. A personalidade não evidencia anormalidade. Os antecedentes já foram avaliados acima no afastamento da causa de redução de pena. A conduta social não restou esclarecida, bem como o motivo. As circunstâncias e as consequências do crime não apresentam particularidades.

Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão, que aumento, pela causa de aumento reconhecida, em um sexto, passando a **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, que torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras.

A pena pecuniária vai fixada em 500 dias-multa, que aumento, pela majorante reconhecida, em um sexto, ficando em **583,33 (quinhentos e oitenta e três inteiros e trinta e três centésimos) dias-multa**, na razão de um trigésimo do salário mínimo nacional vigente à época do fato, corrigidos quando do pagamento.

Iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade em **regime semi-aberto** (art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal).

Em face do quantitativo da pena privativa de liberdade aplicada, incabível a substituição por pena restritiva de direitos (art. 44, incisos I e III, do Código Penal).

Declaro o perdimento do dinheiro apreendido em favor da União nos termos do art. 63 da Lei nº 11.343/06, em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Custas pelo réu, ficando suspensa sua exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50 (fls. 127/138).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

(...)

Destarte, repisa-se que o conjunto probatório demonstra, de forma clara, a atividade de narcotraficância, exercida pelo réu Leandro, não sendo possível a sua absolvição, por insuficiência probatória ou mesmo a desclassificação do crime de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei de Tóxicos, por suposta ausência do intuito comercial na sua conduta, conforme sustenta sua defesa.

Quanto ao tráfico, salienta-se que o agente não precisa ser flagrado realizando atos de comércio com a droga para tanto, bastando que realize quaisquer um dos verbos nucleares do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, para configurar o delito (no caso, a denúncia atribui ao apelante a conduta de trazer consigo, as drogas apreendidas - 21 petecas de cocaína pesando cerca de 13,50g e 09 pedras de crack pesando cerca de 1,75g).

Em complemento, de mencionar que eventual condição de dependente de drogas não exime o réu do tráfico, eis que, sabe-se, uma circunstância não afasta a outra, pelo contrário, é usual que o viciado em drogas também trafique, até para sustentar o seu vício.

(...)

Por outro lado, quanto à pena-base imposta ao réu, também nada a reparar, eis que fixada de forma necessária e suficiente para fins de reprovação e prevenção do delito perpetrado, sendo acertadamente sopesadas as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, as quais restaram favoráveis ao acusado, razão pela qual sua pena básica foi dosada, no mínimo legal previsto para a espécie, em 05 (cinco) anos de reclusão, não havendo qualquer possibilidade de maior redução.

Em um segundo momento, igualmente correta a aplicação da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Tóxicos, eis que cabalmente evidenciado, nos autos, que o delito foi cometido nas proximidades de entidade social e educativa - Associação Comunitária Campo da Tuca, onde também funciona uma creche -, havendo o aumento da pena-base do réu em 1/6 (um sexto), o mínimo legalmente previsto, tornando-se provisória em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, não sendo necessária a demonstração, nesse caso, de que o agente visasse alcançar alguma das pessoas que estivessem nesse local, pois o perigo é presumido pelo legislador.

(...)

Assim, na ausência de quaisquer outras causas modificadoras, resulta o acusado Leandro condenado, pelo narcotráfico, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583,33 dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. Por derradeiro, o réu restou ainda beneficiado com a fixação do regime inicial semiaberto, para o cumprimento de sua reprimenda carcerária, tendo em vista a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, declarada incidenter tantum pelo egrégio STF, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, relatado pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Dias Toffoli, em sessão plenária de 27JUN2012, superando a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, o que vai mantido, na ausência de irrisignação do Ministério público quanto ao tópico.

Com essas considerações, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao apelo (fls. 204/207).

Daí o presente *mandamus*, no qual alega o impetrante que o paciente é primário, mero usuário e não possui qualquer relação com o narcotráfico.

Sustenta que é imperiosa a absolvição do paciente ou a desclassificação do delito para o artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Afirma que inexistem "provas judicializadas, mostrando-se inviável o édito condenatório, face à ofensa ao princípio da correlação patente".

Defende que o paciente faz jus ao redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006.

Requer, liminarmente e no mérito, a absolvição ou a desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/2006. Alternativamente, pugna pela aplicação do artigo 33, § 4º, da lei 11.343, com a readequação do regime prisional e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 221/225.

Foram prestadas informações às fls. 231/250 e 252/253.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Francisco de Assis Vieira Sanseverino, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 256/259).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.659 - RS (2016/0157247-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TEMA NÃO ENFRENTADO PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.
2. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.
3. O tema referente à possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a fixação do regime aberto.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, *ab initio*, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATORA. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. REEXAME FÁTICO- PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenado à pena 07 anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 666 dias-multa, como incurso nos artigos 33, caput, c.c artigo 40, inciso III e VI da Lei n.º 11.343/2006, porque surpreendido na posse, para fins de mercancia ilícita, de 20 pedras de crack e 30 cápsulas de cocaína.

4. A absolvição do Paciente requer reexame fático-probatório, avaliação esta imprópria de ser realizada em via de habeas corpus, remédio de rito célere e de cognição sumária. Precedentes.

5. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente justificada no acórdão hostilizado, uma vez que levou em consideração a natureza e a quantidade de drogas apreendidas - 20 pedras de crack e 30 cápsulas de cocaína.

6. O Tribunal estadual, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu que o Paciente não faria jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, porque ele se dedicava à atividade criminosa. Rever tal posição demandaria inarredável dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 277.239/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A QUATRO ANOS. ART. 44, I, CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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.

- Não é possível conhecer do pedido de absolvição por falta de provas, em sede de habeas corpus, tendo em vista que a desconstituição do que ficou estabelecido pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise de provas, ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

- Levando-se em conta as circunstâncias do delito, as instâncias de origem entenderam que o paciente integrava organização criminosa, circunstâncias que impedem a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para se afastar essa conclusão e acolher a tese apresentada pela defesa, é necessário o reexame aprofundado das provas, procedimento que não se coaduna com os estreitos limites da via eleita.

- Por fim, mantida a condenação no patamar estabelecido, não há como conceder o pedido de substituição da pena privativa de liberdade, pois ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 199.158/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014)

Consoante alhures transcrito, as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de *habeas corpus*.

No tocante à questão referente à possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, da leitura dos autos, observa-se que o tema não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Ora, não tendo sido a matéria em apreço enfrentada pelo Tribunal de origem, afigura-se inviável o seu conhecimento por este Sodalício. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LATROCÍNIO, SEGUIDO DE MORTE, E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA (ARTS. 157, § 3º, E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE DENEGOU A ORDEM, PORQUANTO A MATÉRIA DEVERIA SER DISCUTIDA EM APELAÇÃO, JÁ INTERPOSTA E PENDENTE DE JULGAMENTO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA DECLARAR A NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, POR OFENSA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO E PELA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO HABEAS CORPUS ALI IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, PELO STJ, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

VI. A declaração de nulidade da sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena - ao argumento de que não teria sido respeitado o critério trifásico, deixando de ser considerados a primariedade do réu e seus bons antecedentes, bem como de que o Magistrado sentenciante teria incorrido em bis in idem, ao condenar o paciente, simultaneamente, como coautor de latrocínio e pelo delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal -, não foi debatida pelo Tribunal de origem, no acórdão do writ ali impetrado, impugnado no presente Habeas corpus.

VII. Se as controvérsias ora suscitadas não foram apreciadas pela Corte de origem, ao julgar o Habeas corpus ali impetrado - cujo acórdão é impugnado no presente writ -, uma vez que pendente o julgamento da apelação defensiva, a análise de tais questões não encontra espaço na via eleita, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

VIII. "As matérias que não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem não podem ser aqui apreciadas, sob pena de supressão de instância. Não se justifica a análise prematura, nesta sede, de temas que dizem com o próprio mérito da condenação, com o regime aplicado ou a possibilidade de substituição da reprimenda, notadamente considerando a liberação do paciente para recorrer. Tais teses deverão ser objeto de recurso próprio" (STJ, HC 233.838/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2012).

IX. Ademais, em contato com a Vara de origem, obteve-se a informação de que a Apelação, interposta pela defesa, foi posteriormente julgada, tendo o Tribunal a quo, à unanimidade, negado provimento ao recurso defensivo, ocasião em que, após amplo exame do conjunto de fatos e provas, delineados na Ação Penal originária, manteve a sentença condenatória do paciente.

X. Transitado em julgado o processo-crime, com início da execução definitiva da pena, não mais persiste interesse na análise de eventual excesso de prazo injustificado para o julgamento da Apelação, como aventado na inicial do writ.

XI. Habeas corpus não conhecido.

(HC 37501/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DA PROVA QUE A ORIGINOU. ATENUANTE DA CONFISSÃO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Verificando-se que o Tribunal de origem não apreciou as questões relativas à ilicitude da prova que deu origem à ação penal e à possibilidade de aplicação da atenuante da confissão, tendo em vista que sequer foram alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir o aumento de pena procedido em razão da reincidência, ficando a reprimenda do paciente definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

(HC 227.688/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013)

No que tange 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 culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente foi fixada em 5 anos e 10 meses 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 que não é possível o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA IMPOSTA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Mantida condenação em 5 (cinco) anos de reclusão, não há como acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

(...)

(HC 253.002/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal.

(HC 297.406/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

Do mesmo modo, inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena final 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.

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0157247-8

HC 359.659 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121300773276 121300773276 21300773276 70064416795

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEANDRO NEVES DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.