



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.944 - RJ (2010/0133167-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CELINA MARIA BRAGANÇA CAVALCANTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ADRIANO MOREIRA DOS SANTOS

EMENTA

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

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ATENUANTE GENÉRICA. MENORIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE EXAME DA QUESTÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO AQUEM DO PISO LEGALMENTE PREVISTO. SÚMULA 231 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO.

1. Constatada a ausência de deliberação sobre a questão referente à menoridade relativa do agente pelo Tribunal de origem, inviável a sua análise diretamente por esta Corte Superior do Justiça, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância, consoante inúmeros julgados deste STJ.

2. Ademais, mesmo que reconhecida a atenuante do art. 65, I, do CP, impossível a redução da reprimenda aquém do patamar mínimo já aplicado, de acordo com o enunciado sumular 231 deste STJ, de forma que a sanção fixada ao paciente não sofreria qualquer alteração.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há constrangimento ilegal na não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do paciente - **148 "sacólés" de cocaína -, e a posse de um rádio transmissor**, somadas ao fato de que o próprio afirmou que trabalhava para o tráfico organizado na função de "radinho", levaram as instâncias ordinárias à conclusão que o agente dedicava-se a atividade ilícita e integrava organização criminosa.

3. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas e nem integrava organização criminosa necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E IMPOSIÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIOS OBJETIVAMENTE INVIÁVEIS. PREJUDICIALIDADE DO MANDAMUS NESSES PONTOS.

1. Ausente ilegalidade na aplicação da pena do paciente no 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 e o estabelecimento do regime aberto para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviáveis na hipótese, de acordo com os arts. 44, I, e 33, § 2º, c, ambos do CP.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.944 - RJ (2010/0133167-8)

IMPETRANTE : CELINA MARIA BRAGANÇA CAVALCANTI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ADRIANO MOREIRA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ADRIANO MOREIRA DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento à Apelação Criminal n.º 24289-17.2009.81.19.0021, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, em razão da não aplicação da causa especial de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, e no patamar máximo, vez que o paciente é primário, sem antecedentes criminais, nada havendo nos autos e não restar comprovado nos autos sua integração à organização criminosa no sentido de que seja dedicado a atividades ilícitas ou que integrasse organização criminosa.

Defende que, uma vez reconhecida a aplicação do redutor apontado, deveria ser afastada a natureza hedionda do delito cometido pelo agente, dando ensejo ao cabimento do regime inicial aberto ou semiaberto, bem como à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP, aduzindo que as circunstâncias judiciais seriam favoráveis.

Salienta que a imposição de regime diverso do previsto legalmente para a quantidade de reprimenda definitivamente estabelecida não poderia ter como base apenas a gravidade abstrata do crime cometido, de acordo com a Súmula 440 deste STJ.

Alega, outrossim, que deveria ser reconhecida a atenuante prevista no inciso I do art. 65 do Código Penal, uma vez que na data dos fatos o condenado contava



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com 19 (dezenove) anos de idade.

Requeru, liminarmente, a concessão da ordem para permitir ao paciente aguardar em liberdade o julgamento final do presente *mandamus*.

No mérito pugna pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços), pelo reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, I, do CP, pela fixação do regime aberto e pela substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se "*pelo indeferimento de todos os pedidos da impetrante*" (fls. 95).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 179.944 - RJ (2010/0133167-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à reprimenda de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 porque, conforme consta da exordial acusatória, no dia **26-5-2009**, trazia consigo, para fins de mercancia, 148 (cento e quarenta e oito) sacolés de cocaína, totalizando 42g (quarenta e dois gramas), e um rádio transmissor.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante a Corte Estadual, à qual foi negado provimento.

No que tange à pretendida aplicação, em favor do paciente, da atenuante genérica prevista no art. 65, I, do CP - menoridade relativa -, da leitura do aresto combatido infere-se que esta questão não foi objeto de exame quando do julgamento do apelo defensivo, até porque a defesa se limitou a requerer a absolvição do paciente, ante a fragilidade probatória, ou, subsidiariamente, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.

Assim, verifica-se a impossibilidade de conhecimento do *habeas corpus* nesse ponto, vez que a aventada ilegalidade não foi analisada pelo Tribunal de origem quando do julgamento do apelo defensivo.

Com efeito, a competência deste Superior Tribunal de Justiça está expressamente prevista no art. 105 e incisos da Constituição Federal, exigindo, para conhecimento da matéria trazida em caso de *habeas corpus* a existência de ato coator de Tribunal sujeito à sua jurisdição ou de quaisquer das outras autoridades elencadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no inciso I, alíneas *b* e *c*, da CF/88, o que não se vislumbra ocorrer na hipótese que se apresenta.

Portanto, constatada, de plano, a ausência de deliberação da questão pelo Tribunal de origem, inviável a sua análise diretamente por esta Corte Superior do Justiça, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância, consoante inúmeros julgados deste STJ.

A propósito:

[...]

PENA-BASE. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. MENORIDADE RELATIVA DO PACIENTE. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. Da análise dos autos, verifica-se que a Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre a aventada diminuição da reprimenda do paciente aquém do mínimo legal pelo reconhecimento da menoridade relativa, tendo em vista que não foi alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

3. Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.

(HC 183.441/RJ, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011)

Ademais, verifica-se, ainda, que a pena-base imposta ao paciente foi fixada no mínimo legalmente previsto para o tipo penal infringido, e nesse contexto, mesmo que aqui reconhecida a referida atenuante, a reprimenda, na segunda etapa da dosimetria, não poderia ser reduzida além do patamar mínimo já aplicado, de acordo com o enunciado sumular 231 deste Superior Tribunal de Justiça, que dita que: "*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*", de forma que a sanção fixada ao paciente não sofreria qualquer alteração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aliás, ensina a doutrina que *"as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador."* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Revista dos Tribunais, 2008. p. 427)

Nesse sentido, o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

III - É firme a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal.

IV - Habeas corpus não conhecido." (HC n.º 100.371/CE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27-4-2010, publicado em 21-5-2010 - grifamos)

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, o juiz sentenciante entendeu inviável o reconhecimento da benesse em favor do paciente, pelos seguintes fundamentos:

[...] Inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei 11.343/06, eis que o réu estava em área dominada pelo Comando Vermelho - bairro de Imbariê - sendo que constitui fato notório a impossibilidade de um "comércio paralelo" praticado por "autônomos" em áreas dominadas pelo tráfico. Registre-se que, segundo o depoimento dos policiais, o próprio réu confirmou trabalhar para o tráfico na função de "radinho". Comprovado, assim, que integra organização criminosa, de modo a afastar a causa de diminuição. (fls. 26)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve a sanção aplicada, negando a incidência do aludido benefício, pelos fundamentos a seguir deduzidos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange ao pedido de aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, melhor sorte não lhe socorre.

Em que pese o argumento utilizado pelo doutro Magistrado sentenciante, e ratificado pela douta Procuradoria de Justiça, de que é notório que o tráfico de drogas na localidade dos fatos narrados na denúncia é dominado pela facção criminosa "comando vermelho" e que seria inadmissível a prática de um comércio paralelo nas áreas dominadas pelo tráfico, o contexto probatório não permite tal conclusão.

*Por outro lado, inobstante o fato de o apelado ter sido preso sozinho, destaco da prova colhida nos autos que foi encontrado em seu poder, **além da grande quantidade de droga embalada em pequenos "sacolé", um rádio transmissor, instrumento frequentemente utilizado pelas organizações criminosas, principalmente as que se dedicam ao tráfico de drogas.***

*Assim, como bem ressaltado na douta sentença vergastada, ao ser preso **o próprio apelante afirmou que trabalhava para o tráfico na função de radinho.** (fls. 37-38)*

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, por policiais militares que apuravam denúncia anônima, quando portava considerável quantidade de substância entorpecente - **148 porções de cocaína** -, e um **rádio transmissor**, considerando, ainda, que **"o próprio apelante afirmou que trabalhava para o tráfico na função de radinho" (fls. 38)**, o que levou a Corte impetrada a concluir que não se tratava de traficante agindo de modo individual e ocasional, mas sim de agente que estava efetivamente comprometido com a mercancia ilícita de entorpecentes, dedicando-se a atividade criminosa ou mesmo integrando organização criminosa.

E, como já se decidiu:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PENA DEFINITIVA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O RÉU. PACIENTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS, SEGUNDO RECONHECIDO PELO JUIZ DA VEC. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Tal dispositivo faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, **permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.**

3. No caso concreto, sua aplicação se mostra inviável, uma vez reconhecido, pelo Juiz da VEC, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tanto assim que foi surpreendido com razoável quantidade de droga (20 pedras de crack e uma porção de maconha), que era comercializada por adolescentes, denotando atuação verdadeiramente organizada para a mercancia ilícita.

4. Conclusão diversa demandaria o revolvimento de fatos e provas, providência vedada em sede de Habeas Corpus, que possui rito célere e pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes.

5. Parecer do MPF pela concessão do writ.

6. Ordem denegada, no entanto.

(HC 149.526/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011 - destacamos)

No mesmo vértice, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias ressaltaram que a quantidade da droga apreendida com o Paciente - 263 invólucros plásticos com "cocaína" - evidencia o seu grau envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.^a Turma, Rel. Min.

CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 4. Ordem denegada.

(HC 208.376/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011 - grifamos)

Desta forma, não se pode dizer que Corte de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o 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*, e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar se esse paciente efetivamente se dedicaria à atividade ou integraria organização criminosa, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

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 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)

Ausente ilegalidade na aplicação da reprimenda do paciente no 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 e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento do regime aberto para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviáveis na hipótese, de acordo com os arts. 44, I, e 33, § 2º, c, ambos do CP.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0133167-8

HC 179.944 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090210243851 2428917 242891720098190021

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CELINA MARIA BRAGANÇA CAVALCANTI - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ADRIANO MOREIRA DOS SANTOS

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 Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.