



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.742 - RS (2010/0190102-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUIS CARLOS MARTINS DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI ANTIGA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. APREENSÃO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. DIVERSIDADE DE DROGAS QUE DEMONSTRAM QUE A TRAFICÂNCIA ERA EXERCIDA COM REGULARIDADE, COMO ENTENDERAM AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRETENSÃO QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. No caso, é desinfluyente à solução da controvérsia saber se o tráfico de drogas foi praticado sob a égide na antiga ou nova Lei, pois os requisitos para a substituição da pena não restam configurados.

2. Muito embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, ao analisarem a matéria fático-probatória nos autos, foi no sentido de que o Paciente exercia a traficância "*como meio de vida*" (fl. 85), dado que não é possível infirmar na via estreita do *writ*.

3. Tal fato, aliado à considerável quantidade e diversidade de drogas apreendidas na espécie – "*seis “petecas”, pesando, aproximadamente, 6,6 g, da substância entorpecente cocaína, dezenove pedras, pesando aproximadamente 3,7 g, da substância entorpecente popularmente conhecida como crack, derivada da cocaína, e dezesseis trouxinhas, pesando aproximadamente 36,4 g da substância entorpecente cannabis sativa lineu, vulgarmente conhecida como maconha*" (fl. 158) – não torna socialmente recomendável a conversão pretendida.

4. Ora, se o Paciente foi surpreendido com entorpecentes ilícitos de natureza diversa, em quantidade considerável, e as instâncias ordinárias concluíram que ele traficava drogas com regularidade, verifica-se que este não possui a **conduta social** adequada a que se refere o art. 44, inciso III, do Código Penal, de forma que, definitivamente, não pode ser substituída a pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos.

5. Ordem denegada.

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.742 - RS (2010/0190102-0)

IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUIS CARLOS MARTINS DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

O Ministério Público Federal, no Parecer de fls. 415/420, adequadamente resumiu a controvérsia, em relato que ora reproduzo, *in verbis* (fls. 415/417):

*"Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de **LUIS CARLOS MARTIM DA SILVA**, contra v. acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento à apelação criminal nº 70038076618 nos moldes da seguinte ementa:*

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 CAPUT DA LEI 6368/76. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE PRIMEIRO GRAU. DEPOIMENTO DE POLICIAIS ENVOLVIDOS NO FLAGRANTE. VALIDADE COMO MEIO PROBATÓRIO. O DEPOIMENTO DE POLICIAIS PODE SERVIR DE REFERÊNCIA AO JUIZ NA VERIFICAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS, PODENDO FUNCIONAR COMO MEIO PROBATÓRIO VÁLIDO PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO, MORMENTE QUANDO COLHIDO EM JUÍZO, COM A OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, E EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. PENAS. REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE VETOR JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO" (fl. 144).

Consta nos autos que o paciente foi preso em flagrante delito por levar consigo e manter sob guarda, para fins de tráfico, seis "petecas", pesando, aproximadamente, 6,6 g, da substância entorpecente cocaína, dezenove pedras, pesando aproximadamente 3,7 g, da substância entorpecente popularmente conhecida como crack, derivada da cocaína, e dezesseis trouxinhas, pesando aproximadamente 36,4 g da substância entorpecente cannabis sativa lineu, vulgarmente conhecida como maconha; sendo, posteriormente, denunciado como incurso nas iras do artigo 12, caput, da Lei n.º 6.368/76 (fls. 161/163).

Finda a regular instrução criminal, sobreveio sentença para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*condenar o réu **LUIS CARLOS MARTIM DA SILVA** por incurso nas sanções do art. 12 caput da Lei 6368/76 às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 60 (sessenta) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 80/87).*

Não obtido êxito na apelação criminal, impetrou-se o presente writ, em que a causídica pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Sustenta, em síntese, a inconstitucionalidade da vedação à concessão do benefício aos condenados sob a égide da Lei n.º 11.343/06, bem como o preenchimento dos requisitos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal para a substituição da pena (fls. 01/16)."

Acrescento que o *Parquet* manifestou-se pela denegação da ordem.

Após, os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.742 - RS (2010/0190102-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI ANTIGA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. APREENSÃO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. DIVERSIDADE DE DROGAS QUE DEMONSTRAM QUE A TRAFICÂNCIA ERA EXERCIDA COM REGULARIDADE, COMO ENTENDERAM AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRETENSÃO QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. No caso, é desinfluyente à solução da controvérsia saber se o tráfico de drogas foi praticado sob a égide na antiga ou nova Lei, pois os requisitos para a substituição da pena não restam configurados.

2. Muito embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, ao analisarem a matéria fático-probatória nos autos, foi no sentido de que o Paciente exercia a traficância *"como meio de vida"* (fl. 85), dado que não é possível infirmar na via estreita do *writ*.

3. Tal fato, aliado à considerável quantidade e diversidade de drogas apreendidas na espécie – *"seis "petecas", pesando, aproximadamente, 6,6 g, da substância entorpecente cocaína, dezenove pedras, pesando aproximadamente 3,7 g, da substância entorpecente popularmente conhecida como crack, derivada da cocaína, e dezesseis trouxinhas, pesando aproximadamente 36,4 g da substância entorpecente cannabis sativa lineu, vulgarmente conhecida como maconha"* (fl. 158) – não torna socialmente recomendável a conversão pretendida.

4. Ora, se o Paciente foi surpreendido com entorpecentes ilícitos de natureza diversa, em quantidade considerável, e as instâncias ordinárias concluíram que ele traficava drogas com regularidade, verifica-se que este não possui a **conduta social** adequada a que se refere o art. 44, inciso III, do Código Penal, de forma que, definitivamente, não pode ser substituída a pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos.

5. Ordem denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Requer-se, na presente impetração, em síntese, seja concedida ao Paciente – condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito então previsto no art. 12, *caput*, da Lei n.º 6.368/76 – a substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por reprimendas restritivas de direitos.

No caso, em que a conduta foi cometida ainda sob a égide da antiga Lei de Tóxicos, a substituição fora negada sob o seguinte fundamento (fl. 157):

"Ademais, no caso concreto, o apelante não faria jus ao benefício, pois como se viu com ele foram apreendidos crack, cocaína e maconha, ou seja, o tráfico por ele exercido potencialmente atingiria a todos os tipos de usuária, razão pela qual a substituição não é socialmente recomendável".

Esclareceu-se ainda, nas instâncias ordinárias, que o ora Paciente exercia o tráfico de drogas como seu "meio de vida" (fl. 85).

A ordem não pode ser concedida.

Os entorpecentes ilícitos apreendidos na hipótese foram os seguintes: "seis "petecas", pesando, aproximadamente, 6,6 g, da substância entorpecente cocaína, dezenove pedras, pesando aproximadamente 3,7g, da substância entorpecente popularmente conhecida como crack, derivada da cocaína, e dezesseis trouxinhas, pesando aproximadamente 36,4 g da substância entorpecente cannabis sativa lineu, vulgarmente conhecida como maconha" (fl. 158).

Com efeito, independentemente de o fato ser anterior à nova Lei de Drogas, a substituição da pena privativa de direitos na hipótese não se mostra possível, tanto pela diversidade e quantidade de drogas apreendidas, como por não ser socialmente recomendável, pois os elementos instrutórios revelam que o Paciente praticava habitualmente a traficância.

Nesse ponto, acrescente-se ainda que não é possível afastar a conclusão exarada pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à referida atividade criminosa, o que impescindiria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. **A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.**

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. *Ordem denegada.*" (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.

2. **Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.**

3. **A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.**

4. *Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver.*" (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA – DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG –, DJe de 14/04/2008; sem grifo no original.)

Mais. Prevê o art. 44, inciso III, do Código Penal, o que se segue:

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

I - [...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Ora, se o Paciente foi surpreendido com entorpecentes de natureza diversa, em quantidade considerável, e as instâncias ordinárias concluíram que ele traficava drogas com regularidade, verifica-se que este não possui a **conduta social** adequada a que se refere o art. 44, inciso III, do Código Penal, de forma que, definitivamente, não pode ser substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. IRRETROATIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES PREJUDICIAIS DAS LEIS N.º 11.343/06 E 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS DE FORMA NEGATIVA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. ORDEM DENEGADA.

1. Se o fato delituoso que culminou na condenação do paciente é anterior às Leis 11.343/06 e 11.464/07, a aplicação de norma posterior só deve ocorrer quando for mais benéfica, em observância ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

2. Após a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, e tendo em conta a superveniência da edição e entrada em vigor da Lei 11.343/06, é possível a substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos nos delitos cometidos na vigência da Lei n. 6.368/76, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

3. Presentes circunstâncias judiciais negativas, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal.

4. Ordem denegada." (HC 112.089/RS, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 04/05/2011.)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR NOMEADO NÃO DEMONSTRADA. ARGUIÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que o impetrante não logrou demonstrar de forma inequívoca ter sido intimado tão somente através do Diário de Justiça acerca da data de julgamento do apelo interposto em favor do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Há que se reconhecer a existência de preclusão, porquanto a defesa olvidou-se de arguir a ilegalidade quando da interposição dos embargos infringentes, tendo apenas pugnado pelo reconhecimento da nulidade no bojo do presente writ, ou seja, dois anos após a sessão em que o apelo foi julgado.

Réu impedido de obter a substituição da reprimenda corporal a ele imposta por não restar preenchido o requisito subjetivo necessário à obtenção da benesse, considerando a sua personalidade, o número de vítimas e a presença de fortes indícios de habitualidade criminosa.

Pena-base fixada ao réu acima do mínimo legal, em virtude de terem sido considerados desfavoráveis os antecedentes e as circunstâncias do crime praticado.

Estando correta a fundamentação utilizada para indeferir o pleito de substituição da pena corporal aplicada ao paciente, tendo em vista não terem sido preenchidos os requisitos subjetivos do art. 44 do CP para a obtenção da benesse, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 148.025/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 18/10/2010; sem grifo no original.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0190102-0

HC 187.742 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1520400015910 20400015910 70009357997 70038076618

EM MESA

JULGADO: 20/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUIS CARLOS MARTINS DA SILVA

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.