



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.904 - SP (2013/0411226-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO HENRIQUE PEREIRA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 2. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. 3. OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO E À IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AUSÊNCIA DO INTEIRO TEOR O INTERROGATÓRIO DO RÉU. AFERIÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE. 4. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. 6. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. 7. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. O Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que com a superveniência da sentença penal condenatória resta superada a alegação da inépcia da denúncia, não havendo sentido em decidir acerca da viabilidade formal da *persecutio* se já há, em realidade, acolhimento formal e material da acusação, consubstanciado no édito condenatório.

3. É inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de nulidade da ação penal por ofensa ao sistema acusatório e à imparcialidade do juiz, diante da instrução deficiente do *mandamus*, no qual se deixou de coligir documentos aptos a demonstrar o alegado vício, imprescindíveis à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido, em especial, o inteiro teor do interrogatório do réu. O constrangimento ilegal, no seio do remédio heroico, demanda demonstração por meio de prova pré-constituída. Descumprida tal tarefa, de bem aparelhar a petição do *writ*, tem-se clara hipótese de incidência do ônus objetivo da prova, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento da prova, passa-se a perquirir sobre o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal. Tocando ao impetrante tal incumbência, com a insuficiência probatória, a este recai a desvantagem processual.

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

5. 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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a suspensão condicional da pena.

6. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 14 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.904 - SP (2013/0411226-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO HENRIQUE PEREIRA DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LEONARDO HENRIQUE PEREIRA DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0002459-20.2013.8.26.0066).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, no piso. Confirmam-se os termos do *decisum*:

(...) FUNDAMENTO E DECIDO. (...) No mérito a ação penal é parcialmente procedente. A materialidade ficou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/03), boletim de ocorrência (fls. 11/14), auto de exibição e apreensão (fls.25/26), laudo de exame químico toxicológico (fls.81) e pela prova oral coligida. A autoria é certa e repousa sobre o réu. Na fase inquisitorial o acusado reservou-se no direito de manifestar-se somente em juízo. Em interrogatório judicial o acusado negou a prática delitiva. Aduziu que era de sua propriedade o entorpecente apreendido, os quais se destinavam ao uso próprio. Em que pese a inocência invocada pelo réu, esta não tem amparo nas provas coligidas. Os policiais militares, José Renato e Hilton, narraram que conheciam o acusado da prática de tráfico e que, no dia dos fatos, haviam recebido denúncia de que o réu estaria traficando em sua residência. Para lá se dirigiram e visualizaram o réu, de bicicleta, parado defronte a casa dele, o qual, ao notar a presença da viatura, tentou empreender fuga. Ato contínuo, disseram que o réu foi detido e localizado, no interior da residência dele, porções de cocaína, maconha, ácido bórico e R\$ 195,00 em dinheiro. Com efeito, as provas coligidas permitem a conclusão de que o destino do entorpecente apreendido era a venda ao consumo de terceiros. Inicialmente, a versão sustentada pelo réu de que o entorpecente se destinava ao consumo próprio, por si só não se sustenta no cotejo com as provas coligidas. Primeiro porque disse ele fazer uso diário de pelo menos três 'paradas' de *crack*, ao passo que cocaína apenas comprava aos finais de semana e, em suas palavras, um pino. Na apreensão foi localizada grande quantidade de cocaína e não o *crack*, conforme dito pelo réu. Não obstante, a quantia de droga por ele dita consumida diariamente, R\$ 30,00, é incompatível com a renda por ele declarada de R\$ 50,00 por semana. Ele disse ainda que ninguém mais o auxilia com dinheiro. Invoco, nesse ínterim, a informação de sua progenitora, ouvida nesta data, que veio até a negar que ele



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exercesse qualquer atividade laboral, Além da inverossímil versão sustentada em interrogatório, o depoimento da senhora Diná dos Santos trouxe elementos a corroborar o tráfico praticado pelo réu. Visivelmente constrangida, ela mencionou que o acusado era constantemente chamado em sua residência por amigos, ia até à esquina e voltava, que não trabalhava, além de que questionava com estranheza o que ele guardava no quarto. Em entrelinhas e na análise conjunta do depoimento de uma avó, que cria um neto desde criança, extraí-se a assertiva do tráfico por ele praticado. Pondero ainda que, além do entorpecente, foi encontrada expressiva quantidade de ácido bórico, substância conhecida para majorar a cocaína para venda. Ademais, o réu tinha a quantia de R\$ 195,00 em dinheiro, que apresentou uma versão incrédula, que estava guardando para um amigo que havia saído, situação esta sequer dita ao prudente critério do Juiz, em situação excepcional. Com efeito, o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinqüentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssimo a hipótese do traficante a agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido. Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminosa, numa cadeia necessária a consecução do objetivo comum, a disseminação da droga. Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico. Importante pontuar ainda que o réu se dedica a atividade criminosa, com duas internações na Fundação Casa pelo tráfico. Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Ausentes outras causas modificativas, torno esta pena definitiva, consoante o sistema trifásico de aplicação. Posto isto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para condenar o réu LEONARDO HENRIQUE PEREIRA DOS SANTOS à pena de 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, fixado este em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06. Denego ao acusado o direito de apelar em liberdade. Em fato, o delito de tráfico possui grande perniciosidade social, o qual está sempre associado a uma organização criminosa, em maior ou menor grau de proximidade, e com desdobramentos em outros crimes. Assim, a custódia cautelar do réu é necessária para a garantia da ordem pública. A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado (cf. STF, HC nº 82.959-7/SP), em razão da gravidade do delito, considerado hediondo, e sua forte repercussão social. O réu não apresentou prova da origem lícita do dinheiro apreendido, conforme acima analisado. Por conseguinte, decreto a perda do numerário e determino a destinação direta ao FUNAD, nos termos do artigo 63 da Lei nº 11.343/06. Transitada esta em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, extraia-se guia de recolhimento e arquivem-se os autos. (...) (fls. 21/22).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rejeito as preliminares suscitadas.

A denúncia não é inepta. Da leitura atenta da inicial acusatória, vê-se que ao paciente foi atribuída a guarda das substâncias encontradas na residência dele, além de um recipiente contendo ácido bórico para misturar às drogas, R\$ 195,25 em cédulas e moedas, além de um dichavador, utilizado para moer maconha. A diligência teria sido precedida de denúncias anônimas que atribuíam ao paciente a comercialização de drogas.

Nenhuma nulidade ou prejuízo foi suscitada pela defesa nas alegações finais. O artigo 41 do Código de Processo Penal prevê que “a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se posa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Assim, há descrição dos fatos e suas circunstâncias de forma suficiente a permitir ao acusado o exercício direito à ampla defesa, o que afasta a afirmação do paciente, quanto à violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, no âmbito do Direito Processual Penal vigora o princípio *pas de nulité sans grief*, segundo o qual, para ser reconhecida nulidade é necessária a comprovação de efetivo prejuízo para a parte que a alega. No caso, o réu se defendeu plenamente das acusações, e a falta da menção ao endereço não constitui obstáculo, razão pela qual nenhum prejuízo pode ser alegado.

Também não houve violação ao devido processo legal, já que o sistema acusatório e a imparcialidade do juiz foram respeitados.

O juiz é o destinatário final das provas e na busca da verdade real, o juiz possui poderes de iniciativa probatória, podendo arrolar e inquirir o acusado e as testemunhas, sem que isso importe violação ao dever de imparcialidade. Afasto, assim, a alegação de nulidade do processo.

Segundo a denúncia, no dia 1 de fevereiro de 2013, por volta das 12h29, na cidade e comarca de Barretos, o réu Leonardo Henrique Pereira dos Santos tinha em depósito, para o consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, doze papérolas de cocaína, pesando aproximadamente, 13,1g, acondicionados em invólucros plásticos, além de duas porções de maconha, pesando 7,2g, acondicionadas em invólucros plásticos, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica.

Consta, ainda, a apreensão de um recipiente contendo ácido bórico para misturar às drogas, R\$ 195,25 em cédulas e moedas, além de um dichavador, utilizado para moer maconha.

A materialidade do delito está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls.02/03), Boletim de Ocorrência (fls. 1/14), auto de exibição e apreensão (fls. 25/26) e pelos laudos de constatação (fls. 29) e de exame químico-toxicológico, com resultado positivo para maconha e para cocaína (fls. 80/81).

O réu, silente na delegacia (fls. 09), em Juízo (fls. 8/93), negou a imputação; disse que não trabalha, só faz bicos e é usuário de entorpecentes; usa maconha, cocaína e pedra, há uns dois ou três anos; trabalha umas três vezes na semana, na seringueira, e recebe uns R\$ 50,00 na semana; usa maconha todos os dias, pedra à noite e cocaína mais no final de semana; compra quinze reais de maconha, dá para fumar uns quatro a cinco baseados que duram dois dias; paga dez reais o pino da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cocaína que usa nos finais de semana e usa pedra todas as noites, pagando cinco ou dez reais; o que conseguir comprar fuma, na média três por noite; ele não é ajudado financeiramente por ninguém; quando menor foi internado por duas vezes na FEBEM por tráfico; quando era menor traficava, depois começou a usar; disse que a droga apreendida era para seu uso; no dia dos fatos, ao sair de dentro de casa foi parado pela viatura; perguntaram se tinha droga dentro de casa e ele negou; sua avó permitiu a entrada dos policiais e eles encontraram ácido bórico e R\$ 20,0; os papé debates de cocaína, que eram para seu uso, foram apreendidos atrás da televisão e o dinheiro pertencia ao seu amigo Gabriel que “pediu para guardar que ele tinha que sair”; ele ia para uma festa e pediu para guardar para ele não gastar.

Os policiais militares José Renato Ferreira Borges (fls. 93v.95) e Hilton José de Almeida (fls. 96/98) narraram a abordagem do réu, após denúncia anônima de que Leonardo, vulgo “Leo”, estaria comercializando entorpecentes na frente de sua residência, mencionando o nome da avó dele “Diná”; ele já era conhecido nos meios policiais e o irmão dele também pratica o tráfico, razão por que a localização e identificação foi fácil; assim que avistou a viatura tentou se evadir, mas foi abordado e submetido a busca pessoal e nada foi encontrado; voltaram à residência e a avó dele indicou onde era o quarto dele e acompanhou a vistoria no imóvel; localizaram dez papé debates de cocaína, no quarto dele, atrás de uma televisão, envolvido em plástico preto, outra porção envolvida em plástico verde e uma outra em plástico transparente; uma porção de maconha solta e uma porção num plástico transparente; localizaram também um frasco vermelho com 1,80 kg de ácido bórico; debaixo do colchão encontraram R\$ 195,0; também foram apreendidas aves sem documentação; ele disse que a droga e o ácido eram dele, que comprou por comprar; ele não deu a procedência do dinheiro encontrado debaixo do colchão e a avó dele disse que ele não estava trabalhando.

Bem demonstradas a materialidade e a autoria delitiva, o decreto condenatório mostrou-se acertado.

A jurisprudência é firme no sentido de que, aliado a outras provas, o depoimento dos policiais é suficiente para comprovar a autoria ea materialidade do crime de tráfico. Neste sentido:

(...)

A avó de Leonardo, Diná (fls. 98v./10) disse que ele estava na esquina e em casa estava um movimento estranho, com os colegas chamando por ele de dia e de noite; ele saía e as vezes voltava rápido, outras vezes não; conversava com ele e ele respondia que estava cuidando de sua vida; estava almoçando, no dia dos fatos, e a polícia veio com ele e pediu licença para entrar; autorizou a busca na casa, feita em razão de denúncia anônima; acharam dinheiro e um pouco de droga; eles a chamaram para ver que estava no guarda roupa e atrás de um móvel em que estava a televisão; tinha um tambor com um negócio vermelho que não sabia o que era; as vezes ele ficava o dia todo na rua, era chamado na esquina ou em casa; via ele no quarto e perguntava o que tinha no quarto e ele dizia que não era nada e sumia; desconfiava que tinha algo erado porque ele entrava e saía do quarto; ele já esteve na FEBEM por envolvimento com drogas; não sabe se ele continua vendendo droga, mas ele fica na rua, amanhece e anoitece na rua. “em casa, vai na esquina e volta. De noite ele some”; já viu ele fumar droga com os colegas na esquina; ele não trabalha nem estuda; estava



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assinando carteirinha e ele lhe disse que estava procurando trabalho dois dias antes de ser preso; nunca viu ele vendendo.

Essa versão corrobora as versões dos policiais quanto ao tráfico praticado pelo réu. Ela achava que havia algo estranho no comportamento do réu, que entrava e saía do quarto e era chamado várias vezes pelos colegas, de dia e de noite e não saía da esquina.

Convém lembrar não ser necessário, para a caracterização da narcotraficância, que o agente seja surpreendido no exato momento em que fornece materialmente a droga a terceira pessoa, bastando circunstâncias seguras de que para tanto se destina o tóxico com ele encontrado, já que o verbo guardar, integra o tipo descrito no art. 3º, da Lei nº 11.343/06.

As circunstâncias da apreensão, na residência do réu, após denúncias de tráfico de entorpecentes, a quantidade, variedade e forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos, além da personalidade e conduta do réu, não se compatibilizam com a destinação da droga ao uso próprio, especialmente observada a condição econômica do apelante.

A condição de usuário de drogas, declarada pelo apelante, não interfere na condenação pelo crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06. É notório que muitos usuários praticam o tráfico, inclusive para obter os valores necessários à compra de entorpecentes. Não se olvide que o réu, na menoridade, ostenta duas internações na FEBEM por tráfico de entorpecentes, e além da droga e do dinheiro sem comprovação de origem lícita, foi apreendido grande quantidade de ácido bórico, substância utilizada para aumentar a cocaína para venda.

Assim, não há falar em absolvição ou desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, simplesmente pela condição declarada de usuário, deve ser analisado todo o contexto da abordagem e circunstâncias que resultaram na prisão do réu.

Finalmente, segue a análise da dosagem das penas.

A pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo, observados os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei de Drogas ; na segunda fase o aumento foi compensado com a menoridade relativa, retornando ao patamar mínimo, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, que foi tornada definitiva pela inexistência de circunstâncias modificativas.

Não é mesmo possível a redução prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06. O dispositivo prevê a diminuição da pena desde que "o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". E, ficou bem demonstrada sua dedicação às atividades criminosas, dedicando-se ao tráfico de entorpecentes desde a menoridade, e sendo conhecido nos meios policiais.

Não é aplicável a substituição da carcerária por restritivas de direitos, apesar do novo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal e dos termos da Resolução nº 5, de 15 de fevereiro de 2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, na parte relativa ao tema. Os requisitos para a substituição são obstados pela quantidade da pena estabelecida, a vedação prevista no art. 4 da referida Lei e a insuficiência da medida para atingir o critério de censurabilidade da conduta.

O regime prisional é previsto na Lei nº 1.464, de 28 de março de 2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, ao estatuir, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § 1º, que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas inicialmente em regime fechado.

O tempo de prisão preventiva não autoriza, só por si, o abrandamento do regime prisional, especialmente em se tratando de crime hediondo. Caberá ao Juízo das Execuções a verificação dos requisitos objetivo e subjetivo no caso de eventual concessão de benefícios.

Pelo exposto, meu voto rejeita as preliminares e nega provimento ao recurso (fls. 48/54).

No presente *mandamus*, aponta o impetrante a ocorrência de nulidade, por inépcia da inicial, pois a denúncia não teria descrito corretamente as circunstâncias do crime.

Indica, também, violação do devido processo legal e da imparcialidade do juiz, ao argumento de que a magistrada sentenciante, quando do interrogatório do paciente, exerceu atividade supletiva da acusação, em ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa e ao sistema acusatório.

Alega que o paciente tem direito à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, no patamar máximo, não havendo falar, no caso, em organização criminosa ou nem dedicação a atividades criminosas.

Por fim, aduz que, aplicado o redutor da pena, não pode prosperar o regime inicial fechado para o início de cumprimento da pena e deve ser aquela substituída por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, "a absolvição em virtude da violação ao contraditório e à ampla defesa e, subsidiariamente, a decretação da nulidade dos autos em virtude da violação do devido processo legal e seus corolários do sistema acusatório e da imparcialidade do magistrado, bem como, em caso de manutenção da condenação, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o regime inicial aberto ou semi-aberto para o início do cumprimento de sua sanção, bem como se realizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fls. 18/19).

A liminar foi indeferida às fls. 74/75.

Foram prestadas informações às fls. 78/89, 112/126 e 127/140.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Elizeta Maria de Paiva Ramos, pela extinção do processo sem resolução de mérito ou pela denegação da ordem (fls. 92/102).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.904 - SP (2013/0411226-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 2. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. 3. OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO E À IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AUSÊNCIA DO INTEIRO TEOR O INTERROGATÓRIO DO RÉU. AFERIÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE. 4. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. 6. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. 7. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. O Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que com a superveniência da sentença penal condenatória resta superada a alegação da inépcia da denúncia, não havendo sentido em decidir acerca da viabilidade formal da *persecutio* se já há, em realidade, acolhimento formal e material da acusação, consubstanciado no édito condenatório.

3. É inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de nulidade da ação penal por ofensa ao sistema acusatório e à imparcialidade do juiz, diante da instrução deficiente do *mandamus*, no qual se deixou de coligir documentos aptos a demonstrar o alegado vício, imprescindíveis à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido, em especial, o inteiro teor do interrogatório do réu. O constrangimento ilegal, no seio do remédio heroico, demanda demonstração por meio de prova pré-constituída. Descumprida tal tarefa, de bem aparelhar a petição do *writ*, tem-se clara hipótese de incidência do ônus objetivo da prova, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento da prova, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal. Tocando ao impetrante tal incumbência, com a insuficiência probatória, a este recai a desvantagem processual.

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

5. 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. *In casu*, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a suspensão condicional da pena.

6. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, impende registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à análise da ocorrência de patente ilegalidade, tendo por primeira discussão a questão referente aos vícios da denúncia.

No particular, a impetração sustenta que a denúncia não possibilitou o exercício da ampla defesa, porquanto a descrição nela contida não permitiu a individualização da conduta do paciente.

Por certo que a discussão resta abrangida pela sentença condenatória, não sendo a hipótese de se rever os parâmetros da instrução criminal para o fim de examinar a existência dos alegados vícios da peça de acusação.

Com efeito, o Juízo de primeiro grau julgou conforme os fatos da causa e chegou à conclusão condenatória com observância, em tese, do devido processo legal, não sendo certo examinar, pela via sumaríssima do *habeas corpus*, eventual inépcia da denúncia.

A propósito, é inviável a análise proposta quando já promovida a condenação, pois, no caso, qualquer vício da denúncia passa a ser examinado pelos fundamentos da decisão condenatória.

Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que com a superveniência da sentença penal condenatória resta superada a alegação da inépcia da denúncia, não havendo sentido em decidir acerca da viabilidade formal da *persecutio* se já há, em realidade, acolhimento formal e material da acusação, consubstanciado no édito condenatório. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ADVENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

1. Segundo a novel orientação desta Corte Superior, ratificada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se conhece de habeas corpus impetrado em substituição ao cabível recurso constitucional.

2. A inadequação da via eleita, todavia, não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. Com a superveniência de sentença condenatória - que considerou apta a denúncia e as provas suficientes para a condenação - fica superada a alegação de ausência de justa causa, por inépcia da denúncia e ausência de dolo na conduta da paciente. Precedentes.

4. Writ não conhecido.

(HC 228.556/RS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 18/06/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. WRIT PREJUDICADO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. A superveniência de sentença condenatória - que considerou apta a denúncia e as provas suficientes para a condenação - torna sem objeto o habeas corpus, em que se busca o trancamento da Ação Penal, em face da ausência de justa causa, por inépcia da denúncia, que não teria descrito, suficientemente, o fato delituoso e todas as suas circunstâncias, quanto ao ora paciente.

II. No julgamento da apelação, perante o Tribunal de 2º Grau, em que a cognição é mais ampla, poderá ser verificada a aptidão da peça acusatória, em face das provas, a existência de provas da materialidade do delito e de sua autoria, inclusive em relação ao paciente (STJ, AgRg no RHC 33.119/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 04/12/2012; HC 148.669/SC, Rel.

Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 25/10/2012; HC 84.644/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 01/07/2010).

III. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no HC 68.075/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 01/03/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL.

IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAME DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO WRIT. INÉPCIA DA DENÚNCIA E REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO.

IMPETRAÇÃO PREJUDICADA.

1. A Constituição Federal define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional e, no que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de habeas corpus, estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário (ex vi do art. 105, inciso II, alínea "a", da CF).

2. Nesse contexto, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

3. Verificada hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se o seu não conhecimento, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação incorrente na espécie.

4. A peça de acusação preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo, com todas as suas circunstâncias, as referidas infrações penais, revelando-se suficiente ao exercício da ampla defesa.

5. Com o advento de sentença e do trânsito em julgado da condenação, a alegação de inépcia da denúncia ficou superada, porquanto amplamente decidido pelas instâncias ordinárias o mérito do feito criminal, tratando-se, na verdade, de questão afeta à revisão criminal.

9. Da mesma forma, o pleito de revogação da custódia esvaziou-se com o advento do trânsito em julgado da condenação, pois a prisão, antes de natureza cautelar, tornou-se definitiva.

10. Habeas corpus prejudicado. (HC 146.272/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 29/11/2012)

No mais, inviável divisar, de forma meridiana, a plausibilidade jurídica da alegação de nulidade da ação penal por ofensa ao sistema acusatório e à imparcialidade do juiz, diante da instrução deficiente do *mandamus*, no qual se deixou de coligir documentos aptos a demonstrar o alegado vício, imprescindíveis à aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido, em especial, o inteiro teor do interrogatório do réu.

Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado. Tem a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. A regra de julgamento, ou ônus objetivo da prova, só é aplicada no momento de sentenciar. (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 293).

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:

Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

Dada a necessidade de existência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DO NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS EM FACE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SERVIRAM DE BASE PARA O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA DADA A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELA PRETÓRIO EXCELSO NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA AUGUSTA CORTE QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO DO PACIENTE, POIS DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE O INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO SE CONDICIONA À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DO ENTENDIMENTO ADOTADO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC 87.405/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 10/03/2008)

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de “decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários”, os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o quantum debeat, o que não se pode verificar in casu.

V. Ordem denegada.

(HC 40.994/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 24/04/2006 p. 418)

Tocando ao impetrante a incumbência de demonstrar a veracidade de suas alegações, com a insuficiência probatória, a este recai a desvantagem processual.

Inviável, assim, a aferição da nulidade apontada, tendo em vista que o impetrante não encartou aos autos documento imprescindível à análise do alegado constrangimento ilegal.

No tocante à causa especial de redução de pena, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que as instâncias de origem negaram a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por concluir, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência.

Nesse sentido:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (HC 203.494/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE 50 GRAMAS DE MACONHA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi rejeitada de forma fundamentada, tendo sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, que a paciente se dedica, de forma reiterada, ao comércio ilícito de drogas, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, por se dedicar a atividades criminosas.

2. De mais a mais, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da referida lei - associação estável ou de caráter permanente -, o que demonstra sua dedicação a atividades criminosas, no caso, relacionadas ao cometimento do crime de tráfico de drogas.

3. A conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo que seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos para se desconstituir o que ficou lá decidido, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

(HC 197.815/SP, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJ e de 28.6.2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colho o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – Neste caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a referida minorante por reconhecer o envolvimento do paciente com a marginalidade.

III – A discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes.

(RHC 103.556/SP, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJ e de 25.5.2011)

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* :

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu *habeas corpus* a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Constata-se, entretanto, que não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, 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 restou fixada em 5 anos 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 como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexistente, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, entretanto, assiste razão ao impetrante. Com efeito, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado, exclusivamente, com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Consoante esposado alhures, tal questão foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *writ*. **Concedo a ordem, de ofício**, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0411226-0

HC 284.904 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024592020138260066 1682013 20130000603706 24592020138260066

EM MESA

JULGADO: 14/10/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LEONARDO HENRIQUE PEREIRA 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 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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.