



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.852 - RS (2016/0151210-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DANIEL GONCALVES FIGUEIRA
PACIENTE : TANIA MARIA BENITO GONCALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se 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*.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, tendo o Colegiado estadual destacado a natureza das drogas apreendidas - *crack* e cocaína -, bem como a habitualidade da traficância e o fato de uma das condutas dirigir-se à adolescente, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 17 de novembro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.852 - RS (2016/0151210-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DANIEL GONCALVES FIGUEIRA
PACIENTE : TANIA MARIA BENITO GONCALVES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de DANIEL GONCALVES FIGUEIRA e TANIA MARIA BENITO GONCALVES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n.º 70044680817).

Consta dos autos que os ora pacientes foram condenados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 238/251).

As partes recorreram e o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial e negou provimento ao apelo defensivo, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão e 560 dias-multa, nos seguintes termos:

1. DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Desde já, antecipo que, no tocante à condenação dos réus pelo crime de tráfico de entorpecentes, nos termos do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, restou suficientemente demonstrado pela prova documental e oral carreada aos autos a prática do ilícito penal pelos recorrentes.

A materialidade do crime de tráfico de drogas encontra-se plenamente demonstrada pelas provas periciais juntadas aos autos, os quais atestaram que as substâncias apreendidas, quais sejam, 01 pedra de crack, pesando 0,34g, e três petecas de cocaína, no total de 23,20g (autos de apreensão das fls. 19 e 21) foram regularmente encaminhadas para perícia, concluindo os Laudos Periciais Toxicológicos definitivos (fl. 105) que: “No material analisado foi detectada a presença do alcaloide COCAÍNA”.

Assim, comprovada está a materialidade do crime de tráfico de drogas, porquanto a substância apreendida, efetivamente, encontra-se elencada como substância psicotrópica de uso proscrito no país.

Quanto à autoria, a controvérsia trazida no recurso defensivo reside no confronto observado entre o depoimento dos agentes públicos responsáveis pela prisão e pela apreensão e a versão dos réus de que não estavam envolvidos na prática do delito de tráfico de drogas.

Dito conflito não é novo e não raro deriva de um pressuposto equivocado, que divide, a um lado, os que entendem esse elemento como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente e, de outro, os que trilham senda contrária.

Os depoimentos aludidos, todavia, não podem ser interpretados apenas a partir de uma premissa jurídica abstrata, devendo derivar, pelo contrário, da análise do conjunto da prova. Não fosse assim, a dúvida sobre a abrangência desse elemento acusatório se daria apenas e por conta da só e isolada condição de policial, criando uma suspeição *ipso jure*, data vênua insustentável.

Os depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante, pelo contrário, representam um elemento probatório lícito, que devem receber o valor que possam merecer dentro do contexto da prova do processo e a partir do cotejo decorrente do livre convencimento e da persuasão racional conferida ao Juiz, só sendo lícito sobrestar seu valor se existirem elementos concretos da vinculação dos agentes com uma tese acusatória espúria.

Não é o que se observa.

Compulsando os autos, tenho que o arcabouço probatório é suficiente para alicerçar o decreto condenatório, conforme bem explanado pelo Douto Magistrado sentenciante, cujos termos adoto, a fim de evitar desnecessária tautologia:

A **autoria**, da mesma forma, restou comprovada por todo o conjunto probatório carreado aos autos, conforme passarei a expor.

Os réus Daniel e Tania Maria, em sua defesa pessoal, assumiram a propriedade da droga apreendida, afirmando, contudo, que era destinada a seu consumo pessoal. Na oportunidade, fundamentalmente, narraram que não efetuavam tráfico de entorpecentes. Ainda, disseram que o adolescente Wendel havia ido até o local oferecer roupas subtraídas de outrem para venda. Referiram que não compraram nada do adolescente (fls. 160/161v. e 162/163v.).

Todavia, a tese de defesa pessoal não se coaduna com as demais provas carreadas aos autos, especialmente a testemunhal.

Contrariando a versão dos acusados, os policiais militares responsáveis pela autuação em flagrante dos réus, ao serem inquiridos, afirmaram que estavam em patrulhamento no Bairro Castelo Branco II, quando avistaram um rapaz na porta de uma residência recebendo algo de outra pessoa. Após, abordaram o adolescente, o qual dispensou uma pedra de crack. Relataram que chamaram o proprietário da residência, o réu Daniel, o qual negou a venda de drogas. Contudo, disseram que a esposa deste, Tânia, apareceu no local e indicou o local onde escondiam a substância entorpecente destinada ao comércio ilegal, a qual restou apreendida. Informaram que a droga estava nos fundos da casa, em uma espécie de “cocheira”. Aduziram que quem entregou a droga ao adolescente foi Daniel. Asseveraram, ainda, que já tinham conhecimento de que o local era ponto de drogas. Por fim, deram voz de prisão em flagrante aos acusados (fls. 145/146v., 147/148 e 148v./149v.).

Depreende-se, pois, que a narrativa dos policiais responsáveis pelo flagrante não apresenta distorção de conteúdo, tendo sido reproduzida em juízo de forma uníssona e inequívoca, confirmando os dizeres inquisitoriais e a apreensão de drogas destinadas à venda em poder dos réus, na residência apontada como ponto de tráfico de drogas. É de se destacar que o réu Daniel foi flagrado pelos policiais entregando a droga ao adolescente Wendel, não se tratando de abordagem ocasional, restando suficientemente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicado o ato da mercancia.

Não bastasse, contrariamente ao sustentado pelas defesas, inexistia relação prévia entre os agentes públicos perante os acusados que permitisse aventar de uma deliberada e espúria intenção incriminatória especialmente contra estes.

Ditos elementos permitem valorizar o testemunho dos policiais responsáveis pela prisão, especialmente diante do fato da apreensão e da ausência de prova acerca do interesse destes na incriminação dos acusados. Além do mais, transparece inaceitável que o Estado fosse executar o serviço de persecução por meio de seus servidores e, durante este, retire a credibilidade de suas palavras. A jurisprudência tem sido firme nesse sentido, do que é exemplo:

(...)

Não obstante, em que pese a presunção de veracidade da palavra policial, tampouco assistem razões as defesas ao argumentar que a prova acusatória limita-se aos depoimentos prestados pelos agentes públicos.

Veja-se que a testemunha Rosária, ouvida em Juízo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, afirmou que tinha conhecimento que o casal exercia a traficância, pois já havia ouvido comentários nesse sentido.

Não há, assim, qualquer elemento probatório a alicerçar as teses de inocência sustentadas pelos réus, tendo em vista a prova oral acusatória carreada aos autos e demais elementos colhidos em sede policial, os quais foram veementes acerca do exercício da traficância pelos recorrentes e a apreensão das drogas destinadas à venda.

A realçar a prova acusatória colhida, cabe mencionar a considerável volumetria de drogas apreendida, isto é, 01 pedra de *crack*, pesando 0,34g, e 03 petecas de cocaína, no total de 23,20g; bem como o montante em dinheiro encontrado, disperso em diversas cédulas miúdas e moedas. Tais circunstâncias, aliadas à situação de flagrante e à forma de abordagem, são suficientes a configurar o exercício da traficância pelos réus.

Lado outro, diversamente à alegação defensiva, ainda que não tivessem os policiais presenciado diretamente o exercício do ato da mercancia, tenho que, para a confirmação de que a droga se destina ao tráfico, dispensa-se a prática de qualquer ato de comercialização, tratando-se de crime de ação permanente, na qual a simples conduta de trazer consigo as drogas destinadas à mercancia é capaz de configurar o tipo penal.

Nesse sentido, o artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 preceitua:

(...)

Assim, veja-se que o simples fato de portar substância destinada ao comércio já caracteriza a traficância, notadamente porque a referida norma é de conteúdo variado, em que é desnecessária a realização de todas as condutas nela previstas para configurar o fato típico.

Por tais fundamentos, irrelevante o fato de se tratarem os réus de consumidores de entorpecente, circunstância que não inviabiliza a condenação deste pelo delito de tráfico de drogas, até porque, como é sabido, nada impede que o agente usuário se transforme em pequeno traficante justamente para sustentar o vício.

Logo, não há como afastar a condenação dos réus pelo delito capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, visto que evidenciada a prática do crime de tráfico de drogas.

Em continuidade, dosou o Douto Magistrado sentenciante a basilar do delito de tráfico de drogas a ambos os réus no mínimo previsto em lei, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05 (cinco) anos de reclusão, sendo inviável qualquer redução, em obediência à Súmula 231, do STJ.

Bem posta, portanto, a condenação.

2. DO ARTIGO 40, INCISO IV, DA LEI Nº 11.343/2006

De outro lado, pleiteia o agente ministerial a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso IV do artigo 40 da Lei Antidrogas perante os réus.

Com razão o recorrente.

De efeito, restou inequívoco que o tráfico de drogas exercido pelos réus envolveu o adolescente Wendel Ferreira dos Santos, que contava com 17 anos de idade ao tempo do fato, conforme termo da fl. 45.

Pouca importa, *in casu*, que o adolescente já se encontrasse corrompido à época do fato, sendo desnecessária a sua oitiva, pois, para a configuração da majorante, basta que o tráfico de drogas tenha visado ao inimputável, o que devidamente demonstrado diante do comércio da droga ao adolescente.

A exemplificar, colaciono a jurisprudência:

(...)

3. DA MINORANTE DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/2006

Por fim, postula a defesa o reconhecimento do tráfico na modalidade privilegiada.

A referida minorante especifica que é permitido ao julgador reduzir a pena à fração de um sexto a dois terços, na hipótese de ser réu ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, e tampouco integrar organização criminosa.

Com base no dispositivo supracitado, pretende a lei, por motivos de política criminal, distinguir o traficante eventual e não integrante de organização criminosa daquele profissional dedicado às atividades criminosas e integrante desse tipo de organização, buscando punir mais levemente o primeiro. Para tanto, faz-se necessário que o agente integre, em conjunto, os quatro requisitos especificados.

Com efeito, no caso vertente, os réus são primários e não registram antecedentes em seu desfavor.

Todavia, o contexto da prova indica que atuavam ambos como traficantes usuais, utilizando a própria residência para tanto. Foram vistos, diretamente, vendendo crack a um adolescente de 17 anos, em situação dada como corriqueira, vertendo dessa circunstância verdadeira habitualidade.

Assim, embora não existam elementos a demonstrar que os acusados integrassem organização criminosa, dedicavam-se às atividades ilícitas com habitualidade, não preenchendo, assim, os requisitos necessários ao deferimento da benesse.

Realço, no ponto, a apreensão de considerável quantidade de crack e cocaína, substâncias de alto poder lesivo e viciante, bem como as circunstâncias do delito praticado, contra menor, o que por igual determina a impossibilidade da aplicação da fração redutora por demonstrada gravidade da conduta e a derradeira demonstração de que o tráfico era habitual.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, restando mantida a pena-base fixada em relação a ambos os réus em 05 (cinco) anos de reclusão, elevo a reprimenda em 1/6, tendo em vista a incidência da majorante do artigo 40, inciso VI, da Lei Antidrogas, elevo a pena à fração de 1/6, tornando-a definitiva em **05 anos e 10 meses de reclusão e em 560 dias multa**, mantido o valor unitário do julgado.

4. DA ISENÇÃO DA PENA DE MULTA

No tocante à pena de multa fixada, tenho que esta foi, aqui, devidamente sopesada e reformada, observando os mesmos patamares estabelecidos para fins de fixação da pena privativa de liberdade, razão pela qual vai rejeitado o pedido de dispensa da cominação da pena de multa.

Trata-se a multa de pena acessória, decorrente do reconhecimento da violação à norma incriminatória, não estando a autoridade judiciária autorizada a modular sua incidência conforme a condição econômica do condenado. Inconfundíveis, nesse caso, os conceitos de multa e de encargos sucumbenciais, que possuem natureza totalmente diversa. A primeira é pena em sentido estrito, ato vinculado que não se orienta por discricionariedade; a segunda é ônus decorrente da imposição da censura pelo sucumbente, que deve, por força disso, arcar com as despesas da movimentação do aparelho estatal, salvo se, como no caso, não puder fazer frente a tais despesas sem o prejuízo de sua própria subsistência, como expressamente autoriza o legislador (Lei 1.060/50).

Colaciono, nestes termos, precedente firmado por este Egrégio Tribunal:

(...)

Eventual impossibilidade de pagamento em razão da condição de pobreza do apelante deverá ser invocada no juízo da execução.

Por sua vez, em relação ao pleito de isenção de custas processuais, consigno que o Magistrado singular já determinou a suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, com base na Lei nº 1.060/50, razão pela qual deixo de conhecer o recurso defensivo no ponto.

5. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA

O regime prisional estabelecido na sentença foi o inicial fechado, em alusão direta ao disposto no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90.

Reconheceu o Supremo Tribunal Federal, todavia, no *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, a inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado nos crimes hediondos e nos equiparados, como é o caso do delito de tráfico, uniformizando, no seio dos Tribunais Superiores, a observância dos requisitos do art. 33, do Código Penal, na delimitação do regime. Nesse sentido a posição adotada pelo STJ:

(...)

Assim, mercê da manutenção da pena em patamar superior a 05 anos de reclusão, mas **considerando a habitualidade da traficância, a natureza do entorpecente e a circunstância de se dirigir uma das condutas a adolescente, não fazem jus à revisão do regime sentencial**, donde a fixação do regime inicial fechado, com fulcro no artigo 33, §2º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alínea a, e par. 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **dou provimento** ao apelo ministerial, para o fim de reconhecer a majorante prevista no artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, redimensionando a pena no patamar acima especificado. Outrossim, **nego provimento** ao recurso defensivo (fls. 379/393) (grifou-se).

No presente *mandamus*, sustenta a impetrante, inicialmente, que houve erro judiciário e, portanto, os pacientes devem ser absolvidos. Aduz que não há provas judicializadas suficientes para a condenação pela prática do delito de tráfico de drogas e que a quantidade de substância entorpecente apreendida é compatível com o uso de drogas.

Defende, ainda, a aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a fixação do regime inicial intermediário e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a absolvição dos pacientes ou a desclassificação para o art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. Alternativamente, pretende a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da referida lei, a alteração do regime prisional e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 408/410.

Foram prestadas informações às fls. 416/440, 448/449 e 452/453.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, pela denegação da ordem (fls. 545/456).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.852 - RS (2016/0151210-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se 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*.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, tendo o Colegiado estadual destacado a natureza das drogas apreendidas - *crack* e cocaína -, bem como a habitualidade da traficância e o fato de uma das condutas dirigir-se à adolescente, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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

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.

Eis o que consignou a Corte de origem acerca do tema:

(...) o contexto da prova indica que atuavam ambos como traficantes usuais, utilizando a própria residência para tanto. Foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vistos, diretamente, vendendo crack a um adolescente de 17 anos, em situação dada como corriqueira, vertendo dessa circunstância verdadeira habitualidade.

Assim, embora não existam elementos a demonstrar que os acusados integrassem organização criminosa, **dedicavam-se às atividades ilícitas com habitualidade, não preenchendo, assim, os requisitos necessários ao deferimento da benesse.**

Realço, no ponto, **a apreensão de considerável quantidade de crack e cocaína, substâncias de alto poder lesivo e viciante, bem como as circunstâncias do delito praticado, contra menor, o que por igual determina a impossibilidade da aplicação da fração redutora por demonstrada gravidade da conduta e a derradeira demonstração de que o tráfico era habitual.** (fl. 170/171) (grifou-se).

Verifica-se, dessarte, que o Tribunal *a quo* concluiu, com arrimo em elementos concretos dos autos, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na espécie, o v. acórdão atacado afastou a redução de pena do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, afirmando, expressamente, que o paciente se dedica a atividade criminosa. Para se infirmar tal assertiva, seria necessário o revolvimento probatório, o que não é possível na via cognitiva do habeas corpus (Precedentes).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado ao paciente, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos, ostentando condições judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena. Impossibilidade, portanto, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 305.713/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada à paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que foram apontados elementos concretos que indicaram a dedicação da acusada a atividades criminosas. As instâncias ordinárias mencionaram a variedade e a grande quantidade de drogas apreendidas, a existência de fortes indícios de ligação da acusada com o grupo criminoso conhecido como o Primeiro Comando da Capital (PCC), a apreensão de diversos elementos diretamente relacionados ao tráfico de drogas, a ausência de comprovação de exercício de atividade lícita.

3. Para se afastar a conclusão de que a paciente não se dedicava a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No caso, o juiz sentenciante determinou a imposição do regime inicial fechado, sem apontar nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidenciasse a necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso de execução.

6. Transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar o caso em exame, aferindo a eventual possibilidade de, com base nas particularidades do caso concreto, fixar à acusada regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

7. Mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado e determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.

(HC 277.140/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014)

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

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

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final dos pacientes foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ultrapassando, portanto, o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se que não é possível o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

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

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

(...)

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

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

(...)

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

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

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

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, confira-se a fundamentação perfilhada pelo Tribunal *a quo*:

(...) mercê da manutenção da pena em patamar superior a 05 anos de reclusão, mas **considerando a habitualidade da traficância, a natureza do entorpecente e a circunstância de se dirigir uma das condutas a adolescente, não fazem jus à revisão do regime sentencial**, donde a fixação do regime inicial fechado, com fulcro no artigo 33, §2º, alínea a, e par. 3º, do Código Penal (fl. 393).

Na espécie, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado em razão das circunstâncias do caso concreto, tendo o Colegiado estadual destacado a natureza das drogas apreendidas - *crack* e cocaína (fl. 12) -, bem como a habitualidade da traficância e o fato de uma das condutas dirigir-se à adolescente.

Nesse diapasão, o Tribunal de origem entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. O tema referente ao pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório.

Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

6. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da natureza, da quantidade e da variedade das drogas apreendidas - 126,8 g de cocaína e 15,8 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 294.565/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papéletes de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

Tem-se, assim, que a irresignação não merece prosperar.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0151210-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 358.852 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00938520420108210023 02321000093850 2321000093850 4002010 70044680817
938520420108210023

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	DANIEL GONCALVES FIGUEIRA
PACIENTE	:	TANIA MARIA BENITO GONCALVES

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 habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.