



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.753 - MS (2016/0299274-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JULIANA ZAMBELE DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Nos delitos de tráfico, quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes. Dessa forma, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por restritiva de direitos.

– Ainda que o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade do entorpecente apreendido não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.753 - MS (2016/0299274-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JULIANA ZAMBELE DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JULIANA ZAMBELE DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Embargos Infringentes n. 0001526-63.2013.8.12.0025/50000).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidentes as majorantes constantes do art. 40, incisos V e VI, do mesmo estatuto (e-STJ fls. 239/253).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido, por maioria de votos (e-STJ fls. 344/358).

Sobre a parte não unânime do julgado, a defesa opôs embargos infringentes, os quais foram parcialmente acolhidos para aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em metade, razão pela qual a pena da paciente foi redimensionada para 3 anos de reclusão e multa, além de alterar o regime prisional para o aberto, sendo negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 420/436). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO – TRÁFICO PRIVILEGIADO – IMERSÃO EM GRUPO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICO-PROBATÓRIAS – NÃO APLICAÇÃO – PLEITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – TESE REJEITADA – DELITO QUE MESMO NA FORMA PRIVILEGIADA É CONSIDERADO HEDIONDO – TRÁFICO INTERESTADUAL – DESNECESSIDADE DA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – REGRA LEGAL – REGIME MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO E SURSIS – POSSIBILIDADE EM TESE – NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO LEGAIS – RECURSO DESPROVIDO.

1. A minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei Nº 11.343/06 destina-se ao agente que, a despeito de ter praticado conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dedique à atividade criminosa e nem integre organização criminosa. Não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas (11.343/2006), torna-se inadmissível a incidência da causa de redução de pena pelo tráfico privilegiado. Se o crime de tráfico de drogas foi cometido através do amparo efetivo de uma organização criminosa, o que fica evidenciado pelo acondicionamento da droga, é incabível a concessão do benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

2. O tráfico de drogas, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), é considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos definidos em lei, sujeitando-se, por consequência, ao tratamento dispensado a tais delitos. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, se fosse o caso, mesmo assim não descaracterizaria o caráter hediondo do crime.

3. Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, não é necessária a efetiva transposição de fronteiras estaduais, bastando, para tanto, a mera intenção do agente em transportar a substância entorpecente para outro Estado da Federação. No caso, as provas produzidas no processo foram claras em sinalizar que a apelante ostentava a intenção de transportar a droga para outro Estado da Federação, razão pela qual se faz plenamente lícita a incidência dessa causa de aumento.

4. Para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve ser levado em consideração a quantidade de pena privativa de liberdade imposta em razão do delito penal imputado em desfavor do réu. Mensurado os limites da sanção corporal, estabelecer-se-á o regime prisional, à luz do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

5. Quando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, mesmo em caso de crime de tráfico de drogas. Essa substituição, entretanto, está condicionada ao atendimento de diversos requisitos objetivos e subjetivos, todos expostos pelo art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44 do Código Penal. Não estando presentes os requisitos legais, incabível a substituição. Da mesma forma, os requisitos previstos no art. 77 do Código Penal, os quais não estão preenchidos na hipótese dos autos.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/11), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois embora ela seja primária e a pena tenha sido reduzida para patamar inferior a 4 anos de reclusão, deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Afirma que a quantidade de entorpecentes não foi utilizada na dosimetria da pena e, portanto, não constitui fundamento válido para obstar a substituição, tampouco a hediondez do delito impede a incidência do benefício.

Ao final, liminamente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena privativa de liberdade aplicada à paciente seja substituída por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 443/446.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 455/459, pelo não conhecimento do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS IMPETRADO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. PENAL. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFASTAMENTO DA BENESSE DEVIDO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELA EXTINÇÃO DO WRIT SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO OU PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.753 - MS (2016/0299274-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. 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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal em virtude da não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com efeito, quanto à possibilidade de substituição da pena, nos delitos de tráfico, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes. Dessa forma, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por restritiva de direitos.

Todavia, entendo que as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De fato, embora o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo, portanto, o requisito objetivo, observo que a quantidade de droga apreendida (9,75 kg de maconha - que, inclusive, foi fundamento para aumentar a pena-base) não recomenda a substituição.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANUTENÇÃO. CRITÉRIO IDÔNEO. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

3. No caso, a Corte a quo, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/5, com fundamento na quantidade da droga apreendida - 26g de cocaína e 174g de maconha - , o que não se mostra desproporcional.

4. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Nos termos da Súmula 440 do STJ e das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime de cumprimento de pena mais gravoso pode ser estabelecido, desde que acompanhado da devida fundamentação.

6. No caso, não há razões para flexibilizar o regime fixado, à luz do art. 33 do Código Penal, porque, a despeito de ter sido condenado à pena de 4 anos de reclusão, a quantidade da droga apreendida em poder do paciente - considerada na primeira fase da dosimetria da pena, consoante já referido (in casu, 26g de cocaína e 174g de maconha) - torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e o art. 59, ambos do Código Penal.

7. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.396/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016)

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0299274-0

HC 378.753 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015266320138120000 00015266320138120025 14085986020148120000
15266320138120000 15266320138120025

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: JULIANA ZAMBELE DE OLIVEIRA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.