



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.773 - MS (2016/0270417-9)

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 : RAFAEL ALVES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PENA INALTERADA. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL E ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PREJUDICADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com base na elevada quantidade da droga apreendida (15,764kg de *maconha*) e nas circunstâncias dos autos, notadamente agravadas pelo fato de o paciente ter se deslocado de Natal-RN para Campo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Grande-MS apenas com o objetivo de promover o transporte da droga, elementos que, somados, indicam a dedicação às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

– Mantida a reprimenda em 5 anos de reclusão, é inviável a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, bem como o estabelecimento de regime diverso do semiaberto para o resgate inicial, haja vista o não preenchimento dos requisitos objetivos previstos nos artigos 44, I, e 33, § 2º, "c", ambos do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, 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), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.773 - MS (2016/0270417-9)

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 : RAFAEL ALVES DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL ALVES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0000694-97.2016.8.12.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a majorante prevista no art. 40, inciso V, do mesmo estatuto (fls. 113/139).

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram recursos de apelação, os quais foram improvidos (fls. 229/240), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO - TRÁFICO DE DROGAS – 15 QUILOS E 764 GRAMAS DE MACONHA – DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O reconhecimento de atenuante não tem o condão de reduzir a pena-base aquém do mínimo legal, conforme reafirmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Repetitivo (Tema 190) e pelo Supremo Tribunal Federal, em Repercussão Geral (Tema 158), além de objeto da Súmula 231, do STJ, o que deve ser observado pelos Tribunais, conforme artigo 927, inciso III e IV, do NCPC.

O modus operandi do delito e a quantidade de droga traficada aponta para integração à organização criminosa voltada ao narcotráfico, o que afasta a possibilidade de aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, destinada a pequenos traficantes domésticos.

O agente foi flagrado com a droga no aeroporto, sendo que o destino

da droga era outro Estado da Federação, sendo inviável o decote do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, pois desnecessário o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transpasse da fronteira para incidência da referida causa de aumento.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL -TRÁFICO DE DROGAS – 15 QUILOS E 764 GRAMAS DE MACONHA - REGIME SEMIABERTO – MANTIDO.

Nos termos do artigo 33, do Código Penal mantido o regime prisional inicial semiaberto, uma vez que a pena privativa de liberdade fixada é inferior a 8 anos, o agente é primário e todas as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal são favoráveis.

No presente *mandamus* (fls. 1/11), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, embora preenchidos os requisitos legais para a sua incidência. Afirma que o paciente é primário e possui bons antecedentes, sendo que a quantidade de droga apreendida não constitui motivação idônea para concluir que ele se dedica a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Aduz que o paciente sequer foi denunciado pelo crime de associação para o tráfico, de forma que a negativa de aplicação do benefício baseia-se em mera suposição. Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende ser cabível o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que seja reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, redimensionando-se a pena do paciente, com o consequente abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 249/251).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, a fim de que seja aplicada a minorante do tráfico privilegiado na fração intermediária (fls. 260/266).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.773 - MS (2016/0270417-9)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por entender que o paciente atende aos requisitos legais, bem como a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, o Juízo *a quo* aplicou a pena-base no mínimo legal, em 5 anos de reclusão. Em seguida, mesmo reconhecida a atenuante da confissão, a sanção permaneceu inalterada, ante o óbice da Súmula n. 231/STJ. Na terceira etapa, incidente a majorante do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, a pena foi aumentada de 1/6, alcançando o montante definitivo de 5 anos e 10 meses de reclusão. Na ocasião, não foi reconhecida a minorante prevista no §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pelos seguintes fundamentos (fl. 136 e 137):

Não é o caso também de se aplicar o § 4º do art. 33, da Lei de Droga, eis que, apesar de o réu ser primário, pela quantidade de droga apreendida, fica claro que se dedicava a atividade criminosa.

(...)

Como colocado na fundamentação, em decorrência da quantidade de droga apreendida, considera-se que o condenado se dedicava a atividade criminosa, de tal sorte que não é possível aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve a não incidência do redutor em comento, tendo o voto condutor do acórdão destacado que (fl. 234):

Na terceira fase, inviável a concessão do tráfico privilegiado.

Constou na sentença: "Não é o caso também de se aplicar o § 4º, do

art. 33, da Lei de Droga, eis que, apesar de o réu ser primário, pela quantidade de droga apreendida, fica claro que se dedicava a atividade criminosa" (f. 125).

Referida causa de diminuição é para beneficiar pequenos traficantes domésticos que não é o caso de RAFAEL, uma vez que o modus operandi do delito demonstra integração à organização criminosa voltada ao narcotráfico.

RAFAEL reside em Natal-RN e veio para Campo Grande-MS, via aérea, somente para buscar a droga.

Segundo RAFAEL, em juízo, tal empreitada era para quitar uma dívida de quatro mil reais, tendo vindo com a passagem de volta, ficando quatro dias em um hotel, recebendo R\$200,00 para se manter por esses dias.

Daí já se extrai o seguinte: o valor econômico do carregamento - 15 quilos 764 gramas de maconha que, por seu turno, seria de grande lucratividade, pois geraria mais de cinco mil porções individuais - somente seria confiado a pessoa máxima confiança do contratante e que estivesse a par de todo o esquema criminoso, o que também revela certa dedicação à atividade criminosa, pois é evidente que nenhum principiante transportaria referida carga.

Note-se que RAFAEL pode ser primário, mas o modus operandi do delito afasta qualquer possibilidade de aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 que exige o preenchimento simultâneo de todos os requisitos, não estando referido artigo violado, diante dos dados concretos colhidos dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas são fundamentos idôneos a ensejar o afastamento do tráfico privilegiado, quando, aliadas às circunstâncias em que o delito ocorreu, levarem à conclusão de que o acusado dedica-se às atividade ilícitas. Nesta linha, conferir: AgInt no AREsp 875.951/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016.

Na espécie, pela leitura dos excertos acima transcritos, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a elevada quantidade do entorpecente apreendido (15,764 kg de maconha), aliadas às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pelo fato de o paciente ter se deslocado de Natal-RN para Campo Grande-MS apenas com o objetivo de promover o transporte da droga, permitem concluir que o acusado dedica-se às atividades criminosas.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO OCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 545 DO STJ. NEGATIVA DE AUTORIA NO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada, sobretudo pelas circunstâncias do delito e pela elevada quantidade de drogas apreendidas (18 quilos de cocaína), está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 313.351/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 06/10/2016) - grifei.

(...)

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. AFASTAMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL.

1. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça, a gravidade concreta do crime autoriza a não incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

2. Na hipótese, o Tribunal a quo concluiu, de forma fundamentada, quanto a não aplicação do redutor, haja vista a expressiva quantidade do entorpecente apreendido, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 362.232/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por oportuno, inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, ficam prejudicados os pleitos de substituição da pena corporal e de abrandamento do regime prisional, uma vez que o montante da pena - 5 anos - não atende aos requisitos do art. 44, I, do Código Penal e art. 33, § 2º, "c", ambos do Código Penal.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do *habeas corpus***, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0270417-9

HC 374.773 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005976620138120110 00006949720168120001 00501773320158120001
08446004120158120001 14004006320168120000 501773320158120001
5976620138120110 6949720168120001 8446004120158120001

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

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 : RAFAEL ALVES DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

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

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