



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.778 - MS (2015/0102282-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : LUCIANO OLIVEIRA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO EXAME DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Assentado pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

3. A existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

4. Se o Tribunal de origem deixou de se manifestar sobre o pedido de alteração do regime prisional, e não foram interpostos embargos de declaração pela defesa para sanar eventual vício, esta Corte está impedida de analisar o tema, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada (6 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. *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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.778 - MS (2015/0102282-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

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 : LUCIANO OLIVEIRA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **LUCIANO OLIVEIRA DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de tráfico, 7g de *crack*, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A defesa interpôs apelação, contudo o recurso foi improvido.

Nesta Corte, a impetrante alega constrangimento ilegal, sob o argumento de que a pequena quantidade de droga apreendida e o fato de o paciente não ter trabalho ilícito não podem conduzir a presunção de que ele se dedica à atividade criminosa. Defende que, preenchidos os requisitos legais, deve ser aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sustenta, por fim, que, reconhecido o tráfico de drogas na forma privilegiada, e estabelecida a pena em patamar inferior à 4 (quatro) anos, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, assim como é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Requer a concessão da ordem.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 199-203).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 212-231), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 236-238).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.778 - MS (2015/0102282-0)

RELATOR :MINISTRO RIBEIRO DANTAS

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 :LUCIANO OLIVEIRA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO EXAME DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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 a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. Assentado pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.
3. A existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.
4. Se o Tribunal de origem deixou de se manifestar sobre o pedido de alteração do regime prisional, e não foram interpostos embargos de declaração pela defesa para sanar eventual vício, esta Corte está impedida de analisar o tema, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.
5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada (6 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

Em relação à causa de redução do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Juiz de primeiro grau consignou que:

"Não incide a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois a despeito de o réu ser tecnicamente primário, as inúmeras incursões penais, notadamente, relacionados a entorpecentes, conforme se observa às f. 60/61, indica dedicação do réu às atividades criminosas. Posto isso, de rigor a condenação do acusado LUCIANO OLIVEIRA DOS SANTOS pela prática do crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06." (e-STJ, fl. 130.)

O Tribunal estadual, ao negar provimento ao recurso da defesa, manteve afastada a minorante, em decisão assim fundamentada:

"Da leitura da fundamentação da sentença, observa-se que foi utilizado, pelo Magistrado sentenciante, um motivo para justificar o afastamento do benefício, qual seja, o fato de o réu/apelante se dedicar às atividades criminosas.

Cabe analisar se, de fato, encontra-se presente essa circunstância. Em caso positivo, mesmo isolada, a existência dessa circunstância será suficiente para justificar a não aplicação do benefício pleiteado pelo apelante.

A expressão "se dedicar às atividades criminosas" é bastante genérica e pouco elucidativa, de modo que cada caso deve ser analisado individualmente, a fim de se descobrir, através do seu contexto peculiar, se o agente faz da atividade criminosa o seu estilo habitual de vida.

A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas se destina ao agente que, a despeito de ter praticado conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dedique à traficância.

(...)

Portanto, para avaliar se é cabível a aplicação dessa causa de diminuição da pena, é necessário analisar a conduta social do agente e se ele exercia a alguma profissão lícita. Além disso, devem ser apuradas as circunstâncias em que o crime de tráfico de drogas se desenvolveu, isto é, se ele foi realizado de forma isolada, eventual, ou em um contexto de habitualidade.

No presente caso, verifica-se que segundo o depoimento dos policiais militares, populares noticiavam que todos os dias o apelante estava em um ponto de ônibus comercializando drogas.

Evidencia ainda a traficância que na abordagem pessoal, com o apelante foi encontrado a quantia de R\$ 121,00 (cento e vinte e um reais), em cédulas de pequeno valor.

Pelo que consta dos autos o apelante não possui trabalho e/ou emprego fixos.

Esses elementos indicam que o apelante estava se dedicando à atividade criminosa do tráfico de drogas. Portanto, o apelante não faz jus ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois não preenche todos os requisitos necessários, considerando que se dedica às atividades criminosas, exatamente como reconhecido pelo Magistrado sentenciante." (e-STJ, fls. 193-194.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

In casu, as instâncias antecedentes concluíram pela dedicação do paciente a atividades criminosas, tendo em vista o registro de "inúmeras incursões penais, notadamente, relacionados a entorpecentes", a não comprovação de emprego lícito pelo réu, assim como a notícia de populares de que "todos os dias o apelante estava em um ponto de ônibus comercializando drogas".

Conforme precedentes deste Tribunal Superior, a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, constitui fundamento suficiente para afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO.

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. A pretensão de absolvição por insuficiência de provas não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

3. A existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Precedentes.

4. Não há ilegalidade na fixação do regime prisional fechado em razão da grande quantidade e variedade de drogas apreendida com o réu, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal combinado com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 330.418/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015.)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CONDENAÇÃO ANTERIOR NÃO TRANSITADA EM JULGADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA, SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA E EXTINÇÃO DA MULTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *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 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 - A condenação anterior, ainda que não transitada em julgado, a despeito de não configurar maus antecedentes, é causa suficiente para impedir a incidência da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se dedicaria "às atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (precedentes).

IV - Os pleitos de fixação de regime mais brando, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e extinção da multa não merecem guarida, pois sequer foram analisados pelo eg. Tribunal *a quo*. Assim sendo, fica impedida esta Corte de analisar a quaestio ventilada no mandamus, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).

Habeas Corpus não conhecido."

(HC 313.318/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 21/05/2015.)

Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o tema não objeto de análise no acórdão impugnado, logo, não pode ser conhecido por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

A propósito:

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (...). REGIME INICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

7. A questão do regime inicial não foi apreciada pelo acórdão impugnado, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância."

(HC 324.217/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015.)

Vale lembrar que, caso a defesa entendesse ter havido omissão no acórdão impugnado, deveria ter suscitado o vício, por meio de embargos de declaração, perante o Tribunal *a quo*, o que não ocorreu.

Por fim, afastada a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e mantida o *quantum* da pena em 6 anos de reclusão, fica prejudicada a análise do pedido de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, pela falta do atendimento do critério objetivo (art. 44, I, do CP).

A esse respeito:

"[...] 5. Prejudicada a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, diante do *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, nos termos do art.44, I, do Código Penal." (HC 330.196/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015.)

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0102282-0

HC 322.778 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00048374020148120021 48374020148120021

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **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	: LUCIANO OLIVEIRA 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 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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.