



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.484 - RS (2015/0183524-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : GIBRAIL DA SILVA RODRIGUES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENALIDADE CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PENALIDADE-BASE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE SUA FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *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.

– Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade do entorpecente apreendido, elemento apto a justificar a exasperação da pena.

– Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa.

– Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *writ*.

– Mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de pena de 5 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

– Do mesmo modo, fica prejudicado o pedido de readequação do regime, pois não houve a pleiteada redução da pena decorrente da aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.434/2006. Ademais, a quantidade considerável da droga apreendida com o paciente recomenda o regime mais gravoso do que a pena comporta, para fins de prevenção e repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

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

Brasília (DF), 08 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.484 - RS (2015/0183524-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : GIBRAIL DA SILVA RODRIGUES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GIBRAIL DA SILVA RODRIGUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação n. 0022938-57.2015.8.21.7000.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, por infração ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena corporal de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, substituída por duas restritivas de direitos (fls. 224/237).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação. O apelo foi parcialmente provido, ocasião na qual foi aumentada a pena-base e afastada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixando-se a pena definitiva do paciente em 6 anos de reclusão, inviabilizando, dessa forma, a substituição da pena (fls. 381/393).

Opostos embargos de declaração pela defesa, estes foram acolhidos, reduzindo em 1 ano a pena-base do paciente, em face da atenuante da confissão, tornando a pena definitiva em 5 anos de reclusão (e-STJ fls. 408/411).

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, que o paciente preenche os requisitos para aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Sublinha que *"não há razão para a não aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, após a aplicação da redutora*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima em comento, bem como não há motivo para a imposição do regime fechado para o cumprimento da pena" (fl. 2).

Diante disso, requer, inclusive em liminar, a aplicação da redutora da pena em seu patamar máximo, a concessão do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 424/425).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da ordem *ex officio* (fls. 434/440).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.484 - RS (2015/0183524-1)

VOTO

O EXMO. SENHOR 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.

Cumprе 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, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª 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 o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime prisional menos gravoso e a aplicação do art. 44 do Código Penal.

No caso, o sentenciante fixou a pena-base do ora paciente no mínimo legal de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, embora presente a atenuante da confissão, a pena manteve-se inalterada, ante o óbice da Súmula n. 231/STJ. Na terceira fase, reconhecido o tráfico privilegiado, a pena foi reduzida em 1/3, restando a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão (fls. 230/231).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao julgar o apelo interposto pela acusação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso, aumentando a pena-base para 6 anos de reclusão, com base na quantidade da droga apreendida (quase um quilo de maconha). Na segunda fase, presente a atenuante da confissão, reduziu a pena para 5 anos de reclusão, a qual tornou definitiva, pois ausentes causas de aumento e de diminuição da pena. Na ocasião, o não reconhecimento do tráfico privilegiado deu-se nos seguintes moldes (fls. 387/389):

Com razão o Ministério Público, na pretensão pelo afastamento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Embora o réu seja primário e, a despeito da natureza do entorpecente menos lesivo, a expressiva quantidade apreendida revela capacidade de disseminação do vício em grande escala, sendo incompatível com o tráfico ocasional.

A causa de diminuição inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 tem por objetivo mitigar a sanção penal do traficante ocasional e não daquele que faz do tráfico seu meio de vida, dedicando-se a atividades delituosas.

(...)

Afasto, assim, a incidência da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Pela leitura do excerto acima transcrito, observa-se que houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedica-se à atividade criminosa, ante a quantidade da droga apreendida (974,30 gramas de maconha), elemento apto a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Sobre a possibilidade de a quantidade da droga apreendida embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

(...)

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NÃO APLICADA (§ 4º). QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTO INIDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e variedade de droga apreendida. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando. (HC 242.216/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador convocado do TJ/SP – Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 12/11/2015) – (grifei).

Por oportuno, embora não suscitado pela defesa, mas mencionado pelo Ministério Público Federal em seu bem lançado parecer, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira fase para justificar o afastamento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base do mínimo legal, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, por indicar a dedicação dos pacientes à atividade criminosa, não incorrendo, assim, *bis in idem*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido *bis in idem* na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de *bis in idem*. Precedentes do STF.

8. Writ não conhecido. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - (grifei).

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, o Tribunal revisor concluiu que o paciente dedica-se à atividade criminosa, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de modo que modificar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

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, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida. (HC 316.802/SP, Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015) – (grifei).

Assim, mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 5 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Do mesmo modo, fica prejudicado o pedido de readequação do regime, pois não houve a almejada redução da pena decorrente da aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.434/2006.

Ademais, observa-se que o regime fechado, mais gravoso do que a pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5 anos comporta, foi estabelecido pelo acórdão recorrido com base em fundamentação específica (fls. 391/392), ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela considerável quantidade da droga apreendida, a qual, inclusive, fundamentou o afastamento da pena-base do mínimo legal, circunstância que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. HABEAS CORPUS 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. A quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na escolha do percentual da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de n. 11.343/2006, no estabelecimento do regime de cumprimento de pena e justifica a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

3. No caso, a Corte estadual aplicou a minorante da Lei de Drogas, na fração de 1/3 (um terço), fixou o regime inicial fechado e não substituiu a pena corporal com fundamento na diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas, 49 (quarenta e nove) invólucros de "crack"; 70 (setenta) porções de maconha e 299 (duzentos e noventa e nove) epperndorfs de cocaína, o que não se mostra desproporcional, portanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 332.409/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por este Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do habeas corpus, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0183524-1

HC 331.484 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00229385720158217000 00346282120138210027 01202494820158217000
027213001100381 1202494820158217000 229385720158217000 27213001100381
346282120138210027 70063375604 70064348717

EM MESA

JULGADO: 08/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

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	: GIBRAIL DA SILVA RODRIGUES
CORRÉU	: MARCIA EMILENE DA SILVA

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