



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.262 - SP (2014/0148702-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **MARIO MONTANO LOPEZ**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MARIO MONTANO LOPEZ (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. *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.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade da substância apreendida permite aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

- *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), 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.262 - SP (2014/0148702-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MARIO MONTANO LOPEZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO MONTANO LOPEZ (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado por MARIO MONTANO LOPEZ em causa própria, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0084711-02.2011.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, e art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local deu provimento ao recurso do *Parquet* para afastar a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime fechado, nos seguintes termos (fls. 135/142):

Tráfico de entorpecentes - Materialidade e autoria bem comprovadas - Sentença confirmada, no mérito, por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252, do R.I. Associação - Inexistência de comprovação da estabilidade e permanência do vínculo associativo, necessários à configuração do delito.

Art. 33, § 4º - Benefício descabido - Quantidade de droga apreendida que demonstra tráfico de entorpecentes em larga escala, incompatível com a benesse - Afastamento de rigor.

Recurso ministerial parcialmente provido, desprovidos os defensivos.

No presente *writ*, o paciente alega que está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista o afastamento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Sustenta que preenche os requisitos para aplicação da benesse e que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de drogas não constitui motivação idônea para afastar a causa de diminuição da pena.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o restabelecimento da sentença que aplicou a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 12/13.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem:

TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ILEGALIDADE. Situação dos autos que indica conduta isolada e desesperada do paciente, que resolveu transportar a droga, mediante ingestão, no intuito de conseguir algum dinheiro. Instâncias de origem que, além de reconhecer a primariedade e os bons antecedentes do acusado, foram expressas em afirmar que o mesmo não conhecia a pessoa que lhe encomendou o transporte da substância, absolvendo-o da imputação por associação para o tráfico. Inexistência, assim, de qualquer elemento de prova indicativo de atividade ilícita reiterada ou de integração a organização criminosa. Quantidade de entorpecente que, por si só, não afasta o benefício, cuja aplicabilidade deve levar em consideração o contexto fático reproduzido nos autos. Doutrina. PARECER PELA CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.262 - SP (2014/0148702-0)

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, tendo em vista o afastamento da aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e está atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, que somente podem ser revistos por esta Corte, mormente em *habeas corpus*, em situações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Em relação à não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue o que foi consignado pela Corte *a quo* quando julgada a apelação (fls. 139/141):

A causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, deve ser afastada.

Como é sabido, ela se destina apenas ao pequeno e ocasional traficante. Não é o caso dos réus que, apesar de primários e de bons antecedentes, foram presos transportando grande quantidade de cocaína (876g) entre dois Estados da Federação. Eles mesmos declararam que foram contratados por uma desconhecida em Corumbá para levar o entorpecente até São Paulo. Estas informações demonstram que estavam a serviço de organização criminosa, dedicada ao comércio clandestino de drogas, em larga escala.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC nº 101.265/SP, de relatoria do Ministro Ayres Britto, destacou que, "no fundo, o denominado 'avião', ou a chamada 'mula', ainda que ela tenha um papel menor no plano da organização criminosa, não deixa de pertencer, no desenvolvimento da sua conduta típica, a essa mesma estrutura, que, no fundo, depende, fundamentalmente, da atuação isolada de tais pessoas".

*Também já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: "Embora a paciente seja tecnicamente primária e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto a natureza e a grande quantidade do entorpecente apreendido em seu poder - 3.225 gramas de cocaína bem como o *modus operandi* empregado na prática do delito, levaram a crer que ela seria integrante de organização criminosa." (HC 140.539/RJ, Rei. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 21/06/2010)*

Diante disso, afasta-se benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fixando-se penas de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, às quais se acrescenta 1/6, por conta da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da mesma Lei, reconhecida na sentença, resultando penas definitivas em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Portanto, extrai-se que o Tribunal *a quo* formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Drogas, por entender que o paciente se dedicava à atividades criminosas, tendo em vista a quantidade de drogas - 876 g de cocaína.

Sobre a expressiva quantidade da droga em questão, vale a pena lembrar:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS.** MOTIVAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.*

.....

*II - Presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão processual, de rigor sua manutenção, porquanto a garantia da ordem pública encontram-se devidamente fundamentada no modus operandi empregado para a prática do crime ora investigado, em que o Recorrente foi preso em flagrante portando 1 (um) tablete **pasta base de cocaína pesando 800 (oitocentos) gramas, evidenciando acentuado grau de periculosidade do Acusado para o meio social.** Precedentes.*

.....

IV - Recurso ordinário em habeas corpus improvido.

(RHC 48.011/ES, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo diapasão: *AgRg no HC 205.105/SP*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 23/08/2012 e *RHC 33.866/DF*, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 04/12/2012.

No mais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa, como na espécie.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida com o recorrente - 11,240 kg de maconha - revela-se apta a evidenciar a dedicação à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

II - Além disso, o atual entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é no sentido de que, regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico, integra organização criminosa. Precedentes.

III - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou, ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n. 1.475.447/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015).

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1480593/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 29/10/2015).

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: 2014/0148702-0

HC 297.262 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIO MONTANO LOPEZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO MONTANO LOPEZ (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.