



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.667 - MG (2016/0238645-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ALISSON GUSTAVO PEREIRA PINTO (PRESO)

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 E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. PEDIDOS PREJUDICADOS. *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 e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

- Além disso, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da redutora com base nos elementos fáticos constantes dos autos, por entender que o paciente se dedicava à atividades criminosas, tendo em vista a variedade e quantidade de drogas e as demais circunstâncias do delito. Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

- Mantida a pena em patamar superior a 4 anos, não há se falar em regime aberto e em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

- *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.667 - MG (2016/0238645-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ALISSON GUSTAVO PEREIRA PINTO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de ALISSON GUSTAVO PEREIRA PINTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação n. 1.0024.15.092453-8/001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 201/218).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido apenas para fixar o regime inicial semiaberto (fls. 301/311).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, ao fundamento de que o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicado na fração máxima de 2/3, *sob a alegação de que a quantidade de droga apreendida não é apta a afastar a aplicação do benefício* (fl. 4). Sustenta, ademais, que o Tribunal *a quo*, *deixou de aplicar a figura do tráfico privilegiado, por entender que outras circunstâncias, além da quantidade de droga apreendida, revelariam a dedicação do Paciente à atividade criminosa*. Entretanto, a 5ª Câmara Criminal do TJMG não observou que, nos termos do art.617 do CPP, que veda a *reformatio in pejus*, não é possível acrescentar fundamentação à decisão monocrática, em se tratando de recurso exclusivo da Defesa (fl. 5).

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que incida o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, para reduzir a pena aplicada ao paciente e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequentemente, que seja fixado o regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 368/370, pela denegação da ordem:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO ART. 33 §4º DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DA ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de Justiça, com base nas provas coligidas no curso da instrução criminal, analisou cuidadosamente o conteúdo fático-probatório dos autos, concluindo que o paciente dedica-se a atividades criminosas, razão pela qual manteve a inaplicabilidade do redutor previsto no art. 33 §4º da Lei nº 11.343/06.

- Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.667 - MG (2016/0238645-7)

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 na não aplicação do redutor previsto no art. 4º da Lei n. 11.343/2006.

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 pelas instâncias ordinárias para afastar o redutor:

Quanto ao benefício estabelecido no art 33 § 4º da Lei 11.343/2006, deixo de conceder uma vez que a grande quantidade das drogas apreendidas demonstra que o réu, ainda que primário, não é iniciante nas práticas que lhe são imputadas, o que deixa claro sua dedicação contumaz à atividades criminosas. Não posso deixar de considerar que o réu não é um traficante principiante, não só pela significativa quantidade de droga apreendida, mas também por seu valor comercial, que presume a necessidade de um grande capital a ser despendido para aquisição e revenda. Ademais, é cediço que para a aquisição de grande volume de entorpecentes é preciso ter conhecimento dos meios necessários, tais como, com quem comprar, onde comprar e como armazenar. Todos esses fatores combinados são aptos indicar a dedicação do réu às atividades criminosas. Nesse sentido, é preciso destacar que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06 apenas abranda a punição ao agente infrator quando ele for primário, portador de bons antecedentes e que não se dedique à atividades criminosas.(Sentença fls. 213/214)

Destarte, não trata-se, in casu, de afastar a aplicação do privilégio tão somente com base na quantidade de droga apreendida, o que venho reiteradamente repelindo em meus votos, mas sim, de entender que, no presente feito, a quantidade da droga, aliada às demais circunstâncias, demonstram que o réu dedicava-se à atividade criminosa não sendo, pois, o traficante "de primeira viagem" a quem a norma busca beneficiar.

Assim, entendo por bem manter a sentença, no que tange à não aplicação do privilégio. (Acórdão fl. 304)

Portanto, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas, tendo em vista a variedade e quantidade de drogas e as demais circunstâncias do delito - os policiais se dirigiram até a residência de Alisson, onde apreenderam 8 (oito) tabletes, 04 (quatro) porções e 103 (cento e três) invólucros plásticos de maconha, além de 01 (uma) balança de precisão, diversas sacolas plásticas comumente utilizadas para a dolagem de entorpecentes, cerca de R\$600,00 (seiscentos reais) em espécie, 04 (quatro) facas -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comumente utilizadas para o fracionamento de drogas -, e diversas folhas de anotações. No total foram apreendidos 2.150,0g (dois mil cento e cinqüenta gramas) de maconha acondicionados em 123 (cento e vinte e três) invólucros plásticos, além de duas plantas da mesma substância medindo, respectivamente 25cm (vinte e cinco centímetros) e 35cm (trinta e cinco centímetros), em 02 (dois) vasos. (fl. 202).

Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INTERMEDIÁRIO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. 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. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com base na quantidade de droga apreendida - 3 tijolos de maconha (2,5kg) - e nos depoimentos testemunhais colhidos durante a instrução, que a 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. Precedentes.

4. Não há se falar em bis in idem quando, embora tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação da agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

5. *Mantido o quantum da sanção corporal imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art.*

44, I, do CP).

6. *Habeas corpus não conhecido. (HC 376.831/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)*

Ademais, 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:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Ressalte-se que, ao contrário do que foi alegado pela impetrante, não houve *reformatio in pejus*, porquanto o Tribunal não agravou a situação do acusado, tendo em vista que a redutora já não tinha sido aplicada em razão da quantidade das drogas e das circunstâncias do delito indicarem que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Por fim, mantida a pena em patamar superior a 4 anos, não há se falar em regime aberto e em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

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: 2016/0238645-7

HC 370.667 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024150924538 0924538862015 10024150924538001 24150924538 924538862015

EM MESA

JULGADO: 06/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: ALISSON GUSTAVO PEREIRA PINTO (PRESO)
CORRÉU	: IGOR SOUZA DE OLIVEIRA

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.