



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.749 - RS (2016/0239139-0)

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 : GUSTAVO MARQUES RODRIGUES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS 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 variedade das drogas apreendidas (*cocaína e crack*) e nas circunstâncias dos autos, notadamente agravadas pelo fato de o paciente responder a outros dois processos também pelo delito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico e por não ter comprovado ocupação laborativa, elementos que, somados, indicam que o acusado dedica-se 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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.749 - RS (2016/0239139-0)

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 : GUSTAVO MARQUES RODRIGUES

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 GUSTAVO MARQUES RODRIGUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 0204808-98.2016.8.21.7000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 217/231).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, consoante acórdão acostado às fls. 292/305.

No presente *mandamus* (fls. 1/7), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impõe constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, embora cumpridos os requisitos legais. Aduz que o acusado faz *jus* ao redutor em tela em sua fração máxima e, em consequência do redimensionamento da pena, também defende a possibilidade de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede o redimensionamento da pena do paciente, mediante aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração máxima, além da fixação do regime inicial aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedido liminar indeferido (fls. 316/317).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 325/334).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.749 - RS (2016/0239139-0)

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.

Cumpra 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 o redimensionamento da pena do paciente, mediante aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração máxima, além da fixação de regime prisional mais brando e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito de tráfico de entorpecentes, fixou as penas com lastro na seguinte fundamentação (fls. 227/229):

A culpabilidade do réu, tida como a reprovabilidade da conduta, não foge ao ordinário. Não o considero, ainda, portador de antecedentes criminais negativos, já que embora responda a outros dois processos por crimes previstos na Lei de Drogas, um deles ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menos por tráfico (processo nº 001/2130070988-8), já que o outro não consta a capitulação legal na certidão de antecedentes juntada à fl. 156/156-v, vê-se que ainda não possui nenhuma condenação definitiva. Conduta social desconhecida. Personalidade sem elementos para aferição. Os motivos integram o tipo penal imputado, assim como as consequências. As circunstâncias considero negativas, porque o tipo de drogas destinadas a mercancia, crack e cocaína, são as mais severas e lesivas para a saúde, e a quantidade, 40 pedras de crack e 19 pedras de cocaína, não pode ser considerada inexpressiva, aumentando a reprovabilidade da conduta. A vítima imediata é a saúde pública.

Sopesando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, conjugado com o artigo 42, da Lei 11.343/06, fixo a pena-base em 05 anos e 04 meses de reclusão.

Presente a atenuante da menoridade, pois contava 20 anos à época do fato, diminuo-a em 04 meses, ficando a pena provisória em 05 anos de reclusão.

Por fim, entendo também descabida, no seu caso, a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois o réu, em que pese a tenra idade, já responde a processo pelo mesmo delito de tráfico de entorpecentes, e também a outro por fato recente envolvendo crime igualmente previsto na Lei de Drogas (processo nº 001/2150046164-2), a sinalizar que o mesmo se dedica a atividades ilícitas, não sendo merecedor do benefício em questão, destinado aos réus primários e de bons antecedentes, cujo passado demonstre o não envolvimento em atividades ilícitas da espécie, o que não é o caso de Gustavo.

Logo, resta sua pena definitizada em 05 (cinco) anos de reclusão, à ausência de outras modificadoras.

O Tribunal de origem por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, manteve íntegra a condenação e, quanto ao reconhecimento do tráfico privilegiado, o voto condutor do acórdão consignou que (fl. 304):

Quanto ao réu GUSTAVO, não há falar em aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois, conforme referido na sentença, além de se verificar que com pouca idade o réu já está envolvido em processos com denúncia recebida por tráfico de drogas e por outro procedimento previsto na Lei de Drogas, não há comprovação de atividade lícita por parte do réu, nestes autos, e a variedade de drogas que foram encontradas com GUSTAVO indica que não é um traficante eventual ou iniciante, pois alguém que está iniciando a atividade ilícita não o faz com tal variedade de entorpecentes.



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, sabe-se que 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 atividades 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.

No caso, observa-se que as instâncias de origem não aplicaram a causa de diminuição retromencionada sob a tese de que o paciente dedica-se às atividades criminosas, uma vez que responde a outros dois processos por tráfico de drogas, não comprovou exercer atividade lícita e diante da variedade das drogas apreendidas.

É bem verdade que o desemprego e o fato de responder a outros processos, por si sós, não justificam o não reconhecimento do privilégio. Contudo, quando aliados, como destacado pelo acórdão recorrido, à variedade das drogas apreendidas - *crack e maconha* - e às circunstâncias em que o delito ocorreu, implicam, sem dúvida, o afastamento do redutor, pois evidenciam a dedicação 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DOS CONDENADOS À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DEMONSTRADA EM FUNÇÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. 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 quantidade de drogas apreendidas (33,7g de "maconha", distribuída em 18 embalagens), 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. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 351.136/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 29/09/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- 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.

- 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 o Tribunal de origem conferiu legalidade à manutenção do não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a quantidade, a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (68 porções de cocaína, com peso líquido de 22,3 g e 21 porções de maconha, com peso líquido de 27,3 g), aliadas às circunstâncias em que o delito ocorreu, em conhecido ponto de tráfico, e o fato de o paciente contar com o registro de processos em curso, permitem concluir que o acusado dedica-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. *Precedentes.***

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 362.619/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016) - grifei.

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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2016/0239139-0

HC 370.749 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121500840996 02048089820168217000 02623306520158210001 121500840996
2048089820168217000 2623306520158210001 70069946143

EM MESA

JULGADO: 11/10/2016

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

Me. **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	: GUSTAVO MARQUES RODRIGUES
CORRÉU	: DIEGO OVIEDO DA ROSA

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.