



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.971 - RS (2017/0012231-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROSECLEIA SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA, PELO TRIBUNAL LOCAL, EM RECURSO DA ACUSAÇÃO, À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CP PREJUDICADOS. PENA CORPORAL INALTERADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *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.

– 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.

– Na espécie, infere-se que o acórdão recorrido conferiu legalidade ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a atividade da paciente não se esgotava no ato em que foi flagrada, pois restou demonstrado que havia denúncias do tráfico praticado pela acusada, todas devidamente registradas antes da ação policial, concluindo-se, assim, que o caso trata, efetivamente, de dedicação à atividade criminosa. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

- Mantida a pena corporal de 5 anos e 6 meses de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de fixação do regime inicial aberto e de substituição por medidas restritivas de direitos.
- *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), 16 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.971 - RS (2017/0012231-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROSECLEIA SOUZA

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ROSECLEIA SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação 0276472-29.2015.8.21.7000).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou a paciente à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, inciso II, da Lei 11.343/06.

Contra a sentença, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido pelo Tribunal local (fls. 460/476), para afastar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, e da majorante do art. 40, II, ambos da Lei 11.343/06, redimensionando a pena para 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 550 dias-multa.

Neste *writ* (fls. 1/6), a defesa sustenta, na essência, constrangimento ilegal infligido à ora paciente, sem justa causa, pois, uma vez preenchidos os requisitos para a aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, deve ser reduzida a pena no seu patamar máximo, sob pena de negativa de vigência a este dispositivo. Em consequência da redução da pena, requer a fixação do regime aberto e a aplicação do art. 44 do CP em favor da paciente.

Requer, inclusive liminarmente, a fixação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, a modificação do regime para o aberto e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 486/488).

Informações prestadas às fls. 495/509.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (fls. 515/523).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.971 - RS (2017/0012231-2)

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 da 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-se a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e a consequente fixação de regime prisional mais brando e aplicação do art. 44 do CP em favor da paciente.

Consta dos autos que a paciente foi denunciada por ter, em 25/7/2013, vendido droga a policial civil infiltrado e, também, por ter sido encontrado entorpecente em depósito localizado na sua residência, em 19/11/2013, por policiais civis que davam cumprimento a mandados de prisão e de busca e apreensão (fls. 8/12).

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial, estabeleceu a pena-base acima do mínimo legal e afastou o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006, bem como a majorante do art. 40, II, do mesmo diploma legal, alcançando a sanção corporal o montante definitivo de 5 anos e 6 meses de reclusão, tendo o voto condutor do acórdão recorrido consignado que (fls. 470 e 473/474):

Induvidoso, no contexto narrado, a apreensão da droga. Também certo que a ré participou dos fatos; no primeiro momento, segundo ela própria informa, alcançou a maconha ao policial infiltrado e, na segunda oportunidade, era a possuidora da droga apreendida. Ela afirmou ser usuária e ter alcançado a droga ao policial para poder retirar parte dela para o consumo pessoal. Negou o intuito mercantil e o lucro na atividade, o que, como é sabido, é desnecessário no caso. Basta, para a incidência no tipo cominado no art. 33 da Lei 11.343/06, que o agente com a posse do entorpecente destine ele a terceiros, como no caso. Outros elementos ainda se somam ao fato induvidoso relatado acima e devidamente registrado em arquivo de mídia (fl. 55). Havia denúncias do tráfico praticado pela acusada, tendo sido elas devidamente registradas antes da ação policial (fls. 15/23).

(...)

Diversamente da conclusão obtida na decisão atacada, entendo dever ser afastada a majorante. Isso porque não resta configurado o dito preavalecimento de relações de poder familiar. A respeito do assunto, a doutrina tende a afirmar que é necessário que o traficante, no meio familiar, direcione sua conduta para as pessoas que deveria proteger, o que não se vislumbra no caso em comento. O simples fato de a ré utilizar o mesmo apartamento em que residia com seus filhos para vender entorpecentes não tem o condão de fazer incidir tal causa de aumento, sem prejuízo, é claro, de que tal fator implique maior censura na análise das circunstâncias judiciais. Do mesmo modo, não implica a incidência do inciso VI do art. 40, da lei 11.343, por suposto envolvimento do menor na atividade ou inserção no cenário do tráfico. O dispositivo visa instituir maior reprimenda ao traficante que utilize na atividade criminosa ou destine drogas a menores de idade ou pessoas de menor discernimento, o que efetivamente não se verifica. Ainda que coabitasse a residência utilizada pela acusada para negociar drogas - inclusive aparecendo na mídia audiovisual de fl. 54 - não existe absolutamente nenhum elemento nos autos que indique que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

algum menor fosse destinatário ou que participasse da traficância. Diante do exposto, afasto a majorante.

Referida circunstância, no entanto, implica no aumento da pena-base em 6 meses, tendo em vista que, efetivamente, é censurável a prática do tráfico em residência ocupada também por uma criança em tenra idade, ainda que, pelo registro da fl. 55, não se verifique ter ela tido ciência do ato que estava sendo praticado. As demais circunstâncias, assim como registrada na decisão atacada, são normais ao tipo. Aponto, entretanto, que considere a prática dos dois atos de traficância - em um intervalo de 4 meses - como demonstrativo da dedicação às atividades criminosas, motivo a tornar a pena definitiva em 5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa.

Sabe-se que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 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 integrem organização criminosa.

Na espécie, pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que o acórdão recorrido conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a atividade da paciente não se esgotava no ato em que foi flagrada, pois ficou demonstrado que havia denúncias do tráfico praticado pela acusada, todas devidamente registradas antes da ação policial, concluindo-se, assim, que o caso trata, efetivamente, de dedicação à atividade criminosa.

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 a paciente não se dedica às atividades ilícitas, 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. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que a instância de origem concluiu, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, que se dedica a atividades criminosas.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 362.707/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado, de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado na origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a considerável quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedicação dos pacientes às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.

Por oportuno, mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Do mesmo modo, quanto ao regime prisional, estabelecido o regime inicial semiaberto pelo acórdão recorrido, o cabível para a pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, fica prejudicado o pedido do seu abrandamento, pois não houve modificação no montante da pena imposta.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser reconhecido *ex officio* por esta 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: 2017/0012231-2

HC 385.971 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00079744520138210011 01121300029807 1121300029807 70057808669 70065910945
79744520138210011

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROSECLEIA SOUZA

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.