



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.121 - MS (2014/0078551-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : GEOVANE GUEDES DE OLIVEIRA
PACIENTE : THOMAZ FARIAS MONTANHA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS E DESOEDIÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 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 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 causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem entenderam que os pacientes integravam organização criminosa.

3. Para se concluir de forma diversa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a gravidade concreta do delito é motivo suficiente à imposição do regime prisional mais severo.

2. Na hipótese, o Tribunal estadual concluiu de forma fundamentada quanto à necessidade do modo fechado de execução, haja vista a elevada quantidade do estupefaciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendido - **237,400 kg (duzentos e trinta e sete quilos e quatrocentos gramas) de maconha.**

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, do pleito referente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto tal questão não foi analisada pela Corte de origem por ocasião do julgamento do recurso de apelação, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.121 - MS (2014/0078551-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : GEOVANE GUEDES DE OLIVEIRA
PACIENTE : THOMAZ FARIAS MONTANHA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de GEOVANE GUEDES DE OLIVEIRA e THOMAZ FARIAS MONTANHA, contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que, no julgamento da Apelação n.º 0000384-57.2013.8.12.0014, deu parcial provimento ao recurso defensivo e proveu o ministerial, a fim de reduzir a pena para 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, além de fixar o regime inicial fechado, pelo delito descrito do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, mantida a condenação ao cumprimento de 15 (quinze) dias de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime disposto no art. 330, do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que os pacientes fariam jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado, haja vista sua primariedade e a ausência de indícios que demonstrassem dedicação à atividade delituosa ou participação em organização criminosa.

Alega que, com a redução da pena, seria possível a modificação do regime inicial bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ante a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que vedavam a imposição de modo prisional diverso do fechado, e a permuta, para condenados pelo delito de tráfico de entorpecentes.

Requer a concessão da ordem para que seja deferida a minorante referente ao tráfico privilegiado, modificado o regime inicial e substituída da sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusiva por restritivas de direito.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.121 - MS (2014/0078551-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

Entretanto, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Da análise dos autos, verifica-se que os pacientes foram condenados à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 710 (setecentos e dez) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e 15 (quinze) dias de detenção, como incurso na sanção do art. 330 do Código Penal, porque:

"Os acusados foram denunciados porque - aos 17 de novembro de 2012, por volta das 17 h, na BR-267, km 734,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*cm Maracaju - transportavam no interior do veículo FIAT/Strada Adventure CD, placas F.PJ-8926, 20 (vinte) fardos de **maconha**, os quais **totalizaram 237,400 kg** (duzentos e trinta e sete quilos e quatrocentos gramas)." (e-STJ fl. 249)*

Irresignada, a defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de Apelação perante a Corte de origem, a qual desproveu o apelo de THOMAZ, acolheu parcialmente o de GEOVANE, e proveu o ministerial, para, reconhecendo a atenuante da confissão aos dois pacientes, reduzir a reprimenda do crime de tráfico para 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, e alterar o regime inicial para fechado, conforme pleito da acusação; mantida a condenação a 15 (quinze) dias de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime disposto no art. 330 do Código Penal.

No que se refere à incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, o Tribunal *a quo* deixou de aplicar o benefício, sob o seguinte fundamento:

"Em relação a GEOVANE e THOMAZ inviável o reconhecimento do tráfico privilegiado, pois se extrai dos autos que o mesmos integram organização criminosa." (e-STJ fls. 261).

Pela leitura do excerto supra, nota-se que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e **d) não integre organização criminosa.**

E, no caso dos autos, a Corte *a quo*, constatando que os pacientes integravam organização criminosa, deixou de aplicar o dito redutor, haja vista o não preenchimento dos requisitos legais

Desta forma, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, pois, entendendo que os pacientes não satisfaziam as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçaram a sua incidência *in casu*, e, para concluir-se de forma diversa, necessário o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CULPABILIDADE, MOTIVOS, E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CONSIDERAÇÃO DE ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA EM ARGUMENTOS GENÉRICOS. INIDONEIDADE DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. TEMA NÃO VENTILADO PERANTE A CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE SE INCORRER EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que as instâncias ordinárias concluíram que o Paciente integrava organização criminosa -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

5. "Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional" (STJ, HC 149.227/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011).

[...]

7. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, para mantida a condenação, reduzir a pena aplicada ao Paciente, nos termos explicitados no voto.

(HC 275.496/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

No que tange ao regime inicial, verifica-se que o Colegiado alterou para o modo mais gravoso, sob a seguinte fundamentação:

"No caso em apreço, além de serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais, foi apreendida grande quantidade de droga não podendo ser desprezado o potencial de ofensividade dos acusados.

Destarte, o pedido de recrudescimento do regime prisional deve ser acolhido, pois as referidas circunstâncias preponderantes desfavoráveis evidenciam que a concessão de regime mais brando seria insuficiente para a reprovação e prevenção do delito praticado." (e-STJ fl. 254).

Do excerto acima transcrito, observa-se que o Tribunal estadual alterou o regime inicial para o fechado com base na gravidade concreta do crime cometido, demonstrada, especialmente, pela quantidade do entorpecente apreendido - **237,400 (duzentos e trinta e sete quilos e quatrocentos gramas) de maconha** - fator suficiente a justificar a imposição do sistema carcerário mais severo.

Nesse diapasão, tem-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA IMPOSTA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA QUANTIDADE E NA VARIEDADE DA DROGA (34,4 KG DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MACONHA). POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. O regime inicial fechado foi devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida - 34,4 kg de maconha.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 602.217/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade da droga apreendida - quase 5 kg de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), a denotar o tráfico em larga escala, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 312.453/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)

Por fim, quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que a Corte *a quo*, em sede de apelação, não se pronunciou acerca do caso concreto, fator que torna inviável a apreciação do tema diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de incidir em indevida supressão de instâncias.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0078551-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 292.121 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003845720138120014 00021118520128120014 21118520128120014 3845720138120014

EM MESA

JULGADO: 19/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: GEOVANE GUEDES DE OLIVEIRA
PACIENTE	: THOMAZ FARIAS MONTANHA
CORRÉU	: TIARAJUN TURACA DOMICIANO

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 Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.