



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 337.486 - RS (2015/0245856-7)**

**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** : RAFAEL SANTOS DOS SANTOS

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. FRAÇÃO FIXADA EM 1/2. VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUBSTITUIÇÃO DEFERIDA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU E MANTIDA PELO TRIBUNAL A *QUO*. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. *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 alegada falta de provas de que o paciente teria praticado o delito de drogas demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na variedade de drogas apreendidas (crack, maconha e cocaína).

- Por fim, em relação ao pleito de substituição da pena, verifica-se que a Corte de origem manteve a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos arbitrada pelo Juízo de primeira



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instância. Dessa forma, não há interesse de agir, bem como constrangimento ilegal a ser sanado.

- *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, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 337.486 - RS (2015/0245856-7)**

**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** : RAFAEL SANTOS DOS SANTOS

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

**(Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de RAFAEL SANTOS DOS SANTOS, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 70065141145).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos.

Interposta apelação por ambas as partes, o reclamo defensivo não foi conhecido por intempestividade e o do *Parquet* foi provido para aumentar a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pelo delito de tráfico de drogas, bem como para condenar pela prática do crime do art. 244-B da Lei n. 8.069/1990, totalizando a pena final em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, mantidos os demais termos da condenação, nos seguintes termos (e-STJ fls. 280/300):

*APELAÇÕES CRIMES. TRÁFICO DE DROGAS. CORRUPÇÃO DE MENORES.*

*1. Intempestividade recursal. Ainda que observada a prerrogativa dos prazos em dobro atribuída à Defensoria Pública, não se conhece de apelação interposta fora do prazo legal.*

*2. Corrupção de menores. O crime de corrupção de menores é crime formal, prescindindo, pois, de resultado naturalístico. Logo,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*desnecessária é a efetiva comprovação de que o acusado tenha corrompido o menor, bastando para a incidência da norma penal incriminadora que a prática delitiva tenha sido praticada na companhia daquele.*

*APELAÇÃO DEFENSIVA NÃO CONHECIDA, UNÂNIME.*

*APELO MINISTERIAL PROVIDO, POR MAIORIA.*

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista que : a) manteve a condenação pelo crime de tráfico de drogas, embora ausente prova de traficância; b) reduziu a fração de redução pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sem motivação idônea; e c) deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, embora cabível.

Dessa forma, requer na liminar e no mérito, a absolvição do paciente ou a desclassificação para o art. 28 da Lei de Drogas. Subsidiariamente, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 310/312.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 342/349, pelo não conhecimento do *writ*:

*Habeas corpus substitutivo de re- curso próprio. Descabimento. Tráfico de drogas e corrupção de menores. Pleito de absolvição ou desclassificação da conduta. Alegação de fragilidade das provas. Necessidade de dilação probatória, incompatível com a via eleita. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 aplicada em fração inferior à máxima. Possibilidade, diante da natureza e variedade dos entorpecentes. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Substituição mantida pela Corte de origem. Ausência de interesse de agir. Parecer pelo não conhecimento do writ.*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.486 - RS (2015/0245856-7)

### 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 alinham-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,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).*

*II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a 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 condenação do paciente pelo delito de tráfico de drogas, não obstante a ausência de provas, na aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 1/2 e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De início, destaque-se que, quanto à alegada falta de provas para condenar o paciente pelo delito de tráfico de drogas, bem como no que tange à aventada possibilidade de desclassificação da sua conduta para a infração prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, é imperioso consignar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido no curso da instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade do crime de tráfico.

Assim, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido pela defesa, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTES LEONILDO E GILBERTO. REINCIDENTES. PACIENTE WAGNER. CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA. PACIENTE QUE EXERCIA A SEGURANÇA ARMADA NO LOCAL DO TRÁFICO. NÃO CONHECIMENTO.*

*1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ*

*2. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.*

*(...)*

*5. Habeas corpus não conhecido. (HC 330.074/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 22/10/2015)*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange à aplicação da redutora do § 4º da Lei de Drogas, verifica-se que o Tribunal local, ao analisar o recurso ministerial, entendeu que o paciente tinha direito à benesse, contudo, na fração intermediária de 1/2, consignando que (fl. 292):

*No ponto, também razão assiste à acusação, uma vez que a redução na fração máxima pela incidência; do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não se coaduna com a realidade dos autos. Afinal, foram apreendidas drogas de naturezas diversas - crack, maconha e cocaína cujo poder viciante de uma delas (crack) é muito mais gravoso.*

Observa-se pela leitura dos excertos supra, que o acórdão recorrido fixou a causa especial de diminuição da pena no patamar de 1/2 tendo em vista a natureza e a variedade das drogas apreendidas - crack, maconha e cocaína.

Sobre a possibilidade de a variedade e a natureza da droga embasar o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco os seguintes precedentes:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.**

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e variedade das drogas apreendidas - cerca de 34 supositórios plásticos contendo cocaína, com peso de 18,52g, 35 supositórios contendo crack, com peso de 8,43g e 67 trouxinhas de maconha, com peso de 55g - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

(...)

4. Writ não conhecido. (HC 328.921/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 17/09/2015).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.*

*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, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*

*2. Justificado o quantum de redução pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da natureza e da diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório" (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).*

*3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da natureza da droga apreendida (20g de crack), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.*

*(...)*

*7. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.782/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 21/09/2015).*

Assim, não vislumbro constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a diminuição da pena no percentual de 1/2, em prestígio à discricionariedade do julgador, que fundamentou a escolha desse percentual, ao sopesar a natureza e variedade das substâncias apreendidas.

Por fim, em relação ao pleito de substituição da pena, verifica-se que a Corte de origem manteve a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos arbitrada pelo Juízo de primeira instância (e- STJ fl. 292):

*Presente o concurso material, a pena de Rafael Santos dos Santos totaliza três anos e seis meses de reclusão e 250 dias-multa, à razão unitária mínima legal, mantidos o regime aberto e a substituição operada em sentença.*

Dessa forma, não há interesse de agir, bem como constrangimento ilegal a ser sanado.

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: 2015/0245856-7

**HC 337.486 / RS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02277028420148210001 121400472197 2277028420148210001 70065141145

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **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   | : RAFAEL SANTOS DOS SANTOS                           |

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