



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 311.094 - MS (2014/0324487-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**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** : EVERTON SOARES

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. *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 deste Superior Tribunal 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 a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente dedica-se à atividade criminosa.

– Caso em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, com base na quantidade da droga apreendida (300 gramas de cocaína), na manutenção de um ponto de venda em sua residência e nas circunstâncias em que o delito ocorreu, as quais indicam que o paciente dedica-se a atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

– *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, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 311.094 - MS (2014/0324487-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**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** : EVERTON SOARES

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EVERTON SOARES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos da Apelação n. 0001020-31.2012.8.12.0055.

Narra a inicial que o paciente foi condenado pela prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena corporal de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 144/147).

Irresignada, a defesa interpôs recurso perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao apelo, conforme ementa a seguir transcrita (fl. 209):

*APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO PRIVILÉGIO - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - RECURSO DESPROVIDO.*

*Deixa-se de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, se demonstrado nos autos que o agente se dedicava às atividades criminosas, já que mantinha um ponto de venda de drogas em sua residência.*

No presente *writ*, a impetrante alega ser aplicável a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, afirmando estarem presentes todos os requisitos elencados pela referida lei.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em favor do ora paciente.

Pedido liminar indeferido (fls. 218/219).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (fls. 226/230).

É o relatório



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 311.094 - MS (2014/0324487-0)**

### **VOTO**

**O EXMO. SENHOR 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, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª 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 reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

No caso, o sentenciante fixou a pena-base do ora paciente no mínimo legal de 5 anos de reclusão. Na segunda fase, mesmo presente a atenuante da confissão, a pena permaneceu inalterada, ante o óbice da Súmula n. 231/STJ. Por fim, não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, com base na seguinte fundamentação (fl. 146):

*Deixo de diminuir a pena na forma do §4º, do artigo 33, da Lei 11.343-06, porquanto tal benesse só deve ser reconhecida na*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*traficância de menor escala, com mínima ofensividade à sociedade, não sendo o caso dos autos, pois a quantidade de pasta-base de cocaína apreendida (trezentos gramas) após passar pelo refino renderia uma quantidade bem maior para a sua disseminação no seio da sociedade.*

Ao julgar o apelo interposto pela defesa, o Tribunal de origem manteve íntegra a condenação. Na ocasião, o não reconhecimento do tráfico privilegiado deu-se nos seguintes moldes (fl. 210):

*Verifica-se que o apelante é primário, não registra antecedentes, contudo, se dedicava às atividades criminosas, pois mantinha em sua residência um ponto de venda de drogas, local em que foi apreendida quantidade considerável de droga (300 gramas de cocaína, que, segundo a denúncia, renderia cerca de 2.000 papелotes), além de vários telefones celulares e dinheiro trocado no valor de R\$ 110,00 (cento e dez reais), demonstrando que vendia entorpecentes com habitualidade, não preenchendo, desta feita, os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.*

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedica-se à atividade criminosa, ante a considerável quantidade da droga apreendida (300 gramas de cocaína) aliada às circunstâncias em que o delito ocorreu, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Sobre a possibilidade de a quantidade da droga apreendida embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, destaco:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 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**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.*

*2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.*

*(...)*

*2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NÃO APLICADA (§ 4º). QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTO INIDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*(...)*

*- A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e variedade de droga apreendida. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus.*

*(...)*

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando. (HC 242.216/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador convocado do TJ/SP – Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 12/11/2015) – (grifei).*

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, o Tribunal revisor concluiu que o paciente dedica-se à atividade criminosa, afastando a figura do tráfico privilegiado, de modo que modificar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.*

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

*2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.*

*3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.*

*4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.*

*5. Ordem não conhecida. (HC 316.802/SP, Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015) – (grifei).*

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por este Superior Tribunal de Justiça, **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: 2014/0324487-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 311094 / MS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010203120128120055 10203120128120055

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

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   | : EVERTON SOARES                                      |

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, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.