



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.222 - MS (2015/0169863-9)

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 : AILTON FAGUNDES MARQUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM O NÃO RECONHECIMENTO. REPRIMENDA MANTIDA. PEDIDO SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL PREJUDICADO. PLEITO DE READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO NÃO APRECIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. *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.

– Caso em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, com base na quantidade e variedade da droga apreendida (*mais de 150 gramas de maconha e 14 gramas de cocaína*) e das 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*.

– Mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

– A matéria relativa ao regime de cumprimento de pena não pode ser apreciada, sob pena de indevida supressão de instância, pois não enfrentada pelo Tribunal de origem.

– *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, 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 330.222 - MS (2015/0169863-9)

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 : AILTON FAGUNDES MARQUES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de AILTON FAGUNDES MARQUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, nos autos da Apelação n. 0040056-77.2014.12.0001.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, por infração ao art. 33, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, à pena corporal de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 185/218).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. O apelo foi parcialmente provido, apenas para suspender a exigibilidade do pagamento das custas processuais pelo prazo de cinco anos (fls. 322/333).

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, que o paciente preenche os requisitos para aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, para a fixação de regime diverso do fechado e para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante disso, requer a aplicação da redutora da pena em seu patamar máximo, a concessão do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não houve pedido liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 345/397.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (fls. 402/404).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.222 - MS (2015/0169863-9)

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, 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, a fixação de regime prisional menos gravoso e a aplicação do art. 44 do Código Penal.

No caso, o sentenciante fixou a pena-base do ora paciente em 6 anos de reclusão. Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade, reduziu-se a pena para 5 anos de reclusão. Por fim, ante a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, aumentou-se a pena em 1/6, restando a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão (fls. 216/217).

Ao julgar o apelo interposto pela defesa, o Tribunal de origem manteve a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação e, apesar de reconhecer a atenuante da confissão, esta não modificou a pena, ante o óbice da Súmula n. 231/STJ. Na ocasião, o não reconhecimento do tráfico privilegiado deu-se nos seguintes moldes (fl. 332):

No que diz respeito à causa especial de diminuição do tráfico eventual, inviável a incidência no presente caso, pois conforme ressoa dos autos, a atividade ilícita era exercida mediante a manutenção de um ponto habitual de comercialização de drogas.

A apreensão de substâncias de naturezas diversas, de numerário ocultado entre tijolos e presença de usuários no local que sequer se intimidavam com a presença da polícia, bem dão a dimensão da prática delitiva desenvolvida.

É certo, portanto, que se trata de agente dedicado a atividades criminosas, que vinha fazendo da venda de drogas seu meio de subsistência, em cenário que não se coaduna com a figura do traficante de primeira viagem.

Ante o não preenchimento dos requisitos previstos no par. 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, inaplicável a incidência da redutora em questão.

Pela leitura do excerto acima transcrito, 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 variedade e a quantidade das drogas apreendidas (*mais de 150 gramas de maconha e 14 gramas de cocaína*) aliadas 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 e a variedade da droga apreendida embasarem 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, o que afasta 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).

Assim, mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Do mesmo modo, fica prejudicado o pedido de readequação do regime de cumprimento da pena, pois não houve a almejada redução da pena decorrente da aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.434/2006.

Ademais, compulsando os autos, verifica-se que a matéria referente ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional sequer fora impugnada perante o Tribunal de origem, nos autos da Apelação n. 0001884-32.2012.8.26.0588, objeto do presente *habeas corpus*, razão pela qual fica esta Corte impossibilitada de proceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância.

Nessa linha:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GRAVIDADE CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

(...)

2. A questão do regime inicial não foi apreciada pelo acórdão impugnado, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC 323.987/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 30/06/2015) - 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: 2015/0169863-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 330222 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00400567720148120001 400567720148120001 4412014

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	: AILTON FAGUNDES MARQUES (PRESO)

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.