



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.373 - ES (2010/0123420-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO DUARTE DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ANTECEDENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A pena-base do paciente foi devidamente exacerbada em 1 (um) ano acima do mínimo legal, em razão da existência de condenação anterior com trânsito em julgado.

– A causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 aplica-se apenas ao agente que *seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*, o que não é o caso dos autos, pois o paciente possui antecedentes.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de setembro de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.373 - ES (2010/0123420-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : GUSTAVO DUARTE DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de GUSTAVO DUARTE DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa. O aresto ficou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - ART. 33 DA LEI 11.343/06 - CONDENAÇÃO - RECURSO DA DEFESA - 1) ABSOLVIÇÃO: IMPOSSIBILIDADE - 2) DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06: IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DA DEFESA: ABSOLVIÇÃO: IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENALIDADE - 3) APLICAÇÃO DA MINORANTE ESPECIAL PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: IMPOSSIBILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1) Irrelevante, não ter sido o Apelante apanhado no exato momento de fornecimento mercantil da droga a terceiro, mesmo porque, a jurisprudência predominante nos nossos Tribunais é no sentido de que para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes não é, necessariamente, exigível a prática de atos de comércio, sobretudo porque o delito, por sua própria natureza, é cometido ha clandestinidade, bastando os veementes indícios existentes nos autos para tornar-se inadmissível a postulada absolvição.

2) A simples alegação isolada de que o Apelante seja usuário de substância entorpecente não basta para reconhecimento do delito de porte de droga para uso próprio, sendo impreterível a demonstração cabal de que o produto era exclusivo para uso próprio.

3) Para o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da lei 11.343/06, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessários, quais sejam: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa.
Recurso a que se nega provimento (fl. 31).

O impetrante sustenta, em síntese, que a pena-base foi aumentada em razão de antecedente criminal, contudo, não se comprovou a existência de condenação anterior com trânsito em julgado. Alega, também, que processos em andamento não servem para afastar a incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Requer, assim, a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da referida causa de diminuição de pena.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 132/135).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.373 - ES (2010/0123420-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

No caso, o writ não merece ser conhecido porque é substitutivo de recurso especial e não há flagrante constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

O juiz sentenciante registrou que o paciente foi condenado por roubo em 5/6/2007 (Processo 024.05.019227-7), com trânsito em julgado em 17/12/2007, mesma data do cometimento do crime em análise. O impetrante não trouxe qualquer documento que comprove o contrário. Ademais, em consulta ao site do Tribunal a quo, constata-se que as afirmações do magistrado de primeiro grau são procedentes.

Cumpra anotar, nesse ponto, que *condenações relativas a fatos anteriores ao crime em julgamento poderão ser utilizadas para majorar a pena-base, bastando que na data da prolação da sentença já tenha ocorrido o trânsito em julgado da condenação* (AgRg no AREsp 243.109/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 17/06/2014).

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da sentença:

Registro que o co-réu GUSTAVO foi preso no dia 26.07.2008, no mesmo local do fato noticiado nestes autos, sendo autuado em flagrante delito e denunciado perante esta Vara com incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, nos autos da ação penal nº 024.08.026893-1.

Consta em face do co-réu GUSTAVO o procedimento especial por ato infracional análogo aos artigos 12 e 14, da Lei 6.368/76, perante a Vara da Infância e da Juventude de Vitória, tombado sob o nº 024.07.065848-9.

De outro lado, o co-réu GUSTAVO foi preso pela prática de roubo e na ocasião se identificou como sendo MARCELO DUARTE ARAÚJO, tendo respondido processo perante a 2ª Vara Criminal de Vitória, nos autos da ação penal nº 024.05.019227-7, na qual sofreu condenação de 03 (três) anos e 07 (sete) meses de reclusão, por sentença de 05.06.2007, transitada em julgado em 17.12.2007.

(...)

Quanto ao co-réu GUSTAVO DUARTE DA SILVA: culpabilidade e reprovabilidade próprias do crime de tráfico, repugnado pela sociedade; antecedentes maculados; conduta social não esclarecida; não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da personalidade; a motivação do crime é injustificável; as circunstâncias não favorecem; as consequências do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilícito são próprias do tipo penal; a vítima, sendo a sociedade, em nada contribuiu para o crime; e a condição econômica do réu não é boa.

Atento a tais circunstâncias judiciais, bem como considerando a natureza e a quantidade da droga, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e em 500 (quinhentos) dias-multa; militando em prol do réu a atenuante da idade, reduzo da pena privativa de liberdade 03 (três) meses.

Não há agravante; não vislumbro a possibilidade de aplicar a causa de diminuição de pena prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06⁵, em razão dos maus antecedentes, circunstância impeditiva do benefício. Não há causa de aumento de pena (fls. 27/28).

Por outro lado, a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 aplica-se apenas ao agente que seja *primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*, o que não é o caso dos autos, pois o paciente possui antecedentes. Além disso, conforme consignado na sentença, o paciente foi preso novamente por tráfico, após a prática do delito em questão, no mesmo local dos fatos, indicando que ele se dedica a atividades criminosas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, na medida em que, conforme consignado pelo Colegiado estadual, de forma devidamente fundamentada, o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final do paciente alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção.

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 276.666/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0123420-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 178.373 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 24070658489 59122008

EM MESA

JULGADO: 04/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: GUSTAVO DUARTE DA SILVA
CORRÉU	: LUCIANO DINIZ DE 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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.