AgRg no HABEAS CORPUS Nº 855097 - SP (2023/0337312-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	MARCOS VINICIUS ZACARIAS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO	:	GUSTAVO CARRETERO NUNES - SP472936
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ART. 33, § 4º DA LEI ANTIDROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu de habeas corpus, impetrado como substitutivo de recurso próprio, em que se pleiteava a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, afastada pelo Tribunal de origem com base em indícios de dedicação à atividade criminosa.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é cabível o habeas corpus como substitutivo de recurso próprio; (ii) verificar se a existência de indícios de dedicação ao tráfico de drogas afasta a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou a orientação de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio ou de revisão criminal, salvo em situações de flagrante ilegalidade que configurem constrangimento ilegal.

4. O afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi devidamente fundamentado pela instância inferior, com base em indícios claros de dedicação à atividade criminosa, como a apreensão de balanças de precisão, anotações típicas do tráfico e a utilização de veículo para o transporte de entorpecentes, sendo inviável a

Documento eletrônico VDA43828150 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 08/10/2024 19:19:03
Código de Controle do Documento: f4e74a17-9b15-41fa-9a23-3dd8da7a036f

sua aplicação.
5. A revisão desses elementos demandaria reexame de provas, o que não é possível em sede de habeas corpus.
IV. DISPOSITIVO E TESE
6. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 07 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA43828150 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 08/10/2024 19:19:03
Código de Controle do Documento: f4e74a17-9b15-41fa-9a23-3dd8da7a036f

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 855097 - SP (2023/0337312-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	MARCOS VINICIUS ZACARIAS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO	:	GUSTAVO CARRETERO NUNES - SP472936
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ART. 33, § 4º DA LEI ANTIDROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu de habeas corpus, impetrado como substitutivo de recurso próprio, em que se pleiteava a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, afastada pelo Tribunal de origem com base em indícios de dedicação à atividade criminosa.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é cabível o habeas corpus como substitutivo de recurso próprio; (ii) verificar se a existência de indícios de dedicação ao tráfico de drogas afasta a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou a orientação de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio ou de revisão criminal, salvo em situações de flagrante ilegalidade que configurem constrangimento ilegal.

4. O afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi devidamente fundamentado pela instância inferior, com base em indícios claros de dedicação à atividade criminosa, como a apreensão de balanças de precisão, anotações típicas do tráfico e a utilização

Documento eletrônico VDA43650445 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 27/09/2024 12:15:41
Código de Controle do Documento: e191cc7d-8b3d-407d-bde3-91dd4f8119bc

de veículo para o transporte de entorpecentes, sendo inviável a sua aplicação.

5. A revisão desses elementos demandaria reexame de provas, o que não é possível em sede de habeas corpus.

IV. DISPOSITIVO E TESE

6. Recurso desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de MARCOS VINICIUS ZACARIAS SANTOS em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Revisão Criminal 2167234-70.2023.8.26.0000).

O paciente foi condenado à pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 1.332 dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei 11.343/2006.

A revisão criminal proposta foi parcialmente provida "para absolver Marcos Vinicius Zacarias Santos da conduta tipificada no art. 35 da Lei 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, mantida, no mais, a r. sentença rescindenda". A pena, então, ficou fixada em 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 555 dias-multa.

A defesa alega: a) "não há um elemento de prova a afirmar que o paciente integra organização criminosa"; b) "o paciente não possui nenhum débito com a Justiça, ou ainda, para fins de argumentação, é primário"; c) "nos autos apenas constam uma variedade de drogas, que por si, não são critérios para formação de convicção de habitualidade na traficância, somando é réu primário"; e d) "o privilégio é de rigor, e garante o direito do paciente, tendo em vista o primeiro contato com ocorrência dessa natureza".

Requer, liminar para que seja posto em liberdade e, definitivamente, deferimento da ordem para aplicar o "art. 33, § 4º, da Lei de 11.343".

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal promoveu a denegação da ordem.

A parte impetrante interpõe de agravo regimental contra decisão que não conheceu do "habeas corpus". Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento de seu recurso.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, requerendo o não conhecimento ou o desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de

Documento eletrônico VDA43650445 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 27/09/2024 12:15:41
Código de Controle do Documento: e191cc7d-8b3d-407d-bde3-91dd4f8119bc

não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

> *"O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*
>
> *(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).*

> *"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*
>
> *(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

> *"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o " habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*
>
> *(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).*

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

Documento eletrônico VDA43650445 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 27/09/2024 12:15:41
Código de Controle do Documento: e191cc7d-8b3d-407d-bde3-91dd4f8119bc

Analisando-se o conteúdo da documentação colacionada aos autos, não se verifica de plano qualquer violação ao ordenamento jurídico ou flagrante constrangimento ilegal, que implique ameaça de violência ou coação na liberdade de locomoção do paciente, nos termos da Lei nº 14.836, de 8/4/2024, publicada no Diário Oficial da União de 9/4/2024.

A análise dos autos indica que o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 baseou-se na existência de indícios que denotam dedicação à atividade criminosa (*balanças de precisão, anotações típicas do tráfico de drogas e a utilização de um veículo para o transporte dos entorpecentes)*, elementos que, por si, são capazes de afastar a aplicação da benesse, conforme entendimento deste STJ:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS E IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLU SÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos:*
> *a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.*
> *2. Hipótese em que a Corte local afastou o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, os quais indicam que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Afinal, há prova testemunhal no sentido da traficância continuada, as apreensões decorreram de mandado de busca e apreensão e foi efetivamente apreendida expressiva quantidade de drogas variadas, além de caderno com anotações de nomes e valores, balança de precisão e outros outros petrechos para a preparação e embalagem dos entorpecentes, o que também denota a dedicação habitual do paciente à traficância. Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes.*
> *3. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 motivado pela dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, dentre elas a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos. Precedentes.*
> *4. Agravo regimental não provido.*
>
> *(AgRg no HC 845250 / MG, RELATOR Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 25/09/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 27/09/2023)*

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afastou a incidência da*

Documento eletrônico VDA43650445 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 27/09/2024 12:15:41
Código de Controle do Documento: e191cc7d-8b3d-407d-bde3-91dd4f8119bc

minorante do tráfico privilegiado, porquanto os elementos concretos do caso conduziram à conclusão de que o agravante dedicava-se à atividade criminosa, em razão da elevada quantidade e variedade de drogas encontradas na posse do acusado, forma de acondicionamento e local de apreensão dos entorpecentes ("boca de fumo"), bem ainda, apreensão de petrechos para comercialização das substâncias ilícitas e cadernos de anotações a respeito.
2. Esse entendimento está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que elementos tais quais petrechos e anotações típicos de tráfico, balança de precisão, ponto habitual de venda, forma de acondicionamento da droga, entre outros, somados à quantidade e à variedade de entorpecentes, são idôneos para afastar a benesse do tráfico privilegiado, pois indicam a dedicação do acusado a atividades ilícitas. Precedentes.
3. A modificação deste entendimento demandaria necessariamente revolvimento fático-probatório, vedado pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.
4 . Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 2181966 / MS, RELATOR Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 07/03/2023, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 10/03/2023)

Alterar o quadro formado no Tribunal de origem demanda inviável dilação probatória no "writ".

Ante o exposto, **nego provimento** do agravo regimental.

É o voto.

Documento eletrônico VDA43650445 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 27/09/2024 12:15:41
Código de Controle do Documento: e191cc7d-8b3d-407d-bde3-91dd4f8119bc

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

AgRg no HC 855.097 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0337312-4

Número de Origem:
15006263520228260628 21672347020238260000

Sessão Virtual de 01/10/2024 a 07/10/2024

Relator do AgRg

Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: GUSTAVO CARRETERO NUNES
ADVOGADO	: GUSTAVO CARRETERO NUNES - SP472936
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCOS VINICIUS ZACARIAS SANTOS (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: MARCOS VINICIUS ZACARIAS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO	: GUSTAVO CARRETERO NUNES - SP472936
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

Documento eletrônico VDA43815186 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 08/10/2024 09:39:06
Código de Controle do Documento: 6aafb8af-4870-4c10-88e2-8067fc669c13

"A QUINTA TURMA, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 07 de outubro de 2024

Documento eletrônico VDA43815186 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 08/10/2024 09:39:06
Código de Controle do Documento: 6aafb8af-4870-4c10-88e2-8067fc669c13