

**HABEAS CORPUS Nº 517.620 - RJ (2019/0182543-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**ADVOGADOS** : RONALDO ORLOWSKI - RJ087506  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : MARCEDAN MIROZOVITE DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de **MARCEDAN MIROZOVITE DA SILVA**, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c.c. art. 40, inciso IV, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 55-59, com a seguinte ementa:

*"APELAÇÃO DEFENSIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO NO CRIME DEFINIDO NO ART. 33, CC ART. 40, IV, DA LEI 11.343/06, À PENA DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 583 DIAS-MULTA. Materialidade e autoria que restaram comprovadas. Absolvição refutada. Desclassificação para o art. 28 da mesma lei que não encontra respaldo nos autos. Tráfico privilegiado não verificado. Substituição de pena ou sursis descabidos. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."*

No presente **writ**, o impetrante sustenta a nulidade do feito, em razão da aventada prova ilícita, *"decorrente da violação de domicílio sem mandado de busca e apreensão e em situação que não caracteriza flagrante."*

Outrossim, aduz que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas e a quantidade de drogas apreendida é ínfima.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para anular as provas obtidas no domicílio do paciente, bem como a aplicação do privilégio previsto no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, com a readequação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direito (fls. 3-11).

As informações foram prestadas às fls. 64-68.

O Ministério Público Federal, às fls. 70, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.

**Decido.**

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta a nulidade do feito, em razão da aventada prova ilícita, *"decorrente da violação de domicílio sem mandado de busca e apreensão e em situação que não caracteriza flagrante."*

**Ab initio**, insta consignar que a sobredita insurgência não foi objeto de apreciação pela Corte local, na medida em que **sequer foi arguida originariamente**. Assim, considerando que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre referido tema, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Perfilhando esse entendimento, trago os seguintes julgados desta Corte Superior:

**"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. CRIMES CONTRA A HONRA. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. SUFICIÊNCIA.**

**INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 392, INCISO II, E 370 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.**

**1. É inviável o conhecimento do habeas corpus, uma vez que a defesa se insurge contra decisão singular de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, contra a qual seria cabível agravo regimental, que não foi interposto. Precedentes do STJ e do STF.**

**[...]**

**1. É inviável analisar se a sentença condenatória teria ou não desrespeitado a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em recurso submetido ao regime de repercussão geral, uma vez que tal questão não foi alvo de deliberação pela Corte de origem, o que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.**

**2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 419.345/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 15/02/2018).**

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR DO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO. NÃO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ANTECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

**1. A provocação recursal da jurisdição de Corte Superior exige o prévio exaurimento da instância antecedente, de modo que correta foi a decisão que indeferiu liminarmente o recurso ordinário em habeas corpus que atacava decisão monocrática que extinguiu o writ de origem.**

**2. Caberia à defesa a interposição de agravo regimental, de modo a submeter a decisão singular à apreciação pelo órgão colegiado competente e não inaugurar, per saltum, a**

**via recursal no Tribunal Superior.**

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no RHC 60.261/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 03/08/2015).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESCRÉDITO NO SERVIÇO REGISTRÁRIO MAIOR DO QUE A LESÃO INERENTE AO FALSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440 E 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] 2. O capítulo da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não foi devolvido para o Tribunal a quo, nem por ele apreciado. Como não há decisão de órgão colegiado, é inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido." (HC 339.352/SC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 28/08/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 8 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, COMO INCURSO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DEFENSOR DATIVO INTIMADO PESSOALMENTE, VIA CARTA DE ORDEM. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. TEMA NÃO APRECIADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO EM PETIÇÃO DE RECONSIDERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM LASTRO APENAS NA HEDIONDEZ DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA N. 440 DO STJ E ÀS SÚMULAS N. 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

*- A matéria relativa à nulidade da intimação da sentença absolutória não foi submetida à apreciação do Tribunal a quo, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, a defesa inovou o pedido inicial, quando da juntada da petição de reconsideração, alegando tema não suscitado na peça da impetração, procedimento não admitido por este Tribunal Superior. Precedentes.*

*[...]*

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente." (HC 309.477/GO, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 24/08/2017).*

Em relação ao tráfico privilegiado, o parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

*"Tráfico privilegiado que não emerge da prova dos autos, tendo em vista que mantinha em sua posse até arma de fogo municada, o que não condiz com a figura de um traficante ocasional."*

Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado**, lastreada no fato de que o paciente *"mantinha em sua posse até arma de fogo municada, o que não condiz com a figura de um traficante ocasional"*,

elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Sobre o tema, colaciono o seguinte aresto:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NA PRESENTE VIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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.*

*- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.*

*- Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a atividade da paciente não se esgotou no ato em que foi flagrada, destacando que, apesar da apreensão de pequena quantidade de droga, a própria acusada confessou a dedicação ao tráfico há cerca de dois meses e o policial que*

*participou do flagrante declarou que existem várias denúncias dando conta do envolvimento da ora paciente no comércio ilícito na localidade.*

*- Logo, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, ao não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.*

*- Habeas corpus não conhecido." (HC 401.704/ES, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/08/2017).*

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

P. e I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator