



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 485.715 - SP (2018/0342034-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : LUIZ CARLOS MAZZETTI (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO INCISO III DO ART. 40 DA LEI N. 11.343/06 E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

I - Na **hipótese**, verifica-se que o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), em razão não somente pela quantidade e diversidade de drogas apreendidas, mas também das circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes, além de constatarem que não se tratava de traficante ocasional. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

II - Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer **incidir a causa especial de diminuição ou mesmo afastar a majorante pleiteada**, como reclama a impetrante, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

III - O inicial fechado foi determinado com base na gravidade concreta da conduta, ou seja, variedade e natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack), além do envolvimento de adolescentes e por ter sido praticado nas proximidades de estabelecimento de ensino, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

IV - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o **quantum** da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de março de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 485.715 - SP (2018/0342034-0)

AGRAVANTE : LUIZ CARLOS MAZZETTI (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por LUIZ CARLOS MAZZETTI, contra decisão monocrática por mim proferida (fls. 104-107), que **não conheceu da ordem de habeas corpus**.

Nas razões recursais, o agravante renova os pedidos contidos na inicial para que seja afastada a causa de aumento contida no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06, bem como aplicada a causa especial de diminuição contida no § 4º do art. 33 do mesmo dispositivo, com consequente redução da pena, fixação do regime menos gravoso e substituição da pena corporal por restritiva de direitos, e pugna pela reconsideração da decisão ou para que o Colegiado da Quinta Turma conceda **habeas corpus** de ofício ao agravante.

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 485.715 - SP (2018/0342034-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : LUIZ CARLOS MAZZETTI (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO INCISO III DO ART. 40 DA LEI N. 11.343/06 E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

I - Na **hipótese**, verifica-se que o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráficação), em razão não somente pela quantidade e diversidade de drogas apreendidas, mas também das circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes, além de constatarem que não se tratava de traficante ocasional. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

II - Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer **incidir a causa especial de diminuição ou mesmo afastar a majorante pleiteada**, como reclama a impetrante, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

III - O inicial fechado foi determinado com base na gravidade concreta da conduta, ou seja, variedade e natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack), além do envolvimento de adolescentes e por ter sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticado nas proximidades de estabelecimento de ensino, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

IV - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o **quantum** da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

Inicialmente, trago à colação os fundamentos do **decisum** agravado:

*"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**.*

***Inicialmente**, como informado pela d. autoridade coatora à fl. 71, está pendente de julgamento **Revisão Criminal, autuada com expediente preparatório sob nº 0034484-51.2017.8.26.0000**, em fase de remessa à Vara de origem para apensamento dos autos e envio à **Defensoria Pública** para oferecimento de razões, de modo que não é acertado se ter como definitivo o resultado do julgamento proferido nas instâncias ordinárias, tornando qualquer provimento deste Superior Tribunal, em sede mandamental, **inequívoca supressão de instância**.*

Ilustrativamente:

'HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR CONTRIBUIÇÃO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 12, § 2º, III DA LEI 6.368/76. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM PELA CONDENAÇÃO, TAMBÉM, PELO TIPO DO ART. 14 DA ANTIGA LEI DE TÓXICOS. QUESTÃO PENDENTE DE APRECIACÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DE ABOLITIO CRIMINIS DO DELITO DE CONTRIBUIÇÃO PARA O TRÁFICO SUSCITADA POSTERIORMENTE À APRECIACÃO DO PEDIDO DE LIMINAR. QUESTÃO NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

[...]

2. Não apreciadas pelo Tribunal de origem as questões referentes à existência de *bis in idem* pela condenação pelos tipos previstos nos arts. 12, § 2º, III e 14 da Lei 6.368/76 ou a ocorrência de *abolitio criminis* pela nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), a análise desses temas por esta Corte implicaria indevida supressão de instância, já que incogitadas no TJRJ.

3. Parecer do MPF pelo não conhecimento do writ.

4. **Habeas Corpus** não conhecido' (HC 61.431/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJ 24/9/2007, p. 330).

'HABEAS CORPUS. MATÉRIA AINDA SUJEITA À APRECIAÇÃO NA CORTE ESTADUAL. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELO PACIENTE QUE SE ENCONTRAM PENDENTES DE JULGAMENTO.

1. Restando inconclusa a manifestação da Corte a quo sobre a matéria, onde o paciente pretende ver dominante a posição minoritária que lhe foi favorável, implicaria verdadeira supressão de instância a análise do writ nesta Corte Superior (precedentes);

2. **Writ** não conhecido (HC n. 45.149/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Hélio Quaglia Barbosa**, DJ de 21/11/2005, p. 310).

"HABEAS CORPUS. MATÉRIA DA IMPETRAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO NA CORTE ESTADUAL, EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CONHECIMENTO.

1. Em se cuidando de **habeas corpus** que tem por objeto matéria que também se constitui em questão ainda não decidida e proposta, em recurso próprio, perante a Corte Estadual, impõe-se a edição do juízo negativo de admissibilidade, pena de supressão de um dos graus da jurisdição.

2. **Habeas corpus** não conhecido' (HC 18.507/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJ 24/6/2002, p. 345).

'PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CAUSA AINDA PENDENTE DE JULGAMENTO (EMBARGOS INFRINGENTES). NÃO CONHECIMENTO.

1 – Manejados embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, decidira agravo em execução, e ainda pendente de julgamento na Corte de origem aquele recurso, onde se discute tese relativa à progressão de regime nos determinados crimes hediondos, não se conhece de **habeas corpus** impetrado com idêntica finalidade, sob pena de supressão de instância.

2 – Ordem não conhecida' (HC 16.127/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Fernando Gonçalves**, DJ 4/6/2001, p. 261).

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. P. e I" (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

105-107).

Todavia, verifica-se que o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), em razão não somente pela quantidade e diversidade de drogas apreendidas, mas também das circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes, além de constatarem que não se tratava de traficante ocasional. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Confira-se:

"A quantidade de entorpecente - 27 porções de maconha, com peso líquido de 44,79, 276 de cocaína em pó, com peso líquido de 88,3g, e 76 porções de cocaína na forma de crack, com peso líquido de 20,5g aponta, de si, para a intensa dedicação às práticas criminosas; soma-se a isso o fato de não demonstrar o réu que desempenhava atividade lícita. Tais circunstâncias, assim, obstam a incidência do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei no. 11.343/2006" (fls. 53-54, grifei).

Quanto do reconhecimento da majorante do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06, o Tribunal de origem consignou que:

"Respeitada a convicção da nobre Magistrada, encontra-se bem configurada a causa de aumento de pena do inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/06, de acordo com as provas coligidas depoimentos dos policiais militares e croqui de fls. 46/48 não restando dúvida a respeito de o comércio espúrio ter sido praticado nas proximidades de estabelecimentos de ensino.

Sobreleva notar que se pune mais gravemente o tráfico cometido nas imediações de estabelecimentos de ensino, prisionais, hospitalares, sedes de entidades culturais, sociais, recreativas ou esportivas, dentre outras enumeradas pela lei, tão somente em virtude do aumento do risco à saúde pública, bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

A lei não exige que a droga se destine diretamente aos freqüentadores dos referidos locais ou estabelecimentos. Trata-se de circunstância de perigo abstrato: nos termos do texto legal, basta a proximidade do local do tráfico em relação a locais onde se aglomeram pessoas para que se configure a causa de aumento de pena" (fls. 50-51, grifei).

Desse modo, faz-se necessário consignar que rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer **incidir a causa especial de diminuição** ou mesmo **afastar a majorante pleiteada**, como reclama a impetrante, demandaria, necessariamente, amplo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional).

[...]

6. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).

7. Não há bis in idem quando, não obstante tenha sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

[...]

9. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 23/2/2017, grifei).*

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

Na hipótese, constata-se que o inicial fechado foi determinado com base na gravidade concreta da conduta, ou seja, quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas (cocaína e crack), além do envolvimento de adolescentes e por ter sido praticado nas proximidades de estabelecimento de ensino, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06 (e-STJ fl. 57).

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o **quantum** da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto **nego provimento ao agravo regimental**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0342034-0

AgRg no
HC 485.715 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00724881220148260050 20160000035069 724881220148260050

EM MESA

JULGADO: 26/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ CARLOS MAZZETTI (PRESO)

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 : LUIZ CARLOS MAZZETTI (PRESO)
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.