



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 447.680 - SP (2018/0099304-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - SP202437
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS DE JESUS

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - 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

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na **quantidade de droga apreendida**, além do **efetivo envolvimento do paciente com o comércio do tráfico de drogas**, onde *“face às circunstâncias de sua prisão o acusado foi surpreendido em poder de porções de maconha e cocaína, em local conhecido como ponto de venda de drogas, levando a crer que vinha desenvolvendo a atividade ilícita e a ela se dedicando já por considerável tempo”*. Assim, o eg. Tribunal de origem se convenceu de que o paciente se **dedicava**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetivamente, às atividades criminosas de tráfico de entorpecente.

IV - Rever o entendimento para fazer incidir a causa especial de diminuição demanda, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

V - No que tange ao estabelecimento do regime inicial de **fechado**, verifica-se, no caso, que a **dedicação a atividade criminosa**, com base na **quantidade de entorpecente** foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Desse modo, sendo tal **circunstância desfavorável**, impede a fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar de ser o paciente primário.

VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

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

Brasília (DF), 26 de junho de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 447.680 - SP (2018/0099304-9)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - SP202437
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS DE JESUS

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual, em favor de VINICIUS DE JESUS, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0062713-94.2013.8.26.0506.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 1 (um) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos. O paciente foi, ainda, absolvido do delito previsto no ar. 35, da Lei de Drogas (fls. 25-34).

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ministerial para afastar a figura do tráfico privilegiado e redimensionar a pena do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, com incurso nas penas do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, em v. acórdão assim ementado:

"Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, 'caput', da Lei nº 11.343/06). Crime caracterizado, integralmente. Provas seguras de autoria e materialidade. Flagrante inquestionável. Acondicionamento, quantidade e variedade da droga que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Versão exculpatória inverossímil. Inexistência de fragilidade probatória. Acervo probatório constante dos autos. Responsabilização inevitável. Condenação necessária. Associação para o tráfico não caracterizada (art. 35 da Lei nº 11.343/06). Ausência de indícios acerca da existência de vínculo duradouro e estável entre os acusados. Absolvição mantida, quanto a este delito. Apenamento de um dos acusados redimensionado. Inaplicabilidade do art. 33, § 4º da Lei de Drogas. Regime inicial fechado único possível, para ambos os réus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Substituição da pena privativa de liberdade de um dos acusados por restritivas de direitos. Impossibilidade. Apelo ministerial parcialmente provido, improvido o da defesa" (fl. 36).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no afastamento da causa especial de diminuição de pena, descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/056 e o estabelecimento do regime inicial fechado.

Para tanto, sustenta, que "[...] tal fundamento é inidôneo para configurar suposta dedicação do embargante à atividade criminosa, considerando que tais características já são inerentes ao próprio fato delituoso e, assim, considerá-las também para configurar suposta a atividades criminosas, representa manifesto bis in idem e inviabilizaria a aplicação do referido artigo" (fl. 7).

Assevera, ainda, que "O montante de entorpecentes não está enquadrado como pressuposto da redução, no art. 33, § 4º. O legislador determinou sua utilização apenas na primeira fase de aplicação da pena, conforme exara o artigo 425 da sobredita lei. Logo, utilizá-lo no terceiro momento constitui violação ao método trifásico previsto no Código Penal, para aplicação da pena" (fl. 8).

Afirma, também, que "A lei traz os requisitos para aplicação do redutor. Uma vez preenchidos, passam a ser direito subjetivo do acusado. Como a lei não prevê a quantidade de drogas como requisito da redução, sua utilização para tanto viola o princípio da legalidade" (fl. 9).

Aduz, ademais, que "[...] o agente é primário, não possui maus antecedentes, teve a pena-base fixada no mínimo legal, não se dedica às atividades criminosas e nem integra organização criminosa de nenhuma espécie, restando, portanto, atendidos os pressupostos elencados no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, merecendo a redução máxima" (fl. 11).

Argumenta, além disso, que "Se essa quantidade bastasse para tanto, não haveria necessidade de a lei estabelecer um intervalo tão grande para a redução. Ainda, não é possível compreender que ela prevaleça diante da consideração positiva de todas as outras circunstâncias dispostas no art. 42 da Lei 11.343/06 e do art. 59 do CP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme já exposto" (fl. 13).

Menciona, ademais, que "O art. 33, §, 2º, c, do Código Penal, estabelece o regime aberto para o primário condenado a pena que não supera 04 anos, como ocorre no caso. Somente com base nos critérios previstos no art. 59 é possível impor outro regime, como reza o §3º do art. 33, todos do mesmo Codex" (fl. 14).

Assevera, por isso, que "[...] o órgão pleno do STF, ao julgar em 27/06/12 o HC 111.840 declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, em 27/06/2012. Ou seja, é cabível o regime inicial distinto do fechado para o delito em debate" (fl. 14).

Aduz, ainda, que "[...] a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, expõe que não é possível fixar um regime mais gravoso, quando a pena-base é fixada no mínimo legal, com base na gravidade abstrata do delito, como fez o juízo a quo" (fl. 15).

Argumenta, também, que "Com a aplicação do redutor da pena previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 para o delito de tráfico de drogas, todos os requisitos para a substituição da pena restarão preenchidos" (fl. 17).

Por isso, informa, que "A quantidade de pena imposta, aliada ao fato de o crime não comportar violência ou grave ameaça, bem como ser recomendável a medida, levam ao cabimento da pena restritiva de direitos. Ainda, preenche os demais requisitos subjetivos, uma vez que as circunstâncias judiciais fizeram com que a pena fosse estabelecida no mínimo legal" (fl. 17).

Por fim, afirma, que "[...] mormente nos casos em que o paciente permaneceu em liberdade durante o curso do processo, não registrando nenhum fato desabonador de sua conduta e que justifique o seu retorno aos malefícios do cárcere – por onde ficou apenas 05 meses –, não há que se falar em segregação cautelar ante a inexistência de situação de perigo que a justifique" (fl. 20).

Requer, assim, a concessão da ordem para seja aplicada "[...] a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11343/2006 em sua fração máxima e ainda se substituindo a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e fixando-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime aberto em caso de descumprimento da reprimenda substitutiva" (fl. 22).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 58-59.

Informações prestadas às fls. 66-67.

O Ministério Público Federal, às fls. 89-96, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, e caso conhecido, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADMISSÃO. DETURPAÇÃO DO SISTEMA RECURSAL CONSTITUCIONAL. PRETENSÕES DEFENSIVAS QUE, POR DEMANDAREM AMPLA INCURSÃO DE ORDEM FÁTICO-PROBATÓRIA, EXTRAPOLAM OS ESTREITOS LIMITES DA VIA ELEITA. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM A PRÁTICA HABITUAL DA TRAFICÂNCIA. ABRANDAMENTO DO REGIME FECHADO QUE TAMBÉM NÃO PODE SER ACOLHIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE RECOMENDAM UMA RESPOSTA ESTATAL MAIS SEVERA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENAS ALTERNATIVAS QUE FICA PREJUDICADA DIANTE DA MANUTENÇÃO DO QUANTUM SANCIONATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E, NO MÉRITO, PELA SUA DENEGAÇÃO" (fl. 89).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 447.680 - SP (2018/0099304-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - SP202437
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS DE JESUS

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.
DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE
DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.
11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A
ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA
AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO
PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS
ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA
FÁTICO-PROBATÓRIA. READEQUAÇÃO DO
REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE.
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
DESFAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS.
SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE
DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA
MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS.
HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “*dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).*

III - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na **quantidade de droga apreendida**, além do **efetivo envolvimento do paciente com o comércio do tráfico de drogas, onde "face às circunstâncias de sua prisão o acusado foi surpreendido em poder de porções de maconha e cocaína, em local conhecido como ponto de venda de drogas, levando a crer que vinha desenvolvendo a atividade ilícita e a ela se dedicando já por considerável tempo"**. Assim, o eg. Tribunal de origem se convenceu de que o paciente se **dedicava, efetivamente, às atividades criminosas de tráfico de entorpecente**.

IV - Rever o entendimento para fazer incidir a causa especial de diminuição demanda, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

V - No que tange ao estabelecimento do regime inicial de **fechado**, verifica-se, no caso, que a **dedicação a atividade criminosa**, com base na **quantidade de entorpecente** foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Desse modo, sendo tal **circunstância desfavorável**, impede a fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar de ser o paciente primário.

VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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.

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

Conforme relatado, busca-se na presente impetração o restabelecimento da causa especial de diminuição, contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo, com fixação de regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs o v. acórdão impugnado sobre o tema:

"E, quanto ao acusado Vinícius.

Pena-base fixada no mínimo legal (art. 42 da Lei nº 11.343/2006 e art. 59 do Código Penal).

Na segunda fase de aplicação da reprimenda, não houve, de forma acertada, redução de pena, em que pese a consideração da confissão espontânea de Vinícius, uma vez que da base e patamar mínimo a pena não pode descer, ainda que presente alguma circunstância atenuante de pena (Súmula nº 231 do C. Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”).

E, contrariamente à conclusão adotada pela d. origem, data venia, não há como aplicar-se aqui a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Isto porque, nada obstante tenha a novel legislação antidrogas (Lei nº 11.343 de 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), **não é o caso de aqui aplicá-la em favor do acusado**, porque meramente facultativa a situação (“...as penas poderão ser reduzidas...” g.do a.), **o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, muito mais aqui, evidentemente, face às circunstâncias de sua prisão o acusado foi surpreendido em poder de porções de maconha e cocaína, em local conhecido como ponto de venda de drogas, levando a crer que vinha desenvolvendo a atividade ilícita e a ela se dedicando já por considerável tempo.**

O que denota habitualidade constante e reiterada, a demonstrar que o réu não pode ser tratado igualmente a outros.

Aliás e da forma como se fez e alguns fazem, data venia, o apenamento fica mais leve do que anteriormente existia na legislação revogada, olvidando-se que a novel legislação veio em verdade recrudescer a situação dos traficantes.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, impossível a redução das penas ao acusado.

Assim, afastada a redução aplicada pela origem quanto ao acusado Vinícius, mantêm-se os patamares obtidos à fixação da pena-base, ou seja, 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa, no piso, patamares finais.

Finalmente, quanto ao regime, outro não poderia ser que não o fechado, para ambos os acusados.

Não obstante recentíssima decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, com declaração da inconstitucionalidade incidentalmente, do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não há como aplicar, in casu, regime inicial menos severo.

Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

E também se sabe, malgrado a edição da Súmula nº 719, pela Corte Máxima, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando devidamente justificado.

Exatamente como na espécie.

Afinal, os acusados foram surpreendidos em poder de considerável quantidade de entorpecentes de natureza nefasta: 'maconha' na verdade perigosa alienadora de massas que, sutilmente, acaba por se enraizar na sociedade, minando-a e, às vezes, transformando jovens de potencial pensante em debilitados de noções sociais, e que muitas vezes hasteiam bandeira de liberação, sem imaginar as funestas consequências e sem realizar que na esmagadora maioria dos casos esta erva é exatamente o caminho de abertura às outras drogas; e cocaína de implacável torpor violento e desmedido, alterador de razões, debilitante do corpo e de desestruturação mental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tudo a revelar, portanto e enfim, que o tráfico vem, com a falta de rigor na aplicação da Lei, tomando conta da sociedade, a incutir-se como ato corriqueiro e cotidiano, ocorrido aos olhos de todos, sem que o Estado nada faça para punir aqueles que transgridem em plena confiança de impunidade a ordem jurídica em que a legislação se sustenta.

Ora.

O Direito é, acima de tudo e simplesmente, um fenômeno social, dêz que a própria Justiça é um ideal humano.

Assim, as Leis e o ordenamento jurídico são frutos dos anseios de uma sociedade, que visam a proteger seus valores básicos através dos Poderes do Estado.

Destarte, se a Lei objetiva recrudescer a situação dada ao traficante, a impor-lhe pena grave, evidente que a atuação do Judiciário não pode perder este Norte.

O julgador, portanto, que é agente político, de evidente função social, aplicador da Lei, deve guinar a este sentido, data venia.

Daí que aqueles que infringem as normas penais, dão um passo transgressor, contrário e desrespeitoso ao seio social em que convivem, momento em que sujeitam-se, de forma consciente, à atuação do Estado, que deve ser, também, retributiva.

Com isso, não se pode jamais perder de vista que o tráfico de drogas trata-se de delito nefasto, que deturpa a sociedade, destrói seres humanos e lares, bem como ampara todo o mundo da criminalidade.

Daí que aqueles que se dispõem a disseminar entorpecentes, cujo vício é odiável e de difícil recuperação, a infligir transtornos não apenas ao próprio dependente, como também a todo seu seio familiar e social, contribuem para a destruição da própria sociedade.

Merecem, por isso, fixação de regime inicial compatível com as circunstâncias e consequências do delito por eles praticado.

Aqueles que são surpreendidos em circunstâncias tais como as descritas nos autos, não há como aplicar-se regime mais brando, sob pena de violação ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal), o que não se pode permitir.

Garante-se, ao caso concreto, tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

Daí porque o regime inicial fechado é mais do que aqui indicado.

E não há como prevalecer, sempre respeitosamente, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, concedida a Vinícius.

A uma porque diante do acolhimento do recurso ministerial que visava o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, surge óbice legal referente à quantidade de pena superior a 4 anos (art. 44, I, do Cód. Penal).

A duas porque, ainda que assim não fosse, evidente que a benesse, in casu, não ostenta caráter suficientemente retributivo (art. 44, III, do Código Penal).

Nem é bastante à reeducação do acusado.

Que, em verdade, verá a sua liberdade e branda pena como incentivo a que torne a propagar o tráfico por sua comunidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se pode perder de vista o fato de que o crime de tráfico é nefasto e causador de deturpação à sociedade conforme já longamente recorrido acima.

Daí, enfim, que aqueles que são surpreendidos, como aqui, em poder de nocivas drogas, não podem ser apenados de forma branda.

Devem receber reprovação compatível à sua conduta.

Tem-se, portanto e por evidente, que a aplicação de restritivas de direitos não condiz com a gravíssima conduta praticada pelos acusados, máxime pela quantidade e natureza das drogas apreendidas em seu poder, encontrando óbice no art. 44, III, do Código Penal" (fls. 46-51, grifei).

Verifica-se dos excertos acima transcritos, que, no caso, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na **quantidade de droga apreendida**, além do **efetivo envolvimento do paciente com o comércio do tráfico de drogas, onde "face às circunstâncias de sua prisão o acusado foi surpreendido em poder de porções de maconha e cocaína, em local conhecido como ponto de venda de drogas , levando a crer que vinha desenvolvendo a atividade ilícita e a ela se dedicando já por considerável tempo"**. Assim, o eg. Tribunal de origem se convenceu de que o paciente se **dedicava, efetivamente, às atividades criminosas de tráfico de entorpecente**.

Ademais, rever o entendimento para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"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 TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

[...]

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).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, 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.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. **Precedentes.**

- Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. **Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017, grifei).

No que tange ao estabelecimento do regime inicial de **fechado**, verifica-se, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso, que a **dedicação a atividade criminosa**, com base na **quantidade de entorpecente** foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Desse modo, sendo tal **circunstância desfavorável**, impede a fixação do regime diverso do **fechado**, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06**, apesar da pena-base no mínimo legal e paciente primário.

Neste sentido os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 5/4/2017, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]

2. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação 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.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

7. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada seja de 6 anos de reclusão, revela-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da quantidade, da natureza e da variedade de droga apreendida (8 porções de maconha, pesando 2,900 kg e 8 porções de cocaína, pesando 16g), conforme assentado no acórdão impugnado (art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 386.940/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/3/2017, grifei).

Por fim, mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0099304-9

HC 447.680 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00627139420138260506 19182013 627139420138260506

EM MESA

JULGADO: 26/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - SP202437 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VINICIUS DE JESUS
CORRÉU	:	DIEGO EDUARDO DE LIMA

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