



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.010 - SP (2017/0208104-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **MARCELO JOSE CRUZ**
ADVOGADO : **MARCELO JOSÉ CRUZ - SP082727**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **FILIPPE BRUZAO PEREIRA (PRESO)**

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 Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

II - As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

III - Não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

IV - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na quantidade de droga apreendida (5 tablets de cocaína pesando aproximadamente 5,3kg), haja vista que as instâncias ordinárias se convenceram de que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

V - No que tange ao estabelecimento do regime inicial de **fechado**, embora as instâncias ordinárias o tenham determinado com base na hediondez e na gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abstrata do delito, 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 e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

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), 21 de novembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.010 - SP (2017/0208104-5)

IMPETRANTE : MARCELO JOSE CRUZ
ADVOGADO : MARCELO JOSÉ CRUZ - SP082727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FILIPE BRUZAO PEREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE BRUZÃO PEREIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n.00004691-86.2015.8.26.0081.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, com incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 (fls. 100-110).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de Justiça, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos do voto condutor do v. acórdão de fls. 71-81

Dai o presente **writ**, na qual a impetrante alega, em síntese, que o paciente estaria sofrendo flagrante constrangimento ilegal, ante a negativa de reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que se enquadra dentro dos requisitos necessários para a aplicação da benesse.

Assevera, ainda, que *"O STF decidiu que a quantidade da droga não pode ser utilizada isoladamente para negar a incidência da causa de diminuição de pena. O fato de alguém ter sido surpreendido com relevante quantidade de droga não autoriza a conclusão de que a mercancia de drogas seja um meio de vida e de que não se trata de conduta ocasional"* (fl. 3).

Aduz, ainda, que *"[...] demanda-se a comprovação de que o agente pertence a organização criminosa por outros elementos além da quantidade de drogas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidas em seu poder, especialmente no caso julgado, em que o recorrente foi absolvido do crime de associação para o tráfico em razão da insuficiência de elementos probatórios" (fl. 3).

Por fim, menciona, que "[...] deve ser aplicado ao paciente o tráfico privilegiado como sendo uma causa especial de diminuição de pena (aplicada aos primários, de bons antecedentes, que não se dedicam às atividades criminosas e não integrem organização criminosa), devendo ser feita na terceira fase da dosimetria da pena, na fração de 1/6 a 2/3, de natureza não hedionda, passível de substituição por penas restritivas de direitos" (fls. 7-8).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reconhecida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º art. 33 da Lei n. 11.343/06, com fixação do regime mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido**, às fls. 86-87.

Informações prestadas às fls. 92-122.

O Ministério Público Federal, à fl. 124, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.010 - SP (2017/0208104-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : MARCELO JOSE CRUZ
ADVOGADO : MARCELO JOSÉ CRUZ - SP082727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FILIPE BRUZAO PEREIRA (PRESO)

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 Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

II - As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

III - Não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

IV - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na quantidade de droga apreendida (5 tabletes de cocaína pesando aproximadamente 5,3kg), haja vista que as instâncias ordinárias se convenceram de que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

V - No que tange ao estabelecimento do regime inicial de **fechado**, embora as instâncias ordinárias o tenham determinado com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, 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 e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

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.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel.^a Min.^a **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a aplicação, ao caso, da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com fixação de regime inicial mais brando 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 a r. sentença sobre o tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Por fim, afasto a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 para ambos os réus, porque não há notícias de que eles não integrem organização criminosa, havendo vedação à substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

[...]

O delito imputado aos sentenciados é equiparado pela Lei como hediondo e, assim, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90 com a nova redação dada pela Lei nº. 11.464/07 deverá cumprir a pena privativa de liberdade imposta no regime inicial FECHADO, observando-se a nova fração para progressão de pena na hipótese" (fls. 109-110, grifei).

O eg. Tribunal de origem, por seu turno, assim se manifestou:

"Não é factível a incidência da causa especial de redução de pena por conta da quantidade de droga apreendida, sabido que se cuida de benesse instituída com o propósito de favorecer o agente que pratica o tráfico miúdo, basicamente aquele que vende o entorpecente para o sustento do próprio vício, mas essa decididamente não é a situação dos Apelantes".

[...]

O regime inicial fechado é mantido para ambos os Apelantes, seja porque revelaram dolo intenso e preocupante ao transportarem a quantidade de droga que transportavam, revelando a indispensabilidade de maior rigor na retribuição, seja porque o tráfico ilícito de substância entorpecente é conduta das mais deletérias, que atenta contra a saúde e até mesmo a vida de jovens adolescentes, os quais, uma vez iniciados no vício, muito raramente dele conseguem se livrar. Além do que se constitui em porta aberta para o cometimento de outros crimes, sabido que não raro o usuário investe contra o patrimônio alheio para obter recursos para o sustento do vício" (fls. 80-81, 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 (5 tabletes de cocaína pesando aproximadamente 5,3kg), haja vista que as instâncias ordinárias se convenceram de que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Assim, rever o entendimento das instâncias ordinárias 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**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).*

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.*

2. *O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Precedentes.*

[...]

4. **Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias -**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acerca não só do comprometimento do acusado com atividades ilícitas, mas também sobre a inviabilidade da restituição dos bens apreendidos - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 857.658/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 18/11/2016, grifei.

No que tange ao estabelecimento do regime inicial de **fechado**, embora as instâncias ordinárias o tenham determinado com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, 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 e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.**

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO. (I) DOIS PACIENTES. CONDENAÇÃO. **TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS** (PARA AMBOS). POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (APENAS PARA UM DELES). (II) REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DOS FATOS. PACIENTES PRIMÁRIOS E DE BONS ANTECEDENTES. **PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL**. (III) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. VARIEDADE E NOCIVIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. INVIABILIDADE.

[...]

3. Caso em que o Tribunal de Justiça estabeleceu o regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena dos pacientes, com fulcro na gravidade abstrata do delito e no dispositivo da Lei de Crimes Hediondos considerado inconstitucional pela Suprema Corte.

4. Conquanto a reprimenda final da paciente virago tenha sido fixada em 3 anos e 4 meses, revela-se inviável a fixação do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial aberto, diante da natureza e variedade das drogas apreendidas (51 microtubos contendo crack, 16 pedras de cocaína e 48 trouxinhas de maconha).

[...]

6. *A nocividade e a diversidade das drogas apreendidas recomendam a fixação do regime inicial intermediário e a negativa à substituição da pena corporal pelas restritivas de direitos, para ambos os acusados (Precedentes).*

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de restabelecer o regime semiaberto para o cumprimento pelos pacientes da pena privativa de liberdade" (HC n. 364.275/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 11/11/2016, 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: 2017/0208104-5

HC 413.010 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00046918620158260081 13062015 20170000614943 46918620158260081

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARCELO JOSE CRUZ
ADVOGADO	: MARCELO JOSÉ CRUZ - SP082727
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FILIPE BRUZAO PEREIRA (PRESO)
CORRÉU	: MARCELO DE OLIVEIRA PEREIRA

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.