



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 508.409 - SP (2019/0126556-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIQUE PATRICIO RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO (ART. 12 DA LEI N. 10.826/03). APREENSÃO DE 1 CARTUCHO SEM A ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA OU INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. POUCA QUANTIDADE DE DROGA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ é no sentido de que a apreensão de pequena quantidade de munição, desacompanhada da arma de fogo, permite a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela.

Essa é a hipótese dos autos, pois o paciente possuía 1 munição, desacompanhada da arma de fogo.

3. As instâncias ordinárias negaram a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu a atividades criminosas. Esse entendimento está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte e a sua reforma constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Precedentes.

4. A quantidade de droga constitui elemento idôneo no agravamento do regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06. No entanto, no caso concreto, a pouca quantidade de droga apreendida com o paciente não é suficiente para justificar o regime fechado.

5. Considerando a pena aplicada, em patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do Código Penal – CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência do princípio da insignificância e absolver o paciente quanto ao delito do art. 12 da Lei n. 10.826/03, pela atipicidade material da conduta, bem como, para fixar o regime inicial semiaberto para o delito de tráfico de drogas.

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 e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 25 de junho de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 508.409 - SP (2019/0126556-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIQUE PATRICIO RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de KAIQUE PATRICIO RODRIGUES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0012806-15.2017.8.26.0635).

Inferre-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 5 anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), e 1 ano de detenção, em regime inicial semiaberto, pela infração penal descrita no art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03 (posse ilegal de munição).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega atipicidade da conduta descrita no art. 12 da Lei n. 10.826/03, por ausência de potencialidade lesiva de apenas 1 munição, apreendida desacompanhada da arma de fogo. Nesse sentido, invoca os princípios da insignificância e da ofensividade.

Aduz que o julgamento colegiado impôs constrangimento ilegal ao réu, ao afastar a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não obstante ele preencher os requisitos legais para tanto. Assevera, ainda, fundamentação inidônea quanto à imposição do regime prisional fechado e para obstar a substituição da pena por medidas restritivas de direitos.

Nestes termos, pugna pela absolvição quanto ao crime de posse ilegal de munição e revisão da dosimetria, em relação ao tráfico de drogas.

Indeferido o pedido liminar, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL DO DELITO PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10.823/03. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS UTILIZADAS PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO "PRIVILEGIADO". CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A apresentação de habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, embora descabida, é indiretamente autorizada pelas Cortes Superiores, quando se impõe a verificação, na quase totalidade dos casos, da possibilidade de concessão da ordem de ofício.

2. Reveste-se de tipicidade formal e material a posse ilegal de munição, ainda que não haja apreensão de arma de fogo, por se tratar de delito de mera conduta e perigo abstrato, em que se pressupõe a lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma (segurança pública e paz social).

3. Embora recentes julgados dessa Corte Superior reconheçam a atipicidade material da posse de pequena quantidade de munições, não comporta flexibilização o caso em que o crime foi praticado no contexto de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo recebida a munição como pagamento por drogas, porque esse quadro evidencia a acentuada reprovabilidade da conduta e o elevado grau de periculosidade social da ação, justificando o afastamento do princípio da insignificância.

4. Não é ilegal a decisão que afasta a incidência da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 por entender que o réu não se qualifica como traficante eventual.

5. Deve ser rejeitado o pleito de estabelecimento do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quando presente incompatibilidade entre o quantum da pena e os requisitos previstos, respectivamente, no art. 33, § 2º, "c", e no art. 44, I, ambos do Código Penal.

6. "A valoração negativa da quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes" (HC 477.867/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 18/02/2019).

7. Parecer pela não concessão da ordem de habeas corpus de ofício (fls. 64/65).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 508.409 - SP (2019/0126556-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

O paciente foi preso em flagrante porque trazia consigo e mantinha em depósito, para fins de comercialização e difusão ilícita a terceiros, 35 pedras de *crack*, 2 porções de maconha e 4 de cocaína, além de possuir 1 munição calibre 32, razão pela qual foi condenado por tráfico ilícito de drogas e posse ilegal de munição, nestes termos:

[...]

Inafastável, assim, a condenação nos termos da denúncia, por infração arts. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e art. 12, caput, da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal, como constante da denúncia.

Decidida a tipificação, passo a aplicar ao réu a sanção merecida, nos termos do art. 68 do Código Penal e art. 42 da Lei de Tóxicos.

O acusado é tecnicamente primário (fls. 100/102).

Assim, atenta às diretrizes do art. 59 do Código Penal, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legal, em cinco anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, para o crime de tráfico, e em um ano de detenção e pagamento de 10 dias-multa, para o delito de posse irregular de munição, ambas utilizando o valor unitário mínimo.

Não há atenuantes a serem consideradas.

Deixo de atenuar a pena em razão da menoridade relativa do acusado à época dos fatos por ter fixado a pena-base no mínimo legal (Súmula nº 231 do C. STJ).

Deixo, outrossim, de aplicar a causa de redução de pena preceituada no art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos porque a quantidade de drogas apreendidas 35 porções de “crack”, 2 porções de “maconha” e 4 porções de cocaína - obsta o reconhecimento do redutor, não sendo suficiente para sua aplicação simples preenchimento dos requisitos objetivos do dispositivo legal.

[...]

Pelo concurso material de crimes, demonstrado que o acusado praticou mais de um delito mediante mais de uma ação, somo as penas impostas, totalizando cinco anos de reclusão, um ano de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detenção e pagamento de 510 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal.

Não existem outras causas de oscilação a serem consideradas, pelo que torno definitiva a pena imposta, mantendo a unidade do dia-multa no mínimo legal ante a falta de comprovação de boa situação financeira por parte do acusado (fls. 32/34).

No julgamento da apelação criminal, o Tribunal de origem manteve incólume a reprimenda, consignando:

[...]

Não há relação das munições apreendidas com o crime de tráfico de drogas, não se cogitando, portanto, na causa de aumento de pena prevista na Lei de Drogas (artigo 40, inciso IV), dada a ausência de comprovação de utilização de artefatos na empreitada criminosa do narcotráfico, tratando-se de condutas distintas e independentes, tendo o réu cometido crimes diferentes, um relacionado à Lei de Drogas e outro relacionado à Lei de Armas.

Ademais, a própria Defesa não se insurge contra isso, até porque a denúncia descreve de forma detalhada as condutas praticadas por Kaique que, no seu interrogatório, deixa claro essa questão, ao admitir ter recebido as munições de terceira pessoa como paga por um entorpecente.

Desta forma, não se trata da majorante prevista na Lei de Drogas, mas sim da prática de crimes autônomos e distintos entre si, devendo ser aplicada a regra do concurso material de crimes.

E não há que se falar em atipicidade de conduta, em razão de a munição estar desacompanhada do respectivo armamento, revelando-se a conduta do réu juridicamente relevante e merecedora de reprovação.

Com efeito, o delito em questão é de perigo abstrato e a apreensão das munições na residência do acusado, certamente, atinge o bem jurídico protegido pelo artigo 12 da Lei nº 10.826/03, ou seja, a incolumidade pública, conforme previsão legal.

[...]

Assim, a consumação delitiva se dá com a mera ação do autor de possuir, conscientemente, arma de fogo e/ou munição (isoladas ou não), sem autorização do Poder Público.

[...]

Assim incabível a absolvição, na espécie, seja pela insuficiência probatória, seja pela atipicidade da conduta.

Assim, passo ao exame da dosimetria penal.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, bem como ao descrito no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, a Magistrada a quo fixou as penas-bases no mínimo legal, vale dizer, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, para o tráfico de drogas, e 01 ano de detenção e 10 dias-multa, para a posse de munição, não se admitindo que a atenuante da menoridade relativa pudesse beneficiar mais ainda o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelante, ausente previsão legal autorizadora e lembrada a jurisprudência (Súmula 231 do STJ).

[...]

E realmente inviável a concessão do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que restou configurado que o acusado não se tratava de traficante eventual, mas sim, que se dedica a atividades criminosas, pois diante das circunstâncias do crime descrito na denúncia, bem como diante da apreensão de quantidade significativa de maconha, cocaína e crack, substância com alto poder viciante, além do modo como estavam embaladas e acondicionadas, a comprovar que fazia do tráfico o seu meio de vida, são todas situações mais do que suficientes para que não se conceda a referida benesse.

Ele, aliás, não comprou o exercício de atividade lícita, tudo a denotar que faz do crime seu meio de vida.

[...]

Assim, estabilizados os apenamentos, a douta sentenciante aplicou corretamente o concurso material em relação aos dois delitos, por se tratarem de crimes diversos com desígnios autônomos, devendo as penas devem ser somadas, obtendo-se a final de 05 anos de reclusão, 01 ano de detenção e 510 dias-multa, diária mínima.

Os regimes iniciais de cumprimento escolhido (fechado para o tráfico de drogas e semiaberto para a posse de munições) eram os únicos cabíveis na hipótese ainda que não fosse pelo quantum das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta e a hediondez do crime (Lei nº 11.464/2007). Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência (fls. 46/52).

Conforme relatado, a primeira controvérsia diz respeito ao pedido de absolvição quanto à conduta descrita no art. 12 da Lei n. 10.826/03.

Quanto ao tema, o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ é no sentido de que a apreensão de pequena quantidade de munição, desacompanhada da arma de fogo, permite a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PEQUENA QUANTIDADE MUNIÇÃO DESACOMPANHADA DE ARMA DE FOGO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "o crime de posse ou porte irregular de munição de uso permitido, independentemente da quantidade, e ainda que desacompanhada da respectiva arma de fogo, é delito de perigo abstrato, sendo punido antes mesmo que represente qualquer lesão ou perigo concreto de lesão, não havendo que se falar em atipicidade material da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta". (AgRg no RHC 86.862/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018).

2. Esta Corte detém entendimento no sentido de que 'o porte ilegal de munições configura o tipo penal descrito no art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, crime de perigo abstrato que presume a ocorrência de dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de resultado naturalístico à incolumidade física de outrem". (HC 322.956/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017).

3. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar a bagatela na hipótese de apreensão de apenas uma munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC 143.449/MS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA Turma, DJe 9/10/2017).

4. Hipótese em que, embora formalmente típica, a conduta de possuir apenas duas munições destituídas de potencialidade lesiva, desacompanhadas de armamento capaz de deflagrá-las, não enseja perigo de lesão ou probabilidade de dano aos bens jurídicos tutelados, permitindo-se o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

5. Recurso desprovido (REsp 1710320/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 9/5/2018).

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO. ABSOLVIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA EVIDENCIADA. CINCO MUNIÇÕES APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE DISPOSITIVO DE DISPARO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Por esses motivos, via de regra, inaplicável, nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida.

2. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar a bagatela na hipótese de apreensão de apenas uma munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC 143.449/MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Dje 9/10/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso, o réu foi preso em flagrante na posse de 5 munições calibre .38, de uso permitido, desacompanhadas de dispositivo que possibilitasse o disparo do projétil. Por conseguinte, deve ser reconhecida a inocorrência de ofensa à incolumidade pública, sendo, pois, de rigor o afastamento da tipicidade material do fato, conquanto seja a conduta formalmente típica.

4. Embargos de declaração acolhidos, para dar provimento ao agravo regimental, a fim de negar provimento ao recurso especial (EDcl no AgRg no REsp 1700630/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 11/10/2018).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 8 MUNIÇÕES. AUSÊNCIA DE ARMAS APTAS PARA DISPARAR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O princípio da insignificância é parâmetro utilizado para interpretação da norma penal incriminadora, buscando evitar que o instrumento repressivo estatal persiga condutas que gerem lesões inexpressivas ao bem jurídico tutelado ou, ainda, sequer lhe causem ameaça.

2. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 10.826/03, a despeito de serem delitos de mera conduta, afastando, assim, a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal.

3. Ainda que formalmente típica, a apreensão de 8 munições na gaveta do quarto da ré não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente qualquer tipo de armamento capaz de deflagrar os projéteis encontrados em seu poder.

4. Recurso especial provido (REsp 1735871/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 22/6/2018).

No que diz respeito ao § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifico que o acórdão impugnado deixou de aplicar essa minorante com fundamento em elementos concretos que evidenciam a dedicação do paciente ao tráfico de drogas. Assim, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora paciente faz jus à referida causa de diminuição, o que é vedado em *habeas corpus*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece da impetração, substitutiva do recurso cabível, quando não há manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita.

[...]

5. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).

A quantidade de droga constitui elemento idôneo no agravamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06. No entanto, no caso concreto, foram encontrados com o paciente 7,4g de cocaína e 1,4g de maconha, não sendo suficientes para justificar o regime fechado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APONTADAS ILEGALIDADES NA DOSIMETRIA DA PENA. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTE PRIMÁRIA, COM CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS FAVORÁVEIS, CONDENADA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE NÃO JUSTIFICA O ESTABELECIMENTO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. As teses relacionadas à dosimetria da pena não foram objeto de debate na origem, o que obsta a respectiva apreciação por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

3. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias referiram-se apenas à natureza hedionda do crime de tráfico de drogas para fixar o regime inicial fechado. Assim, tratando-se de paciente primária, condenada a pena superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão, com circunstâncias subjetivas favoráveis e sendo pouca a quantidade de entorpecentes apreendidos - 29 pedras de crack, com peso de 2,9 g -, faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.

5. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, a paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 357.909/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/9/2016, DJe 4/10/2016)

Por fim, a fixação da pena acima de 4 anos impede a sua substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal – CP.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, concedendo-se a ordem, de ofício, para absolver o paciente quanto ao delito do art. 12 da Lei n. 10.826/03, pela atipicidade material da conduta, e fixar o regime inicial semiaberto para o delito de tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0126556-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 508.409 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00128061520178260635 128061520178260635 1642018 20190000277055

EM MESA

JULGADO: 25/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIQUE PATRICIO RODRIGUES (PRESO)

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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