



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 628.930 - RS (2020/0310779-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : CLAITON IURI DA SILVA BANDEIRA (PRESO)
ADVOGADO : FERNANDO FRANCO DA CRUZ - RS103842
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO **MANDAMUS**. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N.º 11.343/06. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. **PRECEDENTES**. REGIME SEMIABERTO. LITERALIDADE DO ART. 33, § 2º, "B", DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ART. 42, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - No tocante ao pleito de **absolvição** do crime de tráfico de drogas, com fundamento na inexistência de autoria, insta consignar que, demandaria, no presente caso o exame **aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória** (RHC n. 102.873/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 14/02/2020).

III - A exasperação da pena-base do paciente foi mantida, lastreando-se na **diversidade, quantidade e natureza droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas**. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a impetrante, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a **natureza** e a **quantidade** da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, **firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso, bem como condenações posteriores podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

V - Quanto ao regime prisional, no caso dos autos, mantida a pena no patamar estabelecido pelo v. acórdão impugnado, ou seja, **5 anos e 6 meses de reclusão**, conquanto se trate de réu tecnicamente primário, não há se falar em fixação de regime prisional menos gravoso, pois o meio prisional **semiaberto** decorre da própria literalidade no **art. 33, caput, § 2º, alínea "b", Código Penal**.

VI - Mantido o **quantum** da sanção corporal imposta em patamar acima de 4 anos de reclusão, é incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

VII - A toda evidência, o **decisum** agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, **os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício**.

Agravo regimental **desprovido**.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2021(Data do Julgamento)

Ministro FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 628.930 - RS (2020/0310779-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : CLAITON IURI DA SILVA BANDEIRA (PRESO)
ADVOGADO : FERNANDO FRANCO DA CRUZ - RS103842
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto em favor de CLAITON IURI DA SILVA BANDEIRA, contra decisão monocrática por mim proferida (fls. 103-114), que não conheceu do presente **habeas corpus**.

Nas razões recursais, o agravante renova os pedidos contidos na inicial e pugna pela reconsideração da decisão ou para que o Colegiado da **Quinta Turma** conceda **habeas corpus**, de ofício, ao paciente a fim de que seja absolvido do crime descrito no art. 33 da Lei de Drogas ou, caso mantida a condenação pelo crime de tráfico, que seja fixada a pena-base no mínimo legal, bem como reconhecida a causa especial de diminuição do do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 628.930 - RS (2020/0310779-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : CLAITON IURI DA SILVA BANDEIRA (PRESO)
ADVOGADO : FERNANDO FRANCO DA CRUZ - RS103842
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO **MANDAMUS**. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N., 11.343/06. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. **PRECEDENTES**. REGIME SEMIABERTO. LITERALIDADE DO ART. 33, § 2º, "B", DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ART. 42, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - No tocante ao pleito de **absolvição** do crime de tráfico de drogas, com fundamento na inexistência de autoria, insta consignar que, demandaria, no presente caso o exame **aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória** (RHC n. 102.873/GO, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 14/02/2020).

III - A exasperação da pena-base do paciente foi mantida, lastreando-se na **diversidade, quantidade e natureza droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas**. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a impetrante, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a **natureza** e a **quantidade** da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

IV - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, **firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso, bem como condenações posteriores podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

V - Quanto ao regime prisional, no caso dos autos, mantida a pena no patamar estabelecido pelo v. acórdão impugnado, ou seja, **5 anos e 6 meses de reclusão**, conquanto se trate de réu tecnicamente primário, não há se falar em fixação de regime prisional menos gravoso, pois o meio prisional **semiaberto** decorre da própria literalidade no **art. 33, caput, § 2º, alínea "b", Código Penal**.

VI - Mantido o **quantum** da sanção corporal imposta em patamar acima de 4 anos de reclusão, é incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

VII - A toda evidência, o **decisum** agravado, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, **os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.**

Agravo regimental **desprovido.**

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Inicialmente, consigna-se que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do presente agravo regimental.

A parte agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, assim proferida (fls. 103-114):

*"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**.*

*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, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).*

***Inicialmente**, no tocante ao pleito de **absolvição do crime de tráfico de drogas**, com fundamento na inexistência de autoria, insta consignar que, demandaria, no presente caso o exame **aprofundado de todo conjunto probatório** como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos **estritos limites do habeas corpus**, que não admite dilação probatória (RHC 102.873/GO, Rel. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2020, DJe 14/02/2020).*

***Com relação aos demais temas**, transcrevo, para melhor delimitar a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quaestio, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, *in verbis*:

"Presente tal situação, tem-se que busca a inconformidade a redução do apenamento para o mínimo legal, afastando tal circunstância.

Assim posta a questão, prospera, em parte, a irresignação.

Com efeito, impositiva a atribuição de desvalor à diversidade e à significativa quantidade das drogas, bem assim à nocividade do crack, considerando-se, aqui, a regra contida no art. 42 da Lei Antidrogas, sendo, todavia, necessária a redução da pena base para o patamar de seis anos de reclusão. E, observada a redução decorrente da atenuante da menoridade, resulta definitiva em cinco anos e seis meses de reclusão.

De outra banda, não merece guarida a pretensão de observância da minorante de que trata o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, **porquanto figura o recorrente como réu em dois processos outros, sobrevindo, em um deles, condenação pela prática posterior de tráfico de drogas e associação para esse (nº 2.16.0007377-7), respondendo a outro, pelo cometimento posterior de receptação e roubo duplamente majorado (nº 2.19.0006399-7), o que aponta para a dedicação às atividades criminosas – mormente à narcotraficância –, obstando, assim, a observância da causa de diminuição de pena em exame, conforme registro feito pela magistrada de primeiro grau (fl. 107) e aresto proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça" (fl. 26, grife).**

Inicialmente, verifica-se nos trechos acima colacionados, que a exasperação da pena-base do paciente foi mantida, lastreando-se na **diversidade, quantidade e natureza droga apreendida**, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a impetrante, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a **natureza e a quantidade** da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ? STJ. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA DO ENTORPECENTE. 256G DE COCAÍNA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Se o Tribunal a quo, com base na análise dos elementos fático-probatórios dos autos, entendeu configurada a autoria e a materialidade delitivas, afastar tal entendimento implicaria o reexame de provas, a incidir a Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça ? STJ.

2. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos. A natureza e a quantidade da droga (256g de cocaína) justificam a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. Agravo regimental desprovido". (AgRg no AREsp 1710129/AC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 22/09/2020, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. VETOR JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PATAMAR DE REDUÇÃO. PLEITO DE ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA.

I - A quantidade de droga apreendida - 417 (quatrocentos dezessete) porções de material vegetal seco prensado, 06 (seis) envoltas em papel alumínio e outra envolta em plástico filme de fls. 500/503 (1.300g - peso bruto e 1.27, peso líquido de substância denominada "maconha" (fl. 218) -, bem como o fato de haver circunstância judicial desfavorável (antecedentes criminais) em relação a alguns dos réus, justificam, como ressaltado no decisum monocrático vergastado, a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

II - Conforme jurisprudência pacífica desta eg. Corte Superior, "[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" (AgRg no AREsp n. 1.429.336/TO, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 30/08/2019). Precedentes.

III - A análise da pretensão recursal quanto à agravante Manuele, no sentido de que de que deve ser revisto o patamar pela causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, demandaria, como ressaltado no decisum objurgado, o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

Agravo regimental desprovido". (AgRg no AREsp 1725152/SE, **de minha relatoria, Quinta Turma**, DJe 15/09/2020, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante a figura do tráfico privilegiado, denota-se que o eg. Tribunal de origem manteve o afastamento da redutora em razão do paciente responder a outros dois processos, onde: "obrevindo, em um deles, condenação pela prática posterior de tráfico de drogas e associação para esse (nº 2.16.0007377-7), respondendo a outro, pelo cometimento posterior de receptação e roubo duplamente majorado (nº 2.19.0006399-7)", evidenciando, assim, a dedicação à atividade criminosa.

Nesse compasso, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso, bem como condenações posteriores podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça" (EREsp n. 1.431.091/SP, Terceira Seção, de minha relatoria, DJe de 1º/2/2017 - grifei).

Nesse mesmo sentido, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. **Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entenderem as instâncias de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora. [...]**

4. Habeas corpus concedido, em menor extensão, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade in abstracto do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (HC n. 380.402/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/3/2017 - grifei).

Ademais, 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**.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 11 dias-multa" (HC 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 10/2/2017, grifei).

Quanto ao regime prisional, no caso dos autos, mantida a pena no patamar estabelecido pelo v. acórdão impugnado, ou seja, **5 anos e 6 meses de reclusão**, conquanto se trate de réu tecnicamente primário, não há se falar em fixação de regime prisional menos gravoso, pois o meio prisional **semiaberto** decorre da própria literalidade no **art. 33, caput, § 2º, alínea "b", Código Penal, in verbis**:

"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

Por fim, mantido o **quantum** da sanção corporal imposta em patamar acima de 4 anos de reclusão, é incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

A toda evidência, o **decisum** agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, **os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício**.

Desse modo, **repiso** que o agravante não aduz qualquer argumento novo e apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA NÃO SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA O AGRAVAMENTO DO REGIME PENAL.

1. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que deve ser mantida a decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao recurso especial.

[...]

3. Agravo Regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.420.545/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 13/10/2014 - grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 2. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE AMEAÇA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 44, I, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 288.503/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 1º/9/2014 - grifei).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental**, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0310779-0

AgRg no
HC 628.930 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00548823820198217000 548823820198217000 70080829732

EM MESA

JULGADO: 02/02/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO FRANCO DA CRUZ
ADVOGADO : FERNANDO FRANCO DA CRUZ - RS103842
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : CLAITON IURI DA SILVA BANDEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CLAITON IURI DA SILVA BANDEIRA (PRESO)
ADVOGADO : FERNANDO FRANCO DA CRUZ - RS103842
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.