



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.441 - SP (2018/0103511-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIBERTO PONTES ARAUJO (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 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 *“ele mesmo confirmou “trabalhar” na ‘biqueira’ vendendo entorpecentes há cerca de um mês, permanecendo naquela esquina das oito da noite até às oito da manhã, dois dias por semana, recebendo R\$50,00 a cada 28 pinos e R\$20,00 a cada 26 pedras que vende”*. Assim, o eg. Tribunal de origem se convenceu de que o paciente se **dedicava, efetivamente, às**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 05 de junho de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.441 - SP (2018/0103511-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIBERTO PONTES ARAUJO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ERIBERTO PONTES ARAUJO contra v. acórdão prolatado pelo **eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 1500157-47.2017.8.26.0536.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 13-15).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial para afasta a causa especial de diminuição, descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, e redimensionar a reprimenda da paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime **fechado**, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL Tráfico de entorpecentes e condutas afins A Defesa requer a redução das penas com aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, fixando-se regime prisional mais brando, operando-se inclusive a detração A Acusação, por sua vez, requer o afastamento da causa especial de diminuição referida Circunstâncias do caso concreto, notadamente a natureza e quantidade do entorpecente apreendido, a par do grau de envolvimento do acusado com a atividade ilícita impedem a aplicação do redutor, evidenciada a dedicação do réu ao comércio espúrio Regime fechado suficiente e adequado ao caso, necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir a reincidência Eventual pedido de detração ou progressão de regime há de ser submetido ao juízo das execuções, capaz de aferir o cumprimento dos requisitos objetivos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivos exigidos para tanto - Redimensionadas as penas nos moldes pretendidos pelo órgão ministerial Apelo defensivo negado e apelo ministerial provido" (fl. 17).

No presente **writ**, a impetrante sustenta, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como na fixação do regime inicial fechado e na não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Para tanto, sustenta, que *"[...] a quantidade e a natureza de droga apreendida não é suficiente para se fazer concluir que o paciente integra organização criminosa" (fl. 2).*

Menciona, ainda, que *"Estando presentes todos os requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas – primariedade, bons antecedentes e ausência de prova de dedicação a atividades criminosas e de integração à organização criminosa –, a aplicação da redutora é direito público subjetivo do acusado" (fl. 3).*

Assevera, ademais, que *"O regime inicial fechado foi fundamentado na Lei dos Crimes Hediondos, tendo o Juízo de primeiro grau afastado expressamente a jurisprudência deste STJ e do STF, sob a alegação de não serem precedentes vinculantes" (fl. 3).*

Afirma, ainda, que *"É evidente a ofensa às súmulas 718 e 719 do STF, pois a gravidade abstrata do delito não pode fundamentar a fixação de regime inicial mais gravoso do que o permitido por lei" (fl. 4).*

Aduz, também, que *"[...] a pena base e definitiva do paciente foi estabelecida no mínimo legal. Assim, injustificável a fixação de regime inicial mais gravoso do que o permitido em lei. Nesse sentido, há entendimento cristalizado na súmula 440 deste STJ" (fl. 4).*

Requer, assim, a concessão da ordem para seja restabelecida a causa especial de diminuição, constante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 32-38.

Informações prestadas às fls. 45-46.

O Ministério Público Federal, às fls. 65-75, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REGIME.

1. O habeas corpus, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve ser conhecido, somente se justificando a concessão da ordem de ofício quando flagrante a ilegalidade apontada.

2. Se as instâncias ordinárias reputaram ausentes os requisitos necessários à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável afastar tal conclusão sem, antes, proceder à nova dilação probatória.

3. O regime fechado está devidamente fundamentado na gravidade do caso em concreto.

4. Parecer pelo não conhecimento do writ" (fl. 65).

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.441 - SP (2018/0103511-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIBERTO PONTES ARAUJO (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 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 "ele mesmo confirmou "trabalhar" na 'biqueira' vendendo entorpecentes há cerca de um mês, permanecendo naquela esquina das oito da noite até às oito da manhã, dois dias por semana, recebendo R\$50,00 a cada 28 pinos e R\$20,00 a cada 26 pedras que vende"**. 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, com fixação de regime inicial aberto ou semiaberto 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:

"Ora, as circunstâncias do caso em análise não deixam dúvidas acerca de estar o acusado dedicando-se integralmente ao tráfico de entorpecentes. Surpreendido a portar expressiva quantidade e variedade de drogas, individualmente embaladas, prontas para venda, ele mesmo confirmou “trabalhar” na 'biqueira' vendendo entorpecentes há cerca de um mês, permanecendo naquela esquina das oito da noite até às oito da manhã, dois dias por semana, recebendo R\$50,00 a cada 28 pinos e R\$20,00 a cada 26 pedras que vende. Ademais, não demonstrou o exercício de qualquer ocupação lícita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Visa a lei, dentre outros objetivos, atingir, com tal redução, o traficante não habitual, que acaba de se inserir no universo do crime, cuja quantidade, variedade e natureza da droga localizada em seu poder se apresentar capaz de atingir apenas pequeno número de pessoas, e com menor grau de devastação, punindo, em contrapartida, com maior rigor, aqueles que representam maior risco à sociedade, pelas razões inversas.

Ao que se viu, o réu dedicava-se ao comércio espúrio, notadamente diante das já mencionadas circunstâncias de sua prisão, lembrando portava ele quantidade e variedade de entorpecentes a denotar não era 'casual mercador' da droga, sequer tendo demonstrado o exercício de qualquer atividade lícita. De certo que ao “marinheiro de primeira viagem” não seria confiada tal quantidade e variedade de drogas, que, ademais, para serem comercializadas, também dependeriam de certa dedicação e empenho por parte do acusado, atingindo considerável número de usuários.

Assim, as particularidades do caso em análise, citadas acima, não autorizam a diminuição da reprimenda tal qual operada pelo d. magistrado “a quo”, sob pena de afastar-se o julgador do verdadeiro escopo legal.

Passo, portanto, à análise e readequação das penas.

Inicialmente, vale dizer que sua pena- base restou fixada no mínimo legal (sequer considerados aqui em seu desfavor a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, conforme preceitua o art. 42 da Lei de Drogas), e, na segunda etapa, embora anotada a presença da atenuante da confissão, não pode a pena ser reduzida aquém desse patamar, em respeito ao teor da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase da dosimetria, fica afastada a incidência do § 4º do art. 33, da Lei de Drogas, ante a evidência de que estava o réu se dedicando à prática do comércio ilícito, conforme dantes ressaltado.

Ausentes outras causas modificativas, a reprimenda resta definitiva, então, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no piso legal.

Por fim, quanto ao regime prisional, é de se dizer que o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda afigura-se, efetivamente, como o mais adequado ao caso concreto, necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir a reincidência, haja vista que, a par do total da pena imposta, trata-se de delito extremamente grave, que não raro servem como porta de entrada a inúmeras outras condutas delitivas, desvirtuando indivíduos e ameaçando a ordeira sociedade, cabendo ao Julgador destinar-lhe especial cautela, impedindo a ocorrência de uma falsa impressão de impunidade.

E nem se diga que tal imposição baseou-se tão-somente na gravidade abstrata do delito, bastando lembrar tinha o réu em seu poder não menos que 29 porções de cocaína e 13 pedras de crack, drogas estas de natureza devastadora e alto poder viciante, tendo admitido realizar o comércio como meio de vida há aproximadamente um mês, carecendo, pois, de regime contudente e eficaz a atender o caráter preventivo e repressivo da pena imposta.

Regime mais brando, friso, equivaleria a verdadeiro incentivo a condutas similares, o que não pode ser admitido.

Eventual pedido de detração ou progressão de regime há de ser submetido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao juízo das execuções, capaz de aferir o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para tanto" (fls. 24-27, 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 *"ele mesmo confirmou "trabalhar" na 'biqueira' vendendo entorpecentes há cerca de um mês, permanecendo naquela esquina das oito da noite até às oito da manhã, dois dias por semana, recebendo R\$50,00 a cada 28 pinos e R\$20,00 a cada 26 pedras que vende"*. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2018/0103511-5

HC 448.441 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15001574720178260536 20180000152766 8832017

EM MESA

JULGADO: 05/06/2018

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	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ERIBERTO PONTES ARAUJO (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."

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