



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 432.351 - SP (2018/0001004-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : BRUNO HENRIQUE NOGUEIRA FRANCO
ADVOGADO : BRUNO HENRIQUE NOGUEIRA FRANCO - PR062324
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO CARLOS HONORIO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. PROVIDÊNCIA INÓCUA. SÚMULA N.º 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DA DROGA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, diante da expressiva quantidade da droga apreendida, é de ver que a incidência das circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea reduziu o *quantum* de pena ao seu mínimo (5 anos de reclusão e 500 dias-multa). Assim, verifica-se que a providência ora pleiteada, de redução da pena-base, seria inócua, no caso em testilha, em razão da incidência da Súmula n.º 231 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. Na hipótese, as instâncias ordinárias consignaram, com base nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso V, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto teria sido "comprovado que os acusados transportavam as drogas entre Estados da Federação, qual seja entre Santa Catarina e São Paulo". Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, tendo em vista os estreitos lindes deste átrio processual.

4. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 8 anos, é inviável a imposição do regime semiaberto, diante da existência de elemento concreto a figurar em demérito do paciente, a saber, a quantidade da substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente encontrada em seu poder – 10,1kg de *crack* –, o que ensejou a fixação da pena-base acima do mínimo legal (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). De rigor, pois, a manutenção do regime inicial fechado.

5. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 03 de abril de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 432.351 - SP (2018/0001004-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : BRUNO HENRIQUE NOGUEIRA FRANCO
ADVOGADO : BRUNO HENRIQUE NOGUEIRA FRANCO - PR062324
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO CARLOS HONORIO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDUARDO CARLOS HONORIO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0002669-40.2016.8.26.0495).

Consta dos autos que o paciente, preso em flagrante no dia 25.7.2016, foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ainda, ao pagamento de 681 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, c.c. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006, por trazer consigo e transportar, para fins de tráfico, 10 tijolos de *crack* (10,1 kg), em transporte particular, destinados a outro Estado da Federação (fl. 21).

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo do paciente para reduzir a pena e fixá-la em 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS EM RELAÇÃO AO CORRÉU - PROVA INSUFICIENTE NO TOCANTE À CORRÉ - REDUÇÃO DAS PENAS - REGIME PRISIONAL COMPATÍVEL COM O CASO EM TELA - RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO E APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO (fl. 12).

No presente *writ*, o impetrante requer, liminarmente e no mérito: (i) o redimensionamento da pena base, pois "a pena fixada na sentença deveria partir do mínimo para, reconhecendo presente uma circunstância desfavorável ("culpabilidade") no caso do paciente, respeitando a quantia de 1/6 ou 1/8, dirigir-se na direção da pena máxima" (fl. 4); (ii) seja desconsiderada a causa de aumento de pena, prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, tendo em vista que não há provas de que tenha ocorrido o tráfico interestadual; (iii) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em favor do Paciente, visto que estão presentes seus requisitos; e, (iv) a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais brando, "uma vez que os critérios utilizados na sentença afrontam os ditames legais, jurisprudenciais e doutrinários" (fl. 10).

A liminar foi indeferida às fls. 47/51.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foram prestadas informações às fls. 55/68.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Elizeta Maria de Paiva Ramos, pela extinção do processo sem resolução do mérito ou pela denegação da ordem (fls. 71/85).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 432.351 - SP (2018/0001004-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. PROVIDÊNCIA INÓCUA. SÚMULA N.º 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DA DROGA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, diante da expressiva quantidade da droga apreendida, é de ver que a incidência das circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea reduziu o *quantum* de pena ao seu mínimo (5 anos de reclusão e 500 dias-multa). Assim, verifica-se que a providência ora pleiteada, de redução da pena-base, seria inócua, no caso em testilha, em razão da incidência da Súmula n.º 231 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. Na hipótese, as instâncias ordinárias consignaram, com base nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso V, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto teria sido "comprovado que os acusados transportavam as drogas entre Estados da Federação, qual seja entre Santa Catarina e São Paulo". Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, tendo em vista os estreitos lindes deste átrio processual.

4. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 8 anos, é inviável a imposição do regime semiaberto, diante da existência de elemento concreto a figurar em demérito do paciente, a saber, a quantidade da substância entorpecente encontrada em seu poder – 10,1kg de *crack* –, o que ensejou a fixação da pena-base acima do mínimo legal (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). De rigor, pois, a manutenção do regime inicial fechado.

5. *Habeas corpus* denegado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cumpre salientar, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc." (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lima *et. al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Na espécie, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal a excepcionar o referido posicionamento.

Quanto ao tema, confira-se o que consignou o Tribunal *a quo*:

As penas-base foram, razoavelmente, majoradas em 2/5 (dois quintos), em razão da expressiva quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, circunstâncias que, a teor do art. 42, da Lei 11.343/06, devem ser consideradas como preponderantes, bem como do elevado grau de culpabilidade com que agiu o acusado, utilizando-se da sua família para a prática delitiva, e conferem contornos de gravidade diferenciada ao caso em tela.

A seguir, todavia, como bem anotado no r. parecer ministerial, as penas devem retornar aos patamares mínimos, devido às circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão do acusado.

Na sequência, operou-se o razoável aumento de 1/6 (um sexto), em razão da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06, cujo reconhecimento encontra seguro apoio nos autos e apresenta-se como adequada às circunstâncias do caso em tela.

O acusado não faz jus à redução das penas, com fundamento no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois as circunstâncias do caso concreto revelam razoável envolvimento com a criminalidade ligada ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Importa ressaltar, neste aspecto, que as circunstâncias da apreensão do entorpecente, à evidência, constituem veementes indícios do envolvimento do réu com a criminalidade ligada ao tráfico de entorpecentes.

Esta conclusão encontra suporte no art. 239, do Cód. de Proc. Penal, que trata da prova indireta, qual seja, a indiciária, cujo valor, no âmbito do sistema do livre convencimento motivado, é o mesmo da direta, em conformidade com o que expressamente é assinalado na exposição de motivos do estatuto adjetivo penal.

Importa anotar, ainda, que os indícios a serem considerados são apenas os veementes, como ocorre no caso em tela.

Assim, as penas do acusado Eduardo passam a perfazer 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa (fls. 17/18).

Na espécie, verifica-se que, embora a pena-base não tenha sido fixada no mínimo legal, diante da expressiva quantidade da droga apreendida – 10,1kg de *crack* –, é de ver que a incidência das circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea reduziu o *quantum* de pena ao mínimo (5 anos de reclusão e 500 dias-multa). Assim, verifica-se que a providência ora pleiteada, de redução da pena-base ao mínimo legal, seria inócua, no caso em testilha.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, é assente nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a fixação da pena privativa de liberdade no seu mínimo, impede seja considerado qualquer efeito jurídico resultante da incidência de atenuante para autorizar sua diminuição aquém daquele patamar.

A propósito, confira-se o enunciado n.º 231 da súmula desta Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Não há falar, pois, em redução da pena-base.

No mais, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Para melhor deslinde da controvérsia, confira-se a fundamentação perfilhada pelo Magistrado de primeira instância acerca do tema:

Da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º da lei 11.343/2006:

Por fim, cabe ressaltar que não se deve aplicar o art. 33, §4º da lei 11.343/2006, vez que não preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos para tanto. O acusado, por certo, transportava 10 kg de "crack"s, tal como exposto acima, evidenciando que se dedica às atividades criminosas, tanto que recebeu a incumbência de transportar carga valiosa, vez que o material é vendido por R\$ 10,00 cada grama, em média (fl. 24).

O entendimento supra foi ratificado pelo Colegiado estadual, em sede de apelação (fls. 17/18).

Verifica-se, dessarte, que as instâncias de origem concluíram, com arrimo em elementos concretos dos autos, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, o que não pode ser revisto sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nesta sede, angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas.

- No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista a variedade de droga apreendida (ecstasy, LSD e maconha), bem como as circunstâncias do delito - a quantia apreendida de R\$ 390,00 no seu veículo e, conforme fls. 489, foram encontrados um revólver calibre 38, uma espingarda calibre 12, uma carabina calibre 20, 14 cartuchos calibre 38, 8 cartuchos calibre 12, 4 cartuchos calibre 20 e 3 estojos calibre 20.

- Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 378.135/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 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. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

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 da substância entorpecente apreendida, 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 entender o Colegiado estadual, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Tribunal a quo, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a expressiva quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 3.481, 89 g de cocaína acondicionadas em 5.696 sacos plásticos transparentes e 79,13 g de maconha acondicionadas em 42 sacos plásticos transparentes (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 384.720/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16/02/2017, DJe 24/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância ordinária, com fulcro na quantidade e natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica habitualmente ao tráfico de entorpecentes, 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.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.897/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

Outrossim, quanto à causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei n.º 11.343/06, verifica-se que a aplicação da referida majorante foi devidamente fundamentada, com fulcro nos elementos probatórios intrínsecos aos autos.

Com efeito, as instâncias de origem consignaram, com base nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso V, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto teria sido "comprovado que os acusados transportavam as drogas entre Estados da Federação, qual seja entre Santa Catarina e São Paulo" (fls. 24/25).

O objeto do pedido acerca do afastamento da causa de acréscimo de pena constitui matéria de fato, não de direito, visto que a inversão do decidido depende de um exame amplo e profundo do elemento probatório, a fim de se firmar um entendimento diverso do adotado pelas instâncias ordinárias.

Consideração contrária ao ventilado pelas instâncias de origem, fora dos aspectos objetivos tratados, acarretaria em incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, tendo em vista os estreitos lindes deste átrio processual. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE AFASTAMENTO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEMANDAS QUE IMPLICAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

7. O afastamento da causa de aumento de pena do inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, como almejado pela impetração, esbarra na imprescindível análise do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus.

8. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e readequar a pena imposta ao paciente para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 735 (setecentos e trinta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da sua condenação.

(HC 234.105/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VIA INADEQUADA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE MENORIDADE RELATIVA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE E QUALIDADE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

(...)

4. As instâncias ordinárias concluíram, com arrimo nas provas e nos fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, VI, da Lei Antidrogas ficou plenamente caracterizada, porquanto a empreitada criminosa teria envolvido adolescente. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, inviável na sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinar que o Tribunal estadual aplique o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no percentual que entender devido.

(HC 343.290/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/05/2016)

Por derradeiro, confira-se a fundamentação perfilhada pelo Colegiado estadual acerca do regime inicial de cumprimento de pena do paciente:

O acusado, ainda, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, em que pese a suspensão da vigência da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, cm virtude da Resolução nº 5, publicada cm 16 de fevereiro de 2012, do Senado Federal, as características do caso em tela exigem reprovação penal diferenciada, ou seja, a substituição seria insuficiente para a resposta penal adequada.

Não é demais anotar, ainda, que o quantum da pena impede a substituição.

Pelos mesmos motivos, **o regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade do acusado, o inicial fechado, apresenta-se como adequado e compatível com as circunstâncias do caso em tela** (fls. 18/19) (grifou-se).

Na espécie, verifica-se não ser possível a fixação de regime inicial diverso do fechado. Com efeito, consoante destacou a Corte de origem, o regime inicial fechado é o mais "adequado e compatível com as circunstâncias do caso em tela", tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, qual seja, a quantidade da droga envolvida na empreitada criminosa, a saber, 10,01kg de *crack* (fl. 21).

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que 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".

Não há falar, pois, em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

1. Não há falar em bis in idem, tendo em vista que o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastado, no caso, em razão da conclusão de que o paciente possuiria elo com facções criminosas. A tese recursal de que não haveria respaldo probatório para a conclusão adotada no sentido de que o agravante teria envolvimento com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa, para ser acolhida, demandaria ampla dilação em fatos e provas, o que não se harmoniza com o rito do habeas corpus, de cognição sumária.

2. Regime fechado mantido e devidamente fundamentado ao se considerar a quantidade, diversidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas (800 g de maconha, 380 g de cocaína e 342 g de crack).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 389.816/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

- O Supremo Tribunal Federal, 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, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

- Na hipótese, como bem destacado pelo Tribunal a quo, tendo em vista a diversidade, natureza e considerável quantidade de droga apreendida, recomendável a fixação do regime inicial fechado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas Corpus não conhecido.

(HC 382.307/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

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. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com base na expressiva quantidade e na natureza de droga apreendida (171 porções de crack) que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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. 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.

5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de droga apreendida. (Precedente)

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 382.243/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)

Com efeito, não obstante a reprimenda final seja inferior a 8 anos, é inviável a imposição do regime semiaberto, diante da existência de elemento concreto a figurar em demérito do paciente, a saber, a quantidade da droga encontrada em seu poder, o que, inclusive, ensejou a fixação da pena-base acima do mínimo legal. De rigor, pois, a manutenção do regime inicial fechado.

Tem-se, pois, que a impetração não merece prosperar.

Ante o exposto, **denego a ordem**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0001004-9

HC 432.351 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00026694020168260495 20170000978640 26694020168260495

EM MESA

JULGADO: 03/04/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: BRUNO HENRIQUE NOGUEIRA FRANCO
ADVOGADO	: BRUNO HENRIQUE NOGUEIRA FRANCO - PR062324
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDUARDO CARLOS HONORIO (PRESO)
CORRÉU	: ISABELA SABRINA SCHMITZ

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.