



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 399.981 - SP (2017/0113626-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : GUILHERME CAMBIAGHI PEDROSA (PRESO)
ADVOGADO : HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTRO(S) - SP386652
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
2. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado (550,3g de maconha), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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.
3. 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.
4. Embora primário e a pena tenha sido fixada em 5 anos de reclusão, o regime fechado (imediatamente mais gravoso que o previsto para o *quantum* sanção imposta) é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade de droga apreendida, conforme autoriza o disposto no arts. 33, § 3º, do Código Penal, c.c o art. 42 da Lei de Drogas.
5. Agravo regimental não provido.

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 399.981 - SP (2017/0113626-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **GUILHERME CAMBIAGHI PEDROSA (PRESO)**
ADVOGADO : **HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTRO(S) - SP386652**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **GUILHERME CAMBIAGHI PEDROSA** contra decisão na qual não conheci do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 270-278).

Alega o agravante que a pena fixada, a negativa de incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e o estabelecimento do regime mais gravoso violam a legislação e a jurisprudência pátria, pois amparados em considerações abstratas e errôneas acerca do delito.

Pleiteia a reconsideração da decisão impugnada, a fim de que o presente *writ* seja conhecido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 399.981 - SP (2017/0113626-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : GUILHERME CAMBIAGHI PEDROSA (PRESO)
ADVOGADO : HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTRO(S) - SP386652
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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).

2. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado (550,3g de maconha), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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.

3. 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.

4. Embora primário e a pena tenha sido fixada em 5 anos de reclusão, o regime fechado (imediatamente mais gravoso que o previsto para o *quantum* sanção imposta) é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade de droga apreendida, conforme autoriza o disposto no arts. 33, § 3º, do Código Penal, c.c o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

O agravo não merece prosperar.

A decisão recorrida, transcrita a seguir, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, porque ela está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

"[...]"

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício. Preliminarmente, cumpre ressaltar a inviabilidade de análise direta por esta Corte superior acerca do pedido de reconhecimento de nulidade por cerceamento de defesa, sob pena de indevida supressão de um grau de jurisdição, uma vez que tal matéria sequer foi objeto de debate no Tribunal de origem. Sobre o tema: HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 2/2/2016.

Ademais disso, no que concerne aos pedidos de absolvição ou desclassificação do delito para o previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, verifica-se que o Tribunal de origem, ao firmar seu convencimento para a confirmação do édito condenatório pelo delito de tráfico de drogas, assim consignou:

'A materialidade restou devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/07), boletim de ocorrência (fls. 08/10), auto de exibição e apreensão (fls. 40), laudo de exame toxicológico (fls. 64) e pela prova oral colhida.

A autoria também restou devidamente comprovada.

Em juízo o acusado confessou a propriedade da droga, no entanto, afirmou que o entorpecente seria destinado ao seu próprio uso. O acusado afirmou ter adquirido a grande quantidade de droga pois não tinha medo de ir à biqueira e ser preso no local, o que aconteceu com diversos de seus amigos. O acusado também afirmou que possuía a balança de precisão para conferir o entorpecente recém adquirido.

A parcial confissão do acusado restou isolada do conjunto probatório dos autos.

Os policiais Gislei e Leonardo em juízo narraram que após receber denúncia de um popular de que na frente do bar dois rapazes comentavam sobre drogas, foram até o local, sendo que lá chegando os dois rapazes, ao notarem a aproximação policial, se separaram. Foi realizada a abordagem e, no assoalho do carro de um dos rapazes foi encontrado meio quilo de maconha e uma balança.

A testemunha de defesa Maria apenas confirmou ter conhecimento de que o acusado é usuário de maconha desde seus 17 ou 18 anos.

A testemunha Eder, irmão do acusado, confirmou a prisão de seu irmão em frente a sua farmácia, mas não presenciou a abordagem, pois estava fechando a farmácia no momento dos fatos. A testemunha confirmou que seu irmão é usuário de maconha.

Os policiais foram seguros em seus depoimentos, devendo pesar o fato de, presumidamente, agir em consonância com o interesse público, visando tão-só o esclarecimento da verdade e a manutenção da ordem.

Importante ressaltar que as declarações feitas pelos policiais são suficientes para embasar a condenação do apelante, pois tais relatos apresentam riqueza de detalhes, são coerentes e estão em perfeita sintonia com a prova colhida, inexistindo qualquer indício de que os mesmos tenham sido mentirosos ou tivessem qualquer interesse em prejudicar o acusado.

Ainda, tais depoimentos não devem ser desqualificados tão-só pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condição profissional. Além disso, nada há de concreto nos autos que pudesse desmerecer essa prova.

(...)

Portanto, não há motivo para retirar a credibilidade dos depoimentos de policiais que presenciam a prática de crimes nos exercícios de suas funções. Assim, impossível falar-se em absolvição por insuficiência de provas.

O conjunto probatório é robusto e harmônico, não restando dúvidas acerca da materialidade e da autoria do crime de tráfico.

Inviável a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Importante ressaltar que a prova da mercancia, não necessita ser direta, mas pode ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico a sustentem a distribuição comercial do entorpecente.

O tipo penal do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tem conteúdo múltiplo e descreve diversas condutas, sendo o bastante para a sua caracterização a prática de apenas uma delas. Na hipótese dos autos, as condutas típicas de trazer consigo e guardar restaram configurada e se subsumem ao tipo penal com perfeição. Da mesma forma, é inexigível a *traditio* para a consumação do delito.

Ainda, o fator quantidade da droga, que tanto pode indicar tráfico quanto uso próprio, não pode ser analisado isoladamente. No automóvel do acusado foi encontrado um tijolo de maconha e, tal quantidade de droga, aliada as insuspeitas declarações dos policiais, bem como ante o fato de o entorpecente estar todo em uma única porção, tudo a indicar que a droga encontrada destina-se ao comércio ilícito.

Assim, ante o conjunto probatório dos autos, não há outra solução que não a manutenção da condenação.' (e-STJ, fls. 201-206)

Como se observa, foram apontados elementos concretos aptos a comprovar a autoria pelo crime de tráfico de drogas. Segundo se infere do acórdão impugnado, o paciente foi surpreendido na posse de expressiva quantidade de entorpecente (500,3g de maconha, conforme Laudo de Constatação à fl. 39, e-STJ), bem como balança de precisão, sem autorização e em desacordo com norma regulamentar, consoante depoimento idôneo dos policiais que realizaram o flagrante, colhidos sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Desse modo, a pretensão de absolvição ou de desclassificação deduzida neste *writ* demandaria o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, sendo inviável no meio escolhido.

A propósito, os seguintes julgados que respaldam esse entendimento:

"TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição ou desclassificação da conduta imputada a um dos pacientes para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006 são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do *habeas corpus* a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

[...] (HC 362.961/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1º/12/2016, DJe 7/12/2016, grifou-se).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. EXASPERAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PACIENTE QUE PRETENDIA ASSUMIR COMO UM DOS LÍDERES DO TRÁFICO. NATUREZA DA DROGA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. NÃO CONHECIMENTO.

1. O *habeas corpus*, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ.

Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico restaram plenamente caracterizados. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amalhado ao feito, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

2. Não se vislumbra ilegalidade no tocante à primeira fase da dosimetria, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação das penas-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista que o paciente 'pretendeu assumir como um dos líderes do tráfico na cidade de Fronteiras após a operação ocorrida no mês de novembro do ano de 2013, cooptando pessoas para realizarem a venda', bem como a natureza da substância entorpecente apreendida - *crack* - (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

3. Não é possível a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, haja vista que a referida benesse não é aplicável ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 371.353/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 6/12/2016, DJe 16/12/2016, grifou-se)

Quanto ao pleito de reconhecimento do tráfico privilegiado, com aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, também não assiste razão aos impetrantes. Da dosimetria realizada, colhe-se o seguinte excerto do acórdão ora reprochado:

'As penas não comportam reparos porque foram fixadas de acordo com os parâmetros legais, estão motivadas e individualizadas com o caso concreto.

A pena base foi fixada no mínimo legal em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa e assim restou totalizada.

Na segunda fase o acusado foi beneficiado com o reconhecimento da confissão, no entanto, como a pena base foi fixada no mínimo legal é sabido que atenuantes não tem o condão de baixar a pena aquém do piso.

Na terceira fase, inviável a aplicação do redutor presente no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06.

O tráfico de drogas é crime de perigo contra a saúde pública e, levando em consideração que tal quantidade de drogas alcançaria facilmente um enorme número de pessoas, tal circunstância deve ser devidamente analisada na fixação da pena, em face da maior reprovabilidade da conduta.

A quantidade de droga considera o potencial de prejuízo à saúde pública que a atividade do traficante venha causar e, tal preceito está em consonância com o princípio da individualização das penas, pois trata de maneira diferente o pequeno traficante do traficante já consolidado que lida com maiores quantidades de entorpecentes.

Ainda, em razão da expressiva quantidade de entorpecentes apreendida, bem como da variedade dos mesmos, a acusada deveria se dedicar a atividades criminosas, pois não parece crível que fosse confiada a um desconhecido a comercialização de tantos entorpecentes. Deste modo, impossível a redução da pena em razão da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06.

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser mantido em fechado.

Ressalta-se que o tráfico ilícito de entorpecentes possui natureza de delito equiparado aos hediondos, por disposição constitucional (artigo 5º, inciso XLIII).

A Constituição Federal previu o tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos ou a eles equiparados, conforme a letra do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, razão pela qual, existe determinação expressa no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, de que os condenados em face de crimes hediondos ou a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo deverão iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Tal tratamento mais severo corresponde a medida político-criminal que busca harmonizar a legislação pátria à gravidade do delito, suas consequências, bem como à resposta necessária à prática deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito.' (e-STJ, fls. 206-207).

A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015).

Na hipótese dos autos, observa-se que o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes, levando em conta a expressiva quantidade de entorpecente apreendido (500,3g de maconha), assim como as demais circunstâncias da prisão em flagrante.

Logo, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – ensejaria o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

'PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INALTERADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que o acolhimento do pedido de absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas ou de desclassificação para uso próprio, por demandar imersão no conjunto fático-probatório dos autos, é inviável na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 integrem organizações criminosas.

4. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na quantidade de droga encontrada (355 g de crack e 52 tijolinhos de maconha), 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).

5. Mantido o *quantum* da sanção corporal imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, 'b', do CP.

6. *Habeas corpus* não conhecido.' (HC 385.279/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe de 23/3/2017, grifou-se)

'AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PONTO DO *DECISUM* SEM IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA.

1. Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido, em observância ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que havendo demonstração de que o paciente se dedica à atividade criminosa, mostra-se inaplicável a minorante em questão.

2. Na espécie, as instâncias ordinárias, ao analisarem as circunstâncias dos autos - levando em consideração, entre outros aspectos, a quantidade da droga (6 kg de maconha) e a apreensão de instrumentos próprios da narcotraficância - afirmaram que o acusado se dedicava ao comércio de entorpecentes.

3. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus* (HC n. 372.505/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta turma, DJe 16/12/2016).

4. A falta de impugnação específica desse fundamento utilizado na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado da Súmula 182/STJ.

5. Agravo regimental não conhecido.' (AgRg no HC 387.332/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/3/2017, DJe de 22/3/2017, grifou-se)

Por último, deve-se asseverar que, mantido o *quantum* da sanção corporal imposta ao paciente, não há qualquer ilegalidade quanto à manutenção do regime fechado fixado para o início de cumprimento da reprimenda.

É que, muito embora o regime inicial fechado tenha sido imposto com base em considerações genéricas acerca da gravidade abstrata e da natureza hedionda do delito, que não constituem elementos válidos para a definição do modo mais rigoroso de cumprimento de pena, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, revela-se correto o regime **fechado** para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão, diante da quantidade de droga apreendida (500,3g de maconha), que inclusive foi utilizada para impedir a aplicação da minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na terceira fase da dosimetria.

Nesse sentido:

'PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ATIVIDADE CRIMINOSA CONFIGURADA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA FIXADA EM 5 ANOS DE RECLUSÃO. *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 ofício.

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.

III - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza *bis in idem* tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014). Forçoso concluir, assim, que permitiu o col. STF, *mutatis mutandis*, a valoração de tal circunstância desfavorável (a quantidade e a natureza do entorpecente) na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

IV - *In casu*, o eg. Tribunal de origem afastou a causa especial de diminuição de pena porque entendeu que as circunstâncias do caso concreto demonstram que o acusado se dedicava à atividade criminosa do tráfico de entorpecente, não somente pela grande quantidade e diversidade de drogas apreendidas (28,66 g de cocaína e 1.564,5 g de maconha), mas, também, pela forma de acondicionamento das substâncias ilícitas e pela apreensão de grande quantia em dinheiro (R\$ 1.250,00) e de outros apetrechos (facas com resíduos de maconha, saco de embalagem, *ependorfs* vazios), normalmente utilizados pelos comerciantes contumazes para o preparo de porções individuais próprias para a venda aos usuários.

V - Assim, o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, foi afastado de maneira fundamentada, com remissão a elementos concretos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso em exame, de modo que a sua reforma implicaria em revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível nesta instância extraordinária, máxime na via estreita do *habeas corpus* (Precedentes).

VI - Presentes circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que foram consideradas na terceira fase da dosimetria da pena, inclusive a natureza e a quantidade da droga, inviável a fixação do regime intermediário unicamente em razão do montante de pena imposto à paciente, ex vi dos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006.

VII - Mantida a pena definitivamente em 5 (cinco) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.' (HC 400.652/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe de 29/8/2017, grifou-se).

'[...] 3. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

In casu, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 16 eppendorfs de cocaína, 4 trouxinhas de maconha e 89 pedras de crack - utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação in totum do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.' (HC 389.871/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 24/5/2017, grifou-se).

Ante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.
Publique-se. Intimem-se". (e-STJ, fls. 270-278).

Como se verifica, o Tribunal de origem apontou elementos concretos para se inferir a habitualidade delitiva do ora agravado, tendo em vista a apreensão de uma balança de precisão e expressiva quantidade de drogas com o agente (500,3g de maconha). Logo, concluído pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o agravante faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – ensejaria o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Por sua vez, vale lembrar que "a valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso." (HC 394.063/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 29/8/2017).

Desse modo, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado, diante da expressiva quantidade de droga apreendida, conforme autoriza o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0113626-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 399.981 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00294147020158260114 16952015 20170000070321 22048194020158260000
294147020158260114

EM MESA

JULGADO: 03/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTROS
ADVOGADOS : JOSÉ PEDRO SAID JÚNIOR - SP125337
PAULO ANTONIO SAID - SP146938
GABRIEL MARTINS FURQUIM - SP331009
HENRIQUE ZIGART PEREIRA - SP386652
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME CAMBIAGHI PEDROSA (PRESO)

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 : GUILHERME CAMBIAGHI PEDROSA (PRESO)
ADVOGADO : HENRIQUE ZIGART PEREIRA E OUTRO(S) - SP386652
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.