



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 404.984 - SP (2017/0150186-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA CORREA DA COSTA BENJAMIM - SP0265935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURELIO NEVES
PACIENTE : FERNANDA CRUZ DE AGUIAR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. VERIFICAÇÃO DA FOLHA DE ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). VEDAÇÃO. REINCIDÊNCIA E PROCESSOS EM ANDAMENTO PELA PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. GRANDE QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. *"Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de condenação com trânsito em julgado em folha de antecedentes criminais é suficiente para caracterização da reincidência e dos maus antecedentes"* (HC 232.750/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 05/03/2015).

3. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

In casu, o acórdão impugnado destacou que o paciente Marco Aurélio ostenta a condição de reincidente e a paciente Fernanda possui processos anteriores em andamento pela prática de tráfico de drogas. Dessa forma, ambos os fundamentos afastam, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena pretendida. De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para vedar a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como na hipótese dos autos. Precedentes (HC 313.812/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 10/05/2016 e HC 280.204/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 17/04/2015).

4. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, quanto ao tema, foi editado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do – STF.

No caso dos autos, não restou evidenciada ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, embora as penas-bases tenham sido fixadas no mínimo legal e as reprimendas corporais tenham sido estabelecidas em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, correta a aplicação do regime mais gravoso, o fechado na hipótese, em face da quantidade e natureza das drogas apreendidas – 5 porções de cocaína (5,72g) e 20 pedras de *crack* (18,26g) –, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

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 e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 404.984 - SP (2017/0150186-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA CORREA DA COSTA BENJAMIM - SP0265935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURELIO NEVES
PACIENTE : FERNANDA CRUZ DE AGUIAR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MARCO AURELIO NEVES e FERNANDA CRUZ DE AGUIAR, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0076544-59.2012.8.26.0050).

Infere-se dos autos que os pacientes Marco Aurélio e Fernanda foram condenados pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), respectivamente, às penas de 6 anos de reclusão e 5 anos de reclusão, ambos em regime fechado.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a sentença em seus integrais termos. É esta a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de entorpecentes Autoria e materialidade delitiva comprovadas - Desclassificação para uso - impossibilidade - penas e regime bem aplicados - recursos da defesa não providos (fl. 63).

Na presente impetração, sustenta a defesa em relação ao paciente Marco Aurélio que não há nos autos certidão criminal atestando a existência de condenação definitiva em seu desfavor, razão pela qual não pode subsistir o aumento levado a efeito na segunda fase da dosimetria e nem o óbice à aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que não basta, para o reconhecimento da reincidência e afastamento da minorante, anotação constante da folha de antecedentes, que não tem fé pública.

Aduz em relação à Fernanda, que a paciente não se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não podendo o fato de estar respondendo a processo também pelo delito de tráfico obstar a aplicação do redutor, sob pena de violação ao princípio constitucional da inocência. Acrescenta que "*para o repúdio da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minorante em questão não bastam informações disponíveis nos autos acerca da conduta do réu, por mais negativas que sejam, se inexistir condenação com trânsito em julgado" (fl. 4).

Ressalta que a pena-base dos pacientes foi fixada no mínimo legal em razão das circunstâncias judiciais serem favoráveis e que em virtude da pena ser reduzida com a aplicação da benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, farão jus ao regime prisional aberto e à substituição da pena por restritiva de direitos.

Requer, em liminar e no mérito, a redução das penas pela aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como, a fixação de regime inicial diverso do fechado, com a consequente substituição da pena por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar às fls. 76/77, as informações foram prestadas às fls. 82/107 e 112/134 e o Ministério Público Federal, às fls. 136/140, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 404.984 - SP (2017/0150186-4)

VOTO

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

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, quanto ao paciente Marco Aurélio, o afastamento da reincidência, ao argumento de que a folha de antecedentes do paciente não seria meio idôneo para essa constatação, bem como a aplicação da causa redutora (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas) e a fixação de regime prisional mais brando; quanto à paciente Fernanda, a aplicação da minorante, com a consequente fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

Os pacientes foram presos em flagrante na posse de 25 porções de cocaína (5,72g) e 20 pedras de crack (18,26g).

Diante disso, os pacientes Marco Aurélio e Fernanda foram condenados pela prática do delito de tráfico de drogas, respectivamente, às penas de 6 anos de reclusão e 5 anos de reclusão, ambos em regime fechado. O Tribunal *a quo*, por sua vez, negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantendo as penas fixadas na sentença condenatória, conforme se verifica:

As penas foram fixadas, na r. sentença, em montante adequado para a reprovação e prevenção do crime cometido pelo apelante, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Na primeira fase, atentando à disposição do art. 42, da Lei n. 11.343/06, a pena foi fixada corretamente no mínimo legal.

Na segunda fase, quando ao corréu Marco Aurélio a pena foi corretamente aumentada em 1/6 em razão da reincidência (fls. 62/67).

Na ausência de agravantes, atenuantes ou causas de aumento ou diminuição da pena, a pena foi mantida.

Não há que se falar na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, uma vez que o corréu Marco Aurélio é reincidente, e de acordo com o referido parágrafo, apenas incide a causa de diminuição de pena "desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Assim, correta a r. sentença que deixou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aplicar a diminuição.

Vale esclarecer que não há que se falar em *bis in idem* pelo fato de a reincidência ter sido utilizada para a exasperação da pena na segunda fase e para a não aplicação do redutor na terceira, conforme alega a defesa. Isto porque quando se ostenta condenação anterior na prática de outro crime, é indicativo de que se dedica a prática de atividades criminosas.

Além disso, o referido redutor se trata de causa especial de diminuição de pena, onde a reincidência impede a concessão do redutor e, portanto pode ser novamente considerada, tendo em vista a existência de comando específico nesse sentido.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é neste sentido.

"Não há que se falar em *bis in idem* na utilização da reincidência para agravar a pena e para afastar a aplicação da minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, visto que, consoante a uníssona jurisprudência desta Corte, é possível que um mesmo instituto jurídico incida em momentos distintos da dosimetria da pena, desde que haja comando legal específico nesse sentido. Precedentes".

Da mesma forma, não incide a causa de diminuição para a corré Fernanda, que apesar de ser primária, foi apreendido em poder deles uma razoável quantidade de droga e também pela natureza da droga (crack e cocaína). E ainda, vale ressaltar que a corré responde processo pelo mesmo crime (fls. 59/61).

O regime inicial fechado também deve ser mantido, ante a hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta e também evidenciada pela natureza e quantidade da droga apreendida, com fundamento no § 3º do artigo 33 do Código Penal, sendo inviável a pretensão defensiva para se substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

[..]

Não vejo como, pois, aderir às teses defensivas, mantendo-se a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, conforme previsão no art. 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 67/71).

Inicialmente, no que se refere ao afastamento da agravante de reincidência aplicada ao paciente Marco Aurélio, não há flagrante ilegalidade a ser reparada.

Com efeito, "a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento válido e suficiente para comprovar os maus antecedentes e a reincidência, motivo pelo qual não há que se falar em constrangimento ilegal na aferição negativa desse elemento" (HC 396.780/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/08/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A corroborar esse posicionamento:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. IDONEIDADE PARA COMPROVAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA DO RÉU. VALORAÇÃO DE UM DOS TÍTULOS CONDENATÓRIOS TRANSITADOS EM JULGADO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS DESATENDIDOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É assente a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (HC 175.538/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Dje 18/4/2013). 4. Da análise da folha de antecedentes acostada aos autos da impetração, depreende-se que o réu ostentava pelo menos duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos apurados nos autos do processo-crime, o que evidencia a possibilidade de exasperação da pena-base pelos maus antecedentes e, ainda, o reconhecimento de sua reincidência.

[...]

9. Writ não conhecido (HC 381.903/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2017).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. COMPROVAÇÃO DE REINCIDÊNCIA. REVALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. A folha de antecedentes criminais exarada pelo Departamento de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (e-STJ fls. 556/566 - Apenso 1) é documento hábil para comprovar a existência de maus antecedentes e a reincidência, considerando as informações necessárias contidas para esses fins, tais como número da ação penal, tipo de crime, data da condenação, quantidade de pena imposta e trânsito em julgado da sentença condenatória.

[...]

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 489.104/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico privilegiado". O dispositivo contém a seguinte redação:

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do Magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido destacou que o paciente Marco Aurélio ostenta a condição de reincidente, o que afasta, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena pretendida, estando esse fundamento em consonância com o entendimento desta Corte.

Da mesma forma, quanto à paciente Fernanda, verifico que não há ilegalidade na fundamentação apresentada pelo Tribunal *a quo* para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa, pois, de acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para justificar o afastamento da benesse em questão, como na hipótese dos autos.

Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE DA DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Nos termos 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 integrarem organizações criminosas.

5. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.

6. Caso em que as instâncias antecedentes negaram, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada na existência de outra ação penal em curso pelo delito de homicídio qualificado tentado e na expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos.

Logo, 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 (HC 401.661/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 18/08/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. ELEMENTO IDÔNEO PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA BASILAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE/NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, JUNTAMENTE COM AS ESPECIFICIDADES DO CASO, DENOTAM A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. [...] INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDO.

[...]

- 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 das drogas apreendidas e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do 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 o paciente dedicar-se às atividades criminosas, ante os maus antecedentes e a apreensão de quantidade considerável de droga nociva, 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 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Hipótese em que a pena do paciente foi motivadamente agravada pela reincidência em 1/6, diante da condenação anterior transitada em julgado pela prática do delito de furto privilegiado, na qual foi imposta exclusivamente pena de multa, o que não afasta a incidência da agravante do art. 61, I, do CP.

4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

5. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, é incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes.

6. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*. Precedentes.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido (HC 393.709/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/06/2017).

Ademais, para se acolher a tese de que a paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

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

[...]

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

[...]

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

Quanto ao regime prisional, entendo que o acórdão recorrido está devidamente fundamentado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. – CP Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

Súmula 440/STJ - "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso dos autos, não olvidando que as reprimendas corporais tenham sido estabelecidas em patamar inferior a 8 anos de reclusão, a Corte estadual estabeleceu o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos, qual seja, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas (25 porções de cocaína e 20 pedras de *crack*), que evidenciam a maior ousadia e periculosidade dos pacientes, correta a aplicação do regime mais gravoso, o fechado na hipótese, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

A propósito, confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. [...] REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base no patamar de 6 anos, considerando como desfavoráveis os maus antecedentes da paciente, em razão de três condenações específicas com trânsito em julgado há mais de cinco anos, e a quantidade e a natureza da droga apreendida - 62 pinos de crack (44,47g) e 08 pinos de cocaína (12,04g) -, o que não se mostra desproporcional.

[...]

9. Tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal (6 anos de reclusão), em razão dos maus antecedentes e da quantidade e da natureza da droga apreendida, há na hipótese circunstâncias concretas que autorizam a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas.

10. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido (HC 357.043/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/08/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ENVOLVIMENTO COM O TRÁFICO ORGANIZADO. REEXAME DE PROVAS. **REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). QUANTIDADE DE DROGA. CRITÉRIO IDÔNEO.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na falta de indicação pelo legislador de balizas para o quantum de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição do patamar de redução ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

5. Concluído pela Corte a quo, com fulcro na quantidade de drogas (316g de maconha), assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que a paciente integra o tráfico organizado, 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.

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Embora a paciente seja primária e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista as circunstâncias concretas do delito e a quantidade da droga apreendida.

8. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 359.734/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, 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.

- Habeas corpus não conhecido (HC 321.684/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016).

Por fim, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que os pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44 do CP, haja vista que as penas privativas de liberdade restaram fixadas em patamar superior a 4 anos.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0150186-4

HC 404.984 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0076544592012 00765445920128260050 14012012 20160000034269 76544592012
765445920128260050

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA CORREA DA COSTA BENJAMIM - SP0265935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURELIO NEVES
PACIENTE : FERNANDA CRUZ DE AGUIAR

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

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 e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.