



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.714 - MS (2017/0161558-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PAULO HELYSON ARAÚJO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

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. INTEGRAÇÃO A ASSOCIAÇÃO 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 - **Na hipótese**, o eg. Tribunal de origem afastou a causa especial de diminuição de pena porque entendeu que as circunstâncias do caso concreto evidenciam "*integrar organização criminosa, não havendo o que se falar em eventualidade*", não somente pela grande quantidade de drogas apreendidas (**27 quilos de maconha**), mas, também, pela declaração do paciente de que receberia R\$ 1.000,00 pelo transporte da droga, demonstrando não se tratar de simples "mula" ou "aviãozinho", eis que contratado, repito, para transportar expressiva quantidade de entorpecentes.

IV - O art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, foi afastada de maneira fundamentada, com remissão a elementos concretos do caso em exame de modo que rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama a impetrante, demandaria, necessariamente, amplo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. (**Precedentes**).

V - Considerando-se apenas o **quantum** de pena aplicado (5 anos de reclusão), o regime poderia, em princípio, ser o semiaberto. Todavia, não se pode olvidar a existência de **circunstância desfavorável** que foi considerada na dosimetria da pena, na terceira fase, para afastar a causa especial de redução de pena. Assim, inviável a fixação de regime diverso do fechado unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, **ex vi** dos **arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006**.

VI - 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.714 - MS (2017/0161558-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PAULO HELYSON ARAÚJO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de PAULO HELYSON ARAÚJO DOS SANTOS em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul**, nos autos dos embargos infringentes n. 0000124-49.2014.8.12.0012/50000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n 11.343/2006 (fls. 301-311).

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o eg. Tribunal de justiça, que, por maioria, deu provimento ao apelo ministerial, para afastar a minorante do art. 33, § 4º, e reconhecer a causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO - PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONDUTA EVENTUAL - GRANDE QUANTIDADE DE DROGA - MANIFESTA ESTRUTURA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - DESCABIMENTO - TRANSPORTE COLETIVO - INCIDÊNCIA - PROVIMENTO.

O transporte de 27 kg (vinte e sete quilos) de maconha no interior de transporte coletivo demonstra convergência de vontades, esforços e divisão de tarefas na consecução no tráfico de drogas, indicando o direto envolvimento com organização criminosa ou, ao menos, contribuição de alguma forma com a mesma, o que evidencia o descabimento da conduta eventual.

A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, deve ser reconhecida quando o agente se utiliza de um serviço público para ampliar o poder logístico do tráfico de drogas, em situações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que dificultam a atuação policial.

Apelação do Parquet a que se dá provimento, atentando-se à correta aplicação da lei" (fl. 316).

Foram opostos embargos infringentes, parcialmente providos apenas para afastar a causa de aumento de pena do art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, fixando a reprimenda definitivamente em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06. A ementa ficou assim redigida:

"EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO CONFIGURADO – MAJORANTE DO ART. 40, III, LEI 11.343/06 – AGENTE FLAGRADO COM ENTORPECENTE DENTRO DE TRANSPORTE PÚBLICO – AFASTAMENTO DEVIDO – PENA REDIMENSIONADA – EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Não estando presentes todos os requisitos legais enumerados no âmbito do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, não há falar em aplicação da redução de pena com base a alegação de tráfico privilegiado.

Ausente prova de difusão, comércio ou uso do entorpecente no interior do transporte coletivo, incabível a aplicação da causa de aumento de pena prevista pelo artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06" (fl. 262).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, que faz jus a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e, por consequência, a fixação do regime inicial aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o afastamento da hediondez do crime.

Para tanto, sustenta, que "[...] não há provas nos autos de que o Paciente integrava organização criminoso, muito pelo contrário, há evidências inequívocas de que atuaram como “mulas do tráfico”. Isso porque, a quantidade da droga apreendida não é expressiva em relação àquelas comumente apreendidas no Estado de Mato Grosso do Sul (27 kg de “maconha”); trata-se de réu primário e portador de bons antecedentes, fazendo jus, assim, à aplicação da minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006" (fl. 10).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Menciona, também, que "[...] o Paciente é primário e as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal lhe são favoráveis, tanto é verdade que a pena-base foi fixada no mínimo legal (páginas 558-559), sendo cabível, portanto, a fixação do regime aberto" (fl. 17).

Além disso, afirma, que "[...] não haverá óbice para a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, tendo em vista que após o reconhecimento do tráfico privilegiado e, consequente redimensionamento da pena, está restará fixada em quantum inferior a 04 (quatro) anos" (fl. 17).

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja "[...] reconhecida a benesse do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e, por consequência seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, por fim, seja afastada a hediondez do delito de tráfico privilegiado" (fl. 22).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 281-283.

Informações prestadas às fls. 291-293.

O Ministério Público Federal, à fl. 250, manifestou-se pelo não cabimento do **habeas corpus** em parecer sem ementa.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.714 - MS (2017/0161558-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PAULO HELYSON ARAÚJO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

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.
INTEGRAÇÃO A ASSOCIAÇÃO 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 - Na hipótese, o eg. Tribunal de origem afastou a causa especial de diminuição de pena porque



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendeu que as circunstâncias do caso concreto evidenciam "**integrar organização criminoso, não havendo o que se falar em eventualidade**", não somente pela grande quantidade de drogas apreendidas (**27 quilos de maconha**), mas, também, pela declaração do paciente de que receberia R\$ 1.000,00 pelo transporte da droga, demonstrando não se tratar de simples "mula" ou "aviãozinho", eis que contratado, repito, para transportar expressiva quantidade de entorpecentes.

IV - O art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, foi afastada de maneira fundamentada, com remissão a elementos concretos do caso em exame de modo que rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama a impetrante, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus. (Precedentes)**.

V - Considerando-se apenas o **quantum** de pena aplicado (5 anos de reclusão), o regime poderia, em princípio, ser o semiaberto. Todavia, não se pode olvidar a existência de **circunstância desfavorável** que foi considerada na dosimetria da pena, na terceira fase, para afastar a causa especial de redução de pena. Assim, inviável a fixação de regime diverso do fechado unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, **ex vi dos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006**.

VI - 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.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo à análise das razões do presente **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como a fixação do regime aberto para resgate da reprimenda e a substituição da corporal por restritivas de direitos.

Ressalta-se, oportunamente, que a via do **writ** somente se mostra adequada para a revisão da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1/8/2017).

Para delimitar a **quaestio**, colaciono o seguinte excerto do v. acórdão ora vergastado, no que diz respeito à aplicação da reprimenda:

"Portanto, para que o acusado por crime de tráfico de entorpecente tenha o privilégio da redução da pena é necessário o preenchimento de quatro condições, de forma cumulativa, quais sejam: a) agente primário; b) bons antecedentes; c) não se dedique a atividades criminosas; d) nem integre organização criminosa, como dispõe o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Compulsando o caderno processual, vislumbra-se que o apelante não preenche todos os requisitos exigidos para a concessão da benesse do tráfico privilegiado. Isto porque foi "contratado" por terceira pessoa para transportar o entorpecente da cidade de Coronel Sapucaia/MS até Cassilândia/MS, tendo sido flagrado durante abordagem policial na base operacional de Ivinhema/MS que, durante uma vistoria no ônibus em que viajava, o surpreendeu na posse de 27 kg da substância popularmente conhecida como "maconha". Em interrogatório afirmou, ainda, que receberia R\$ 1.000,00 (mil reais) pelo transporte. Nisto, as peculiaridades do caso concreto evidenciam integrar organização criminosa, não havendo o que se falar em eventualidade.

Afinal, ninguém confiaria uma relevante quantidade de droga, de alto valor comercial, senão a uma pessoa da mais alta confiança do contratante" (fls. 264-265, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, conforme se depreende do trecho acima transcrito, o eg. Tribunal de origem afastou a causa especial de diminuição de pena porque entendeu que as circunstâncias do caso concreto evidenciam **"integrar organização criminosa, não havendo o que se falar em eventualidade"**, não somente pela grande quantidade de drogas apreendidas (27 quilos de maconha), mas, também, pela declaração do paciente de que receberia R\$ 1.000,00 pelo transporte da droga, demonstrando não se tratar de simples "mula" ou "aviãozinho", eis que contratado, repito, para transportar expressiva quantidade de entorpecentes.

Vejam-se, a respeito, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n.11.343/2006. Precedentes.

- *Hipótese em que o Tribunal de origem conferiu legalidade quando não reconheceu o privilégio, demonstrando a dedicação às atividades ilícitas diante da quantidade e da nocividade dos entorpecentes apreendidos, aliada às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pela apreensão de balança de precisão e demais materiais utilizados no preparo das drogas, bem como ao fato de um dos pacientes contar com o registro de processo em curso e o outro, com condenação definitiva posterior aos fatos em tela. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.*

- *Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.*

[...]

- *Habeas corpus não conhecido" (HC 370.363/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 8/11/2016, grifei).*

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. POSSIBILIDADE.

[...]

3. *Extrai-se dos autos que foi apreendido na residência da paciente 42 papérolas de cocaína, pesando 11,3g, bem como 1 balança artesanal, utilizada para a pesagem das drogas; 2 peneiras com vestígios de cocaína, diversas embalagens plásticas recortadas, utilizadas para acondicionarem os entorpecentes e 2 dixeadores de maconha.*

4. *Essas circunstâncias foram consideradas na terceira etapa da dosimetria da pena, servindo de alicerce para justificar a não incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, dada a dedicação da paciente à atividade criminosa.*

5. *Embora a pena seja inferior a oito anos e a ré seja primária, as circunstâncias do crime autorizam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.*

6. *Habeas corpus não conhecido" (HC 289.883/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 2/2/2015, grifei).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nota-se, portanto, que a causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, foi afastada de maneira fundamentada, com remissão a elementos concretos do caso em exame de modo que rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama a impetrante, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DOS CONDENADOS À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DEMONSTRADA EM FUNÇÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual 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 do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelas circunstâncias do delito e pela quantidade de drogas apreendidas (33,7g de "maconha", distribuída em 18 embalagens), está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto" (HC 351.136/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 29/9/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. **BIS IN IDEM**. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. *Concluído pelo Tribunal a quo, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava 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.*

[...]

6. *Habeas corpus não conhecido*" (HC 371.857/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 10/2/2017, grifei).

Assim, não se vislumbra, no caso, qualquer ilegalidade no que concerne à não aplicação do minorante a ensejar o acolhimento da pretensão.

Em relação à possibilidade de fixação de regime mais brando e de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, **verifico que o pleito defensivo também não merece guarida.**

Explica-se. Considerando-se apenas o **quantum** de pena aplicado (5 anos de reclusão), o regime poderia, em princípio, ser o semiaberto. Todavia, não se pode olvidar a existência de **circunstância desfavorável** que foi considerada na dosimetria da pena, na terceira fase, para afastar a causa especial de redução de pena. Assim, inviável a fixação de regime diverso do **fechado** unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, **ex vi dos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006.**

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE. INAPLICABILIDADE. ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS. INCURSÃO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. ORDEM NÃO CONHECIDA. [...]

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Os Tribunais Superiores têm decidido que, 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 de tal índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em consideração as provas obtidas nos autos e a qualidade e quantidade de drogas apreendidas.

5. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e 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.

6. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

7. In casu, a despeito de o paciente ter sido condenado à pena de 5 anos de reclusão, a quantidade da droga apreendida em poder do paciente - considerada na terceira fase da dosimetria da pena, (198 gramas de cocaína e 252 gramas de maconha) - configura circunstância judicial desfavorável que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Estabelecido o quantum da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. Ordem não conhecida" (HC 361.913/SP, **Quinta Turma**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 8/11/2016, grifei).

Por derradeiro, fixada 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.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0161558-1

HC 406.714 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000846720148120012 00001244920148120012 00003803820148120029
00023878820138120012 1244920148120012 23878820138120012 3803820148120029
40138128020138120000 846720148120012

EM MESA

JULGADO: 27/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PAULO HELYSON ARAÚJO DOS SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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