



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 477.630 - SP (2018/0293788-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
DANIELLE RINALDI BARBOSA - SP288712  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : OTHON FERNANDO PELEGRINO RAMOS DOURADO  
(PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDA. PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. NATUREZA DE DUAS DROGAS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. 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 – 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.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, e, no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza do entorpecente, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base em 1/3 mostra-se razoável em razão da grande quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (41 *eppendorfs* de cocaína - 75,900g, 60 pedras de *crack* - 23,690g, e 17 porções de maconha - 44,640g –, considerando os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão.

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao caso concreto, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela grande quantidade de drogas apreendida, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF.

5. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, tendo o Tribunal de origem destacado, também, quanto ao regime, a natureza de duas drogas – *crack* e cocaína. Dessa forma, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em 5 anos, 6 meses e 20 de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

6. *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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 477.630 - SP (2018/0293788-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
DANIELLE RINALDI BARBOSA - SP288712  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : OTHON FERNANDO PELEGRINO RAMOS DOURADO  
(PRESO)

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por OTHON FERNANDO PELEGRINO RAMOS DOURADO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0009699-83.2016.8.26.0477.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes privilegiado), à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 250 dias-multa.

Irresignados, a acusação e a defesa interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial para afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixando a pena do paciente em 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 555 dias-multa, em acórdão que restou assim ementado:

*MATERIALIDADE* auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo comprovação que os materiais apreendidos são drogas.

*AUTORIA* depoimento policial que indica a apreensão de droga validade depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado inoportunidade no caso em tela.

*TRÁFICO* destinação a terceiros indícios tais como quantidade incompatível com a figura de usuário; falta de capacidade econômica para o réu possuir as drogas apreendidas para seu uso pessoal; o local de a abordagem policial ser conhecido como ponto de venda de drogas; o encontro do dinheiro juntamente com as drogas indicando a comercialização de outras porções de entorpecente.

*PENA* reparo na pena base fixada acima do mínimo legal, ante a quantidade e variedade de drogas encontradas em poder do réu, podendo utilizar ao invés a natureza e diversidade provimento ao recurso ministerial na segunda fase a pena foi reduzida pela atenuante da menoridade recurso ministerial requerendo afastamento do redutor



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 acolhimento inaplicado o referido redutor, visto que o réu se dedicava a prática de atividade criminosa provimento ao recurso ministerial.*

*REGIME circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu regime fechado improvimento ao apelo defensivo, com determinação (fl. 141).*

No presente *mandamus*, a defesa alega que a quantidade de droga apreendida não foi significativa e, portanto, não poderia ensejar o recrudesimento de 1/6 da pena-base, devendo esta ser mantida no mínimo legalmente estabelecido.

Sustenta que o paciente preenche todos os requisitos necessários para a aplicação do redutor no patamar máximo. Aduz que o regime fechado foi fixado na gravidade abstrata do delito, o que não se compatibiliza com o entendimento desta Corte.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a manutenção da pena-base no patamar mínimo legal, a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação do regime aberto ou, subsidiariamente, a aplicação do regime semiaberto.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 160/162).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fl. 167).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 477.630 - SP (2018/0293788-3)

### 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, na presente impetração, o redimensionamento da pena do paciente mediante o afastamento do aumento da pena-base, o reconhecimento da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo e a fixação de regime mais brando.

Inicialmente, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar, de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

O paciente foi preso em flagrante trazendo consigo e guardando 41 *ependorfs* de cocaína (pesando 75,900g), 60 pedras de *crack* (com peso de 23,690g) e 17 porções de maconha (com massa de 44,640g) (fl. 147).

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou o paciente por tráfico de drogas privilegiado à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 291 dias-multa, nos seguintes termos:

*Diante do exposto, julgo procedente a pretensão punitiva para o fim de CONDENAR o acusado como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.*

*Nessas condições e partindo do mínimo legal, passo à dosimetria e individualização da pena, com observância do sistema trifásico (art. 68 do CP).*

***Na primeira fase, considerando os elementos constantes nos artigos 42 da Lei 11.343/06 e 59 do Código Penal, atento às circunstâncias e consequências do delito praticado, aumento a pena base em 1/6, cm razão da quantidade considerável e variedade de drogas apreendidas, passando a pena a 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes. Presente a atenuante da menoridade, pelo que reduzo a pena em 1/6, tornando ao mínimo legal.***

*Na terceira fase, ausentes causas de aumento. Diante da primariedade do réu e de ausência de prova segura de que se dedique a atividades criminosas, cabível a causa de diminuição prevista no art. 33, §º 4º da Lei 11343/06. Entretanto, dada a atividade exercida pelo réu, a qual acarreta sérios danos à incolumidade pública, entendo ser o caso de diminuir a pena em 1/2. Ressalto que o quantum da diminuição deve ser proporcional ao delito praticado e suficiente para a prevenção e repressão de tal crime. A redução no patamar máximo apenas se justifica quando a quantidade apreendida, apesar da configuração da traficância, é ínfima, o que não ocorreu no caso. Por outro lado, a quantidade não foi grande o suficiente para ensejar a diminuição no mínimo.*

*Dessa forma, a reprimenda resulta definitiva 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.*

*O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, diante da presença de circunstância judicial desfavorável, somada aos contornos do caso concreto, que indicam a necessidade do regime de pena mais gravoso, vez que o acusado foi surpreendido na posse de considerável quantidade e variedade de drogas, cuja qualidade, crack e cocaína, são de altíssimo poder vulnerante.*

*Inviável a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, pelo óbice previsto no inciso III, presente circunstância judicial desfavorável, vez que o réu foi surpreendido pelos policiais que encontraram em seu poder em quarenta e uma porções de cocaína, sessenta pedras de crack, derivado da cocaína, e dezessete porções de Cannabis Sativa L. Assim, a substituição por restritiva é medida insuficiente para a prevenção do abjeto comércio que se difunde e fomenta a delinquência no país, sendo imperiosa a manutenção da pena privativa de liberdade, considerando a gravidade concreta da conduta do acusado, que estava traficando drogas variadas e de elevadíssimo grau destrutivo para a saúde das pessoas e para a sociedade. Quanto a possibilidade da concessão de suspensão condicional do processo, é inviável em razão do quantum da pena estabelecida, conforme o art. 77, caput, do CP (fls. 69/71).*

O Tribunal a quo, por sua vez, negou provimento ao apelo da defesa e deu provimento ao recurso do Ministério Público, para afastar a redutora da Lei n. 11.343/06 e redimensionar a pena imposta para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 555 dias-multa. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

*Da dosimetria penal*

***Com razão o pedido ministerial no tocante ao aumento***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**da base, pelo que nesta oportunidade, fixo a exasperação em 1/3, ante a variedade de drogas e sua quantidade.**

Na dosagem da pena, observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecente. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, circunstância que autoriza a exasperação da pena em face da maior reprovabilidade da conduta.

O fato de ser primário e não ostentar antecedentes não afasta o aumento, visto a maior ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, saúde pública, fato que autoriza exasperação da pena, principalmente em vista do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, que afirma que a quantidade de entorpecente apreendido tem preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal.

(...)

**Desta forma, aplico o aumento de 1/3, perfazendo a pena de 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.**

**Na segunda fase presente a atenuante da menoridade a pena foi diminuída em 1/6, chegando a pena de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 555 dias-multa.**

**Na terceira fase foi reduzida a pena para o apelante na fração de 1/2 pela minorante do artigo 33, § 4o, da Lei nº 11.343/06. Contudo, observo que não é caso de aplicação do referido redutor, tendo em vista que o réu se dedicava a prática de atividade criminosa.**

Prova disso diz respeito às circunstâncias do crime, onde foi localizada grande quantidade de drogas em poder dele, sendo que não é compatível que, em uma primeira vez no tráfico, a pessoa traga consigo grande quantidade de entorpecentes. Ademais, o apelante não possuía condições financeiras para adquirir grande quantidade de droga, portanto, conclui-se que ele se dedicava a atividade de prática criminosa, tudo a indicar o afastamento do mencionado redutor.

A grande quantidade de entorpecente apreendida denota que há profissionalização no tráfico de drogas, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância não seria confiado montante substancial de entorpecentes.

Portanto, a grande quantidade, indicativa de profissionalização, demonstra que o acusado se dedica a atividades criminosas e, obsta a aplicação do redutor no presente caso.

Importante ressaltar que não há bis in idem na consideração da quantidade para elevar a pena base e, posteriormente, para obstar a aplicação do redutor.

(...)

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza de duas das drogas apreendidas (cocaína e crack) também indica maior reprovabilidade, visto que tais entorpecentes



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*possuem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei n° 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (fls. 150/154).*

Da leitura, extrai-se, portanto, que a Corte estadual promoveu o aumento da fração de 1/6 estabelecida pelo Juízo sentenciante para 1/3 da pena-base, em razão da circunstância judicial especial relativa a quantidade e variedade da droga apreendida – 41 *eppendorfs* de cocaína (pesando 75,900g), 60 pedras de *crack* (com peso de 23,690g) e 17 porções de maconha (com massa de 44,640g) –, fixando-se a pena inicial em 6 anos e 8 meses de reclusão. Na segunda fase, conservou o *quantum* de 1/6 para atenuar a pena em razão da menoridade relativa, atingido a pena intermediária, o patamar de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, bem como o pagamento de 555 dias-multa, a qual tornou-se definitiva, porquanto afastou a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

O acórdão impugnado está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e com o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que a quantidade e variedade das drogas devem ser consideradas na fixação da reprimenda. Além disso, a aplicação do patamar de 1/3 para exasperar a pena-base mostra-se razoável em razão da grande quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, considerando os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉ QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. 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. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas - 624 invólucros de maconha (761, 030g), outras 26 porções (36,720g), 1 invólucro (33,727g) e 4 tijolos (5.195,00g) da mesma substância, 1 porção de crack (308, 425g) e 1 invólucro de haxixe (199,176g) - para fixar a pena-base em 1/3 acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. 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 integrarem organizações criminosas.

5. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantia, na espécie e na diversidade das substâncias apreendidas, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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.

6. Esta Corte tem posicionamento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM. 7. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena superior a 4 e não excedente a 8 anos, em razão da aferição negativa de circunstâncias judiciais, a teor do art. 33, §§ 2º e 3º, "a", do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido (HC 458.591/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/10/2018)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. 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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade

**III - De acordo com o acórdão impugnado, a pena-base do paciente foi exasperada em um terço, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas (1 (um) tijolo de maconha, com peso líquido de 491,94 gramas, e 1 (uma) porção da mesma droga, com peso bruto de 1,86 gramas), e em virtude do tráfico de drogas intermunicipal. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta o impetrante, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.**

IV - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, 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.

V - Em relação à não aplicação do privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o eg. Tribunal de origem considerou a quantidade da droga apreendida, para evidenciar concretamente que o paciente se dedica às atividades criminosas, fundamentação essa que está em consonância com o entendimento desta Corte. Rever esse entendimento, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*incompatível com a estreita via do mandamus.*

VI - Outrossim, é entendimento desta Corte que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, não configura *bis in idem*.

VII - Quanto ao pedido de readequação do regime inicial de cumprimento de pena, o mesmo se resta prejudicado, em razão de que no dia 05 de fevereiro de 2018, o paciente foi promovido ao regime intermediário.

*Habeas Corpus* não conhecido (HC 453.224/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2018).

Noutro ponto, verifico quanto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela grande quantidade de drogas apreendida – 41 *ependorfs* de cocaína (pesando 75,900g), 60 pedras de *crack* (com peso de 23,690g) e 17 porções de maconha (com massa de 44,640g) –, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.

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

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTEM DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. INSURGÊNCIA IMPROVIDA.

**1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade, nocividade e diversidade das drogas apreendidas são elementos que evidenciam a dedicação às atividades criminosas e, por tal razão, podem fundamentar o afastamento da aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, desde que aliadas a outras circunstâncias do delito.**

2. Na hipótese, a Corte de origem concluiu que não existem elementos indicativos da traficância habitual, de modo que o acusado atende a todos os requisitos para concessão do benefício legal.

3. Para afastar a conclusão do Tribunal local no sentido de que o agravante não se dedica às atividades criminosas, seria necessário



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a este Sodalício aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível em Recurso Especial, conforme Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1161176/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2018).

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 ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR O REDUTOR. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. 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. 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).

**3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade e na natureza do entorpecente - 10 tijolos de maconha (6,780 kg) -, assim como no modus operandi e nos demais elementos constantes dos autos que o paciente se dedica ao comércio ilícito de drogas, 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.**

4. Não há se falar em bis in idem, pois, além da quantidade e da natureza da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a dedicação do paciente em atividades criminosas.

5. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 448.901/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, DJe 28/8/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREJUDICADO. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

**IV - In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada nas circunstâncias que envolveram a prisão e na quantidade e diversidade de drogas apreendidas, haja vista que as instâncias ordinárias se convenceram de que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.**

V - No que tange ao estabelecimento do regime inicial fechado, verifica-se, no caso, que a dedicação a atividade criminosa, com base na quantidade e diversidade de entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado. Desse modo, sendo tal circunstância desfavorável, impede a fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06, apesar de ser o paciente primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido (HC 447.343/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 17/8/2018).

Por fim, com relação ao regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente, entendo que o acórdão do Tribunal de origem está devidamente fundamentado.

É firme neste Tribunal Superior de Justiça a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ns. 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.*

Ademais, sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas, tendo o Tribunal de origem destacado, também, quanto ao regime, a natureza de duas drogas – *crack* e cocaína. Dessa forma, em razão desses fundamentos e da reprimenda corporal ter sido estabelecida em 5 anos, 6 meses e 20 de reclusão, correta a fixação do regime mais gravoso, no caso o fechado, em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

Nesse diapasão, vejam-se os seguintes julgados:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO. PENA MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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.

2. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

3. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

4. Ademais, 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 a quantidade de entorpecentes apreendidos permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

5. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente 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, do Código Penal.

**6. A valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.**

**7. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade da droga apreendida justifica a fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.**

8. Negado o reconhecimento do tráfico privilegiado e mantida a condenação do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, fica prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 453.165/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/6/2018, DJe 29/6/2018).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 AO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. SANÇÃO RECLUSIVA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. 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).

3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade, na natureza e na diversidade das substâncias - 2 tijolos de maconha (932 g) e 81 porções de cocaína (64g) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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.

**4. Embora o paciente seja primário e a pena do delito de tráfico tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a expressiva quantia e a natureza das drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.**

5. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

6. Habeas Corpus não conhecido (HC 450.206/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/6/2018, DJe 28/6/2018).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**1. Não obstante a reprimenda final tenha sido fixada em patamar superior a quatro e inferior a oito anos de reclusão, é possível a fixação do regime fechado para o inicial cumprimento da pena, tendo em vista a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, a qual foi considerada para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.**

**2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1277421/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/5/2018, DJe 4/6/2018).**

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0293788-3

**HC 477.630 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00096998320168260477 20180000587848 96998320168260477

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |   |                                                                                  |
|------------|---|----------------------------------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO                                        |
| ADVOGADOS  | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>DANIELLE RINALDI BARBOSA - SP288712 |
| IMPETRADO  | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO                                       |
| PACIENTE   | : | OTHON FERNANDO PELEGRINO RAMOS DOURADO (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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.