



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.880 - MS (2016/0286484-0)

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 : CLAUDIO ROBERTO MARTINS FRANCO (PRESO)
PACIENTE : JORGE LUIZ DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. **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 - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que os pacientes dedicavam-se a atividade criminosa (traficância), não somente pela elevada quantidade de droga apreendida (364,8 Kg de maconha e 360 gramas de cocaína), mas, também, pelas demais circunstâncias em que ocorreu o delito (convergência de vontades e divisão de tarefas), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. Precedentes.

III - Mantida a pena cominada aos pacientes pelo delito de tráfico em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, com a presença de circunstâncias judiciais negativas, restam prejudicados os pedidos de fixação de regime inicial mais brando e de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 33, § 2º, alínea c, e no art. 44, inciso I, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 04 de maio de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.880 - MS (2016/0286484-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de CLÁUDIO ROBERTO MARTINS FRANCO e JORGE LUIZ DE OLIVEIRA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**, nos autos da Apelação n. 0005347-16.2014.8.12.0001.

Depreende-se dos autos que o paciente CLÁUDIO foi condenado, em primeiro grau, às penas de 7 (sete) anos de reclusão, mais pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c.c. o art. 40, inciso V, bem como às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 35, todos da Lei n. 11.343/06.

Por sua vez, o paciente JORGE foi condenado, também em primeiro grau, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c.c. art. 40, inciso V, bem como às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 35, todos da Lei n. 11.343/06. Foi fixado o regime inicial fechado para o resgate da pena dos pacientes, conforme r. sentença proferida em 12/3/2015 (fls. 639-650).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso para absolver todos os réus do crime de associação ao tráfico, bem como para isentá-los do pagamento de custas. Eis a ementa do v. acórdão:

"APELAÇÃO - PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - PROVA SUFICIENTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ESTABILIDADE INEXISTENTE - ABSOLVIÇÃO - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INOCORRÊNCIA - PENA-BASE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - INTERESTADUALIDADE - CONFISSÃO E PROVA DO DESTINO - CONDUTA EVENTUAL - GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA - INAPLICÁVEL - REGIME PRISIONAL - RIGOR NECESSÁRIO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - NÃO CABIMENTO -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HEDIONDEZ EQUIPARAÇÃO - CONSTITUCIONAL - ISENÇÃO DE CUSTAS POSSIBILIDADE- PARCIAL PROVIMENTOS.

Havendo prova suficiente acerca da prática do crime de tráfico de drogas é medida de rigor a manutenção do decreto condenatório.

Não comprovado o vínculo associativo permanente entre os agentes, deve-se excluir a imputação referente ao art. 35 (associação para o tráfico), da Lei n.º 11.343/06.

Não se reconhece a chamada participação de menor importância quando caracterizada a efetiva atuação do corréu na empreitada criminosa.

A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a imposição da pena-base acima do mínimo legal.

Comprovado o iter criminis no sentido de que o tráfico de drogas caracterizou-se na modalidade interestadual é de se aplicar a majorante do art. 40, V, da Lei n.º 11.343/2006, ainda que o agente não tenha ultrapassado as divisas entre os Estados da federação.

O transporte de enorme quantidade de droga demonstrando convergência de vontades, esforços e divisão de tarefas na consecução no tráfico, indica que o acusado está envolvido com organização criminosa, sendo incabível a concessão do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Não há falar em abrandamento do regime prisional quando as circunstâncias do caso concreto evidenciam que tal benesse legal mostra-se insuficiente à reprovação e prevenção do delito praticado.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade se ausente quaisquer dos requisitos do art. 44, do Código Penal.

O tráfico de drogas é equiparado ao crime hediondo, pois a regra decorre da Constituição Federal e da legislação aplicável.

Deve ser deferida a isenção de custas processuais aos acusados hipossuficientes economicamente.

Apelações defensivas as quais se dá parcial provimento para decretar a absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico, e deferir a isenção de custas aos acusados" (fls. 639-640).

Interpostos embargos infringentes para afastar a causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, foram eles desprovidos, consoante v. acórdão juntado às fls. 686-691.

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na dosimetria da pena dos pacientes, uma vez que o col. Tribunal **a quo** não teria apresentado fundamentação idônea para afastar a causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Sustenta, para isso, que a grande quantidade de entorpecente não impede, por si só, a incidência da redutora, pois não comprova que os pacientes integravam organização criminosa, até porque foram absolvidos pelo eg. Tribunal de origem no que tange ao delito de associação ao tráfico.

Aduz, ainda, que os pacientes eram primários e de bons antecedentes, e que a suposta participação em organização criminosa pautou-se em mera presunção, sem qualquer dado concreto, razão pela qual fariam **jus** à redutora.

Por fim, alega que, com a incidência da causa especial de diminuição, as penas dos pacientes ficariam em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, devendo ser fixado o regime inicial aberto e substituída a sanção corporal por penas restritivas de direitos.

Requer, ao final, a concessão da ordem *"para o fim de reconhecerem em favor dos Pacientes Claudio Roberto Martins Franco e Jorge Luiz de Oliveira, a minorante do tráfico privilegiado, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, haja vista o preenchimento de todos os requisitos legais, com o abrandamento do regime prisional, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação a eles"* (fl. 18).

Sem pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 706-772.

O Ministério Público Federal, às fls. 776-779, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.880 - MS (2016/0286484-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. **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 - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que os pacientes dedicavam-se a atividade criminosa (traficância), não somente pela elevada quantidade de droga apreendida (364,8 Kg de maconha e 360 gramas de cocaína), mas, também, pelas demais circunstâncias em que ocorreu o delito (convergência de vontades e divisão de tarefas), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. Precedentes.

III - Mantida a pena cominada aos pacientes pelo delito de tráfico em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, com a presença de circunstâncias judiciais negativas, restam prejudicados os pedidos de fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de regime inicial mais brando e de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 33, § 2º, alínea c, e no art. 44, inciso I, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O 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** 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 ao exames das razões veiculadas no **mandamus**.

Cumpre asseverar, por oportuno, que a via estreita 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. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

In casu, o MM. Juiz sentenciante afastou a redutora do tráfico privilegiado aduzindo que os pacientes dedicavam-se a atividade criminosa, sendo que o paciente CLÁUDIO possuía outros registros policiais e processos criminais em Ponta Porã/MS, inclusive por tráfico de drogas. Destaco os seguintes trechos da r. sentença condenatória:

"10. Causa especial de diminuição de pena. - Súmula 444 do STJ.

A utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso é, única e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão-somente, vedada como circunstancia judicial para a fixação da pena-base na sentença condenatória (STJ - súmula 444):

E vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Portanto, não existe vedação da utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como meio de prova da existência de maus antecedentes para a tipificação de causa especial de diminuição ou aumento de pena.

11. Causa especial de diminuição de pena.

O fato constitutivo da tipicidade da causa especial de diminuição de pena é:

- (a) que o agente seja primário;*
- (b) que o agente tenha bons antecedentes;*
- (c) que o agente não se dedique a atividades criminosas;*
- (d) que o agente não integre organização criminosa (Lei 11.343/06, art.*

33, §4º):

[...]

No caso:

(a) o acusado Jorge Luiz de Souza:

(a.1) se dedica a atividade criminosa.

Ocorre que o acusado faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão, fato este que demonstra ter personalidade propensa a prática criminosa, e evidência a insensibilidade moral do mesmo.

Aliás, o acusado declara que receberia a quantia de R\$ 2.000,00 como pagamento pelo transporte interestadual do entorpecente, o que evidencia que faz do crime seu meio de vida.

Tal fato demonstra de forma clara e evidente a sua dedicação a vida criminosa.

[...]

(c) o acusado Cláudio Roberto Martins Franco:

(c. 1) possui maus antecedentes.

O acusado possui outros registros policiais e processos criminais em Ponta Porã-MS, inclusive, por tráfico de drogas (fls. 325/326).

(c.2) se dedica a atividade criminosa.

Ocorre que o acusado faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão, fato este que demonstra ter personalidade propensa a prática criminosa, e evidência a insensibilidade moral da mesma.

Tal fato, aliado a sua considerável vida pregressa, demonstra de forma clara e evidente a sua dedicação a vida criminosa.

Portanto, sem embasamento fático e legal a pretensão dos acusados de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipificação da causa especial de diminuição de pena" (fls. 417-419).

O eg. Tribunal de origem, por sua vez, assim se manifestou sobre a incidência da redutora do tráfico privilegiado, **verbis**:

"No que tange ao previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, não se verifica a presença dos requisitos legais, pois - ainda que não se possa determinar qual organização ou quem a integraria (pelo simples fato de não se ter alcançado toda a estrutura do tráfico, algo quase sempre impossível) - tendo em vista a enorme quantidade de droga transportada, evidenciando convergência de vontades, esforços e divisão de tarefas na consecução da prática delitiva, torna-se inviável a aplicação da diminuta" (fl. 646).

Dos excertos acima transcritos, verifica-se que houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que os pacientes dedicavam-se a atividade criminosa (tráfico), não somente pela elevada quantidade de droga apreendida (364,8 Kg de maconha e 360 gramas de cocaína), mas, também, pelas demais circunstâncias em que ocorreu o delito (convergência de vontades e divisão de tarefas), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, 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**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. No termos do 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 as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.

[...]

6. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).

7. Não há bis in idem quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/2/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- 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 da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.

- **Hipótese em que inexiste coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 379.203/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/2/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, 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, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Precedentes.

[...]

4. Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias - acerca não só do comprometimento do acusado com atividades ilícitas, mas também sobre a inviabilidade da restituição dos bens apreendidos - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 857.658/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 18/11/2016, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca-se, ainda, que, em relação ao paciente CLÁUDIO, o MM. Juízo de primeiro grau também afastou a redutora em razão da existência de outros registros policiais e processos criminais em curso na Comarca de Ponta Porã/MS, inclusive por tráfico de drogas, o que reforça a tese de dedicação a atividades criminosas.

Com efeito, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIAS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proferido pelo Tribunal de Justiça" (EREsp n. 1.431.091/SP, **Terceira Seção**, de **minha relatoria**, DJe de 1º/2/2017).

Nesse mesmo sentido, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entenderem as instâncias de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora.

[...]

4. Habeas corpus concedido, em menor extensão, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade in abstracto do delito de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (HC n. 380.402/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/3/2017).

Desta forma, não há flagrante ilegalidade no afastamento da redutora do tráfico privilegiado que autorize a concessão da ordem de ofício, devendo ser conservada a condenação imposta.

Mantida as penas cominadas aos pacientes em patamar superiores a 4 (quatro) anos de reclusão, com a presença de circunstâncias judiciais negativas, restam prejudicados os pedidos de fixação de regime inicial mais brando e de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 33, § 2º, alínea c, e no art. 44, inciso I, ambos 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: 2016/0286484-0

HC 376.880 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00053471620148120001 00480128120138120001 480128120138120001
53471620148120001

EM MESA

JULGADO: 04/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

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	: CLAUDIO ROBERTO MARTINS FRANCO (PRESO)
PACIENTE	: JORGE LUIZ DE OLIVEIRA (PRESO)
CORRÉU	: CAIO FELIPE BARBOSA DA SILVA

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.