



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.100 - MT (2016/0331361-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : KATTLEEN KARITAS OLIVEIRA BARBOSA DIAS
ADVOGADO : KATTLEEN KÁRITAS OLIVEIRA BARBOSA DIAS -
MT009849
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : WILLIAN RAMALHO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. **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 - **In casu**, verifica-se que a pena-base da paciente restou afastada do mínimo legal, em razão da quantidade e natureza de drogas apreendidas, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que demonstram maior reprovabilidade da conduta e não revelam, **de plano**, a flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício.

III - As instâncias ordinárias afastaram a redutora, ao argumento de que o paciente se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se na quantidade de drogas apreendidas, qual seja, 1,040 (um quilograma e quarenta gramas) de cocaína.

IV - A jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para afastar a 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.

V - A quantidade e a natureza dos entorpecentes foi utilizada na primeira fase para exasperar a pena-base, bem como na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, sendo, portanto, considerada como circunstância desfavorável, situação que impede a fixação do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 10 de outubro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.100 - MT (2016/0331361-1)

IMPETRANTE : KATTLEEN KARITAS OLIVEIRA BARBOSA DIAS
ADVOGADO : KATTLEEN KÁRITAS OLIVEIRA BARBOSA DIAS -
MT009849
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : WILLIAN RAMALHO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **WILLIAN RAMALHO DA SILVA**, contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa do paciente interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - SENTENÇA CONDENATÓRIA - I. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4, DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06 - INVIABILIDADE - CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA - CERCA DE 1KG DE COCAÍNA - TRAFICÂNCIA EM LARGA ESCALA QUE NÃO PERMITE A APLICAÇÃO DA BENESSE - 2. ALMEJADA FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MENOS SEVERO DO QUE O FECHADO - DESCABIMENTO - MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL - TRÁFICO EM LARGA ESCALA DE DROGA DE ALTO PODER ESTUPEFACIENTE - EXIGÊNCIA DE MAIOR reprovabilidade DA CONDUTA. 3. APELO DESPROVIDO. A intenção do legislador ao editar a norma, instituindo um mecanismo benevolente, que diferenciar os perfis de infratores, viabilizando um melhor dimensionamento da sanção penal aos pequenos e aos grandes traficantes, àqueles que ingressam nesta perniciosa trajetória e aqueles que já fazem do tráfico de drogas o seu modo de vida. Nesse passo, a quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida é um dos relevantes parâmetros a serem considerados, tanto no reconhecimento típico do tráfico, quanto em relação à dosimetria da pena, de modo que, mostra-se totalmente inviável a concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º. da Lei n. 11.343/2006 para quem pretendia disseminar no meio social a expressiva quantidade de 1 kg (um quilograma) de cocama. 2 Da mesma forma, revela-se descabida a aplicação das medidas de benevolência como o regime inicial diverso do fechado, apesar de não mais subsistir, à luz do novo entendimento do Pretório Excelso vedação legal absoluta, eis que recomenda-se a aplicação de regime menos brando ou eventual substituição de pena tio somente aos iniciantes na indigitada atividade, e aos que o fazem cm ínfima quantidade."

No presente **writ**, o impetrante alega, em síntese, que: "*Pois a posição da Sexta Turma deste Tribunal Superior e também do Plenário do Supremo é de que configura bis in idem a utilização da quantidade de drogas tanto na fixação da pena-base como na escolha ou impedimento para a fração de redução da reprimenda pela causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343 /2006. Como se vê, a Juíza sentenciante utilizou a quantidade de drogas para majorar a pena-base e para impedir a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A Corte estadual, por sua vez, manteve tal impedimento de causa especial de diminuição de pena em razão do volume e natureza do entorpecente apreendido."*

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a readequação do regime prisional (fls. 1-15).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 72-73.

As informações foram prestadas às fls. 79-83.

O Ministério Público Federal, às fls. 95-101, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PROVAS DOS AUTOS QUE DEMONSTRAM A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REVER ESSE POSICIONAMENTO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DEMAIS PEDIDOS PREJUDICADOS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE A SUPERAR A IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.100 - MT (2016/0331361-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : KATTEEN KARITAS OLIVEIRA BARBOSA DIAS
ADVOGADO : KATTEEN KÁRITAS OLIVEIRA BARBOSA DIAS -
MT009849
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : WILLIAN RAMALHO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.
DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO
LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO.
NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS
APREENDIDAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS.
REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE
DROGAS. ATIVIDADES CRIMINOSAS.
AFASTAMENTO. CONSTRANGIMENTO
ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME
INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. **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 - **In casu**, verifica-se que a pena-base da paciente restou afastada do mínimo legal, em razão da quantidade e natureza de drogas apreendidas, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que demonstram maior reprovabilidade da conduta e não revelam, **de plano**, a flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício.

III - As instâncias ordinárias afastaram a redutora, ao argumento de que o paciente se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se na quantidade de drogas apreendidas, qual seja, 1,040 (um quilograma e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quarenta gramas) de cocaína.

IV - A jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para afastar a 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.

V - A quantidade e a natureza dos entorpecentes foi utilizada na primeira fase para exasperar a pena-base, bem como na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, sendo, portanto, considerada como circunstância desfavorável, situação que impede a fixação do regime inicial semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

De acordo com a r. sentença, majorou-se a pena-base do paciente em 1/6 (um sexto), em razão da quantidade e a natureza das drogas apreendidas, ao passo em que, na segunda fase, reduziu a reprimenda, em razão da incidência da atenuante da confissão e, ao final, na terceira fase, não considerou o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base na natureza e na quantidade de substâncias entorpecentes.

O eg. Tribunal de origem, ao examinar a dosimetria da pena e manter a r. sentença, assim se manifestou:

"Portanto, não considero o apelante merecedor da benesse do artigo 33, § 40 da Lei n. 11.343/06, sendo certo que não preenche todos os requisitos legais, a teor da qualidade e expressiva quantidade de drogas apreendida - 1,040 kg (um quilograma e quarenta gramas) de cocaína, ainda que primário e com bons antecedentes."

Nesse compasso, verifica-se que as instâncias ordinárias afastaram a redutora, ao argumento de que o paciente se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se na quantidade e na natureza das drogas apreendidas, qual seja, 1,040 (um quilograma e quarenta gramas) de cocaína.

A jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida, para elevar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para afastar a 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** (AgRg no AREsp n. 753.962/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe de 28/9/2016; AgInt no AREsp n. 916.942/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 30/9/2016; e AgRg no AREsp n. 930.340/RS, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 26/9/2016).

Assim, as fundamentações exaradas são adequadas ao caso concreto e justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, 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 incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido, cito 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. Esse também é entendimento perflhado por esta Corte, **verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271.147/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/9/2014, grifei).

Não obstante, verifica-se que a quantidade e a natureza dos entorpecentes foi utilizada na primeira fase para exasperar a pena-base, bem como na terceira fase da dosimetria da pena para afastar a incidência da redutora do tráfico privilegiado, sendo, portanto, considerada como circunstância desfavorável.

Sobre o tema, veja-se o que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06:

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

Desse modo, tal circunstância desfavorável impede a fixação do regime inicial semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido colaciono os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. 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. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. *Precedentes.*

- Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos bem como a assiduidade e a regularidade confessadas pelo paciente, o qual, desempregado, reconheceu o exercício da atividade pelo menos uma vez ao mês, cumprindo jornada certa para aquele serviço proscrito. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. *Precedentes.*

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. *Precedentes.*

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017 - grifei).

**"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.
TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a majoração da pena-base. Precedentes.

2. Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 380.021/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 22/3/2017 - grifei).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0331361-1

HC 383.100 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120386320118110006 1271672012 142239 149679 83575120128110006

EM MESA

JULGADO: 10/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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	: KATTLEEN KARITAS OLIVEIRA BARBOSA DIAS
ADVOGADO	: KATTLEEN KÁRITAS OLIVEIRA BARBOSA DIAS - MT009849
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE	: WILLIAN RAMALHO DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: PEDRO SOARES DE MENDONCA
CORRÉU	: ROMULO CESAR MACEDO MENDONCA

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.