



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 544.492 - SP (2019/0335436-6)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MARCOS FERREIRA BAPTISTA (PRESO)
ADVOGADO : MAURO ATUI NETO - SP266971
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. **REFORMATIO IN PEJUS**. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO **MANDAMUS**. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL **DESPROVIDO**.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese (HC n. 358.518/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017).

III - Além de não preencher os requisitos para o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, as instâncias ordinárias constataram que não se tratava de traficante ocasional, afirmando haver provas nos autos de que o paciente se dedicava às atividades ilícitas, fazendo do tráfico seu meio de vida, além de relatar que o réu atuava com mais pessoas com o fim destinado ao comércio de drogas. Assim, rever o entendimento das instâncias ordinárias demandaria, necessariamente, o revolvimento de todo o acervo fático-probatório, procedimento incompatível com a via do **habeas corpus** (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/2/2017).

IV - Não se verifica a apontada ilegalidade na fixação do regime inicial **fechado**, uma vez que há, **nos autos**, dados fáticos suficientes a indicar a **gravidade concreta do crime**. Ressalto, por oportuno, que a **quantidade de entorpecente apreendido, no caso, 79 comprimidos de ecstasy**, por si só, já é fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, conforma entendimento desta Corte Superior, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06 (HC n. 385.934/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 5/4/2017 - grifei).

V - Não se trata de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, o que ensejaria violação dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enunciados das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF.

VI - O agravante não aduz qualquer argumento novo e apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada.

Agravo regimental **desprovido**.

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 12 de maio de 2020(Data do Julgamento)

Ministro FELIX FISCHER

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 544.492 - SP (2019/0335436-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : **MARCOS FERREIRA BAPTISTA (PRESO)**
ADVOGADO : **MAURO ATUI NETO - SP266971**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto em favor de **MARCOS FERREIRA BAPTISTA**, contra decisão monocrática por mim proferida (fls. 77-78), que não conheceu do presente **habeas corpus**.

Nas razões recursais, o agravante renova os pedidos contidos na inicial e pugna pela reconsideração da decisão ou para que o Colegiado da **Quinta Turma** conceda **habeas corpus**, de ofício, ao paciente a fim de que seja afastado a violação ao artigo 617 do Código de Processo Penal, com aplicação do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, **em seu grau máximo**, e consequente fixação do regime aberto ou semiaberto para início de cumprimento da pena.

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 544.492 - SP (2019/0335436-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : **MARCOS FERREIRA BAPTISTA (PRESO)**
ADVOGADO : **MAURO ATUI NETO - SP266971**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. **REFORMATIO IN PEJUS**. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO **MANDAMUS**. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL **DESPROVIDO**.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese (HC n. 358.518/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017).

III - Além de não preencher os requisitos para o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, as instâncias ordinárias constataram que não se tratava de traficante ocasional, afirmando haver provas nos autos de que o paciente se dedicava às atividades ilícitas, fazendo do tráfico seu meio de vida, além de relatar que o réu atuava com mais pessoas com o fim destinado ao comércio de drogas. Assim, rever o entendimento das instâncias ordinárias demandaria, necessariamente, o revolvimento de todo o acervo fático-probatório,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento incompatível com a via do **habeas corpus** (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/2/2017).

IV - Não se verifica a apontada ilegalidade na fixação do regime inicial **fechado**, uma vez que há, **nos autos**, dados fáticos suficientes a indicar **a gravidade concreta do crime**. Ressalto, por oportuno, que a **quantidade de entorpecente apreendido, no caso, 79 comprimidos de ecstasy**, por si só, já é fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, conforma entendimento desta Corte Superior, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06 (HC n. 385.934/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 5/4/2017 - grifei).

V - Não se trata de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, o que ensejaria violação dos enunciados das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF.

VI - O agravante não aduz qualquer argumento novo e apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada.

Agravo regimental **desprovido**.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Inicialmente, consigna-se que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do presente agravo regimental.

Em relação aos pedidos, o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, assim proferida (fls. 156-166):

"A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**.

De início, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. 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**, DJU de 11/4/2005).

Para melhor delimitar a presente **quaestio** trago à baila os fundamentos lançados no v. acórdão **impugnado**, *in verbis* (fl. 68):

“Na terceira e última fase, entendo que o Apelante não faz jus a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06. A causa de redução trazida pela lei se coloca como direito do acusado e não faculdade do julgador, se presentes estão os requisitos exigidos pela norma penal. E prevendo a lei um limite mínimo (1/6) e um limite máximo (2/3) para redução da pena imposta, somente a justificação de forma concreta, segura e pontual autoriza a redução diferenciada, o que deve ser ficar demonstrado nos autos e explicitada pela r. Sentença.

Assim, constata-se que o recorrente não preenche todos os requisitos impostos, pois há provas nos autos de que ele se dedique ao crime, fazendo do tráfico seu meio de vida, além de atuar com mais pessoas com o fim destinado ao comércio ilícito de entorpecentes.

[...]

Assim, ausentes os requisitos subjetivos previstos no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, não há como ser aplicada a referida causa especial de diminuição de pena.

Mantenho o regime inicial fechado, nos exatos termos do que dispõe o artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, tendo em vista a gravidade de sua conduta e comprovado envolvimento no tráfico como meio de vida” (fls. 18-19).

Inicialmente, no que se refere à aventada **reformatio in pejus**, a jurisprudência da **Quinta Turma** deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, **conforme ocorreu na hipótese**.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes desta Quinta Turma:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ARTIGO 33 PARA O ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS DE POSSUIR E MANTER EM DEPÓSITO ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES PARA A MAJORANTE DO ARTIGO 40, IV, DA LEI DE DROGAS. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. VALORAÇÃO OBRIGATÓRIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES POR NÃO CONSTAREM DO LAUDO DEFINITIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA PENAL E REGIME INICIAL. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE MUNIÇÕES APREENDIDAS. MODO DE EXECUÇÃO. VALORAÇÃO DEVIDA. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FRAÇÃO DE REDUÇÃO E REGIME INICIAL. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

3. O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza ao Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção ou redução da pena ou do regime inicial; não havendo falar em *reformatio in pejus* se a situação do sentenciado não foi agravada, como na espécie, em que a reprimenda imposta ao paciente foi reduzida e mantido o modo fechado de execução.

[...]

6. Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 358.518/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada.

*Habeas corpus não conhecido" (HC n. 368.323/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 29/11/2016).*

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGAÇÃO DE ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DO RECORRENTE INALTERADA.

1. Sabe-se que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o Tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar novas fundamentações, desde que não agrave a situação do recorrente.

2. No presente caso, o Tribunal estadual, afastando algumas circunstâncias judiciais negativas, manteve o reconhecimento dos maus antecedentes e a quantidade e a natureza da droga apreendida, sem alterar a pena-base fixada pelo juiz sentenciante, inexistindo, portanto, o alegado reformatio in pejus.

REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na hipótese, a Corte de origem seguiu a jurisprudência reiterada deste Sodalício, ao confirmar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, aliada à reincidência, justificando a imposição de regime prisional mais severo.

*2. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 904.283/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 7/10/2016).*

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA NO SEGUNDO GRAU. DOSIMETRIA. NOVA PENA. REDUÇÃO. PERCENTUAL DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO DO APELO. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

[...] 4. O efeito devolutivo amplo da apelação autoriza o Tribunal a quo, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, a fim de reestruturar a pena-base, não havendo que se falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada.

5. Caso em que a desclassificação para o delito de corrupção passiva impôs ao paciente pena menor do que a aplicada na sentença por concussão - alterando-a de 3 anos para 2 anos e 6 meses -, embora a Corte estadual, mediante a valoração das circunstâncias judiciais, tenha dosado a nova sanção em percentual maior do que aquele definido pelo sentenciante para o crime desclassificado, postura que, sem denotar arbitrariedade ou desproporcionalidade, não macula a vedação da reforma em prejuízo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 279.080/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 3/2/2016).

Ademais, verifica-se dos trechos acima colacionados que houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada em razão das circunstâncias em que se deu a prisão do paciente, **bem como constatarem que não se tratava de traficante ocasional**, situação que corrobora a conclusão de que se **dedicava às atividades ilícitas**, o que justifica o afastamento da redutora do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, rever o entendimento do eg. Tribunal de origem 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

[...]

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 372.973/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade criminosa. Precedentes.

- **Hipótese em que inexistente 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 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 10/2/2017, grifei).

Quanto ao regime prisional, o Pleno do eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, por ofender a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Afastou, dessa forma, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados.

Em tal contexto, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de **circunstâncias judiciais desfavoráveis** e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

In casu, denota-se nos trechos acima transcritos que não assiste razão ao impetrante. Isso porque, diante da fundamentação oferecida pelo v. acórdão impugnado, não verifico a apontada ilegalidade na fixação do regime inicial **fechado**, uma vez que há, **nos autos**, dados fáticos suficientes a indicar **a gravidade concreta do crime**.

Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, o que ensejaria violação dos enunciados das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EMPREGO DE ARMA E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.

2. A interpretação sistemática do artigo 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena permitem tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada.

3. No caso vertente, a valoração das causas especiais de aumento atinente ao emprego de arma e à restrição da liberdade vítima ensejou o aumento da pena-base um pouco acima do mínimo legal (de 4 anos foi elevada para 4 anos e 6 meses de reclusão), quando, se considerada na terceira etapa da dosimetria da pena, poderia permitir o aumento da reprimenda de até metade.

4. ***Diante da fundamentação oferecida pelas instâncias de origem, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontado dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, o fato de o réu haver usado arma de fogo e restringido a liberdade da vítima –, ainda que o quantum da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).***

5. ***Agravo regimental não provido***" (AgRg no REsp n. 1.551.168/AL, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/3/2016, grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RÉU REINCIDENTE. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o sentenciante deverá observar, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). ***Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal.***

2. Nesse contexto, não se observa a existência de constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta ao paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sua condição de reincidente, somada à análise desfavorável da circunstância judicial relativa aos antecedentes, impede a aplicação do disposto na Súmula n. 269 desta Corte. Precedentes.

3. ***Agravo regimental a que se nega provimento***" (AgRg no HC n. 383.158/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 28/8/2017, grifei).

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, havendo **fundamentação concreta**, e diante das **circunstâncias do caso**, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena, **como ocorre no presente caso**.

Nesse sentido o seguinte precedente da col. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE, EM TESE. ANÁLISE DE CADA CASO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETADA À SEÇÃO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento, cabendo a análise de flagrante ilegalidade.

2. **A Terceira Seção decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso.**

3. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade, haja vista que a Corte estadual invocou concretamente as circunstâncias do delito para justificar o regime prisional fechado, em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Foi indicada a concreta gravidade do crime (tentativa de matar mulher grávida de 4 meses, valendo-se das relações domésticas, mediante meio cruel e motivo fútil, inclusive na presença do filho de 4 anos da vítima e mediante "roleta russa").

4. Writ não conhecido" (HC n. 362.535/MG, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 8/3/2017).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do writ. P. e I".

Como destacado na decisão agravada, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese (HC n. 358.518/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/2/2017).

Lado outro, além de não preencher os requisitos para o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, as instâncias ordinárias constataram que não se tratava de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traficante ocasional, afirmando haver provas nos autos de que o paciente se dedicava às atividades ilícitas, fazendo do tráfico seu meio de vida, além de relatar que o réu atuava com mais pessoas com o fim destinado ao comércio de drogas. Assim, rever o entendimento das instâncias ordinárias demandaria, necessariamente, o revolvimento de todo o acervo fático-probatório, procedimento incompatível com a via do **habeas corpus** (HC 372.973/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 23/2/2017).

Por fim, não verifico a apontada ilegalidade na fixação do regime inicial **fechado**, uma vez que há, **nos autos**, dados fáticos suficientes a indicar **a gravidade concreta do crime**. Ressalto, por oportuno, que a **quantidade de entorpecente apreendido, no caso, 79 comprimidos de ecstasy**, por si só, já é fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, conforma entendimento desta Corte Superior, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06 (HC n. 385.934/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 5/4/2017 - grifei).

Portanto, não se trata de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, o que ensejaria violação dos enunciados das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF.

Desse modo, insta consignar que o agravante não aduz qualquer argumento novo e apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA NÃO SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA O AGRAVAMENTO DO REGIME PENAL.

1. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que deve ser mantida a decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao recurso especial.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Agravo Regimental improvido*" (AgRg no REsp n. 1.420.545/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 13/10/2014 - grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 2. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE AMEAÇA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 44, I, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 288.503/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 1º/9/2014 - grifei).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental**, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0335436-6

AgRg no
HC 544.492 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00196397320088260050 0500801963900000 196397320088260050 500801963900000

EM MESA

JULGADO: 12/05/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAURO ATUI NETO
ADVOGADO : MAURO ATUI NETO - SP0266971
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS FERREIRA BAPTISTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARCOS FERREIRA BAPTISTA (PRESO)
ADVOGADO : MAURO ATUI NETO - SP266971
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

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