



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 558.498 - SP (2020/0016065-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : LUCAS MUNHOZ DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. MINORANTE. NÃO INCIDÊNCIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONVERSÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. *Conforme entendimento consolidado neste Tribunal Superior, "embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, em princípio, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas, salvo hipóteses excepcionais" (HC n. 358.417/RS, relator p/ acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/9/2016, DJe 3/10/2016) (AgRg no AREsp n. 1.551.985/SE, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 30/9/2019).*

2. Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 anos de reclusão, não há falar em fixação do regime aberto, nem em substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal justifica a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 09 de junho de 2020 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 558.498 - SP (2020/0016065-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto por **Lucas Munhoz de Souza** contra decisão que denegou a ordem de *habeas corpus*, assim ementada (fl. 109):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIVERSIDADE DAS DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE JÁ CONDENADO ANTERIORMENTE. MINORANTE. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONVERSÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Ordem denegada.

Consta dos autos que o agravante foi condenado, com o corrêu, pelo Juízo de primeiro grau, à pena de 6 anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, além do pagamento de 600 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas *(34,7 g da substância tóxica denominada cocaína, distribuídos em 115 supositórios, 6,9 g da substância denominada “skunk”, distribuídos em 21 invólucros plásticos, 178,4 g da substância maconha, distribuídos em 111 (cento e onze) invólucros plásticos - fl. 33) - (fls. 32/47).*

Irresignadas, as partes apelaram. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao apelo da defesa a fim de, afastada a reincidência, reduzir a reprimenda a 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Nesta Corte, a defesa pretende, em suma, a fixação da pena-base no mínimo legal; a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/006; o estabelecimento do regime aberto, bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (fl. 64), informações prestadas (fls. 69/89), o Ministério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, em parecer assim ementado (fl. 93):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O habeas corpus, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve se reconhecer, somente se justificando a concessão da ordem de o 2. A natureza, quantidade e diversidade de substâncias entorpecentes apreendidas constituem fundamentos idôneos a majorar a pena-base, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

3. Inquéritos policiais e ações penais e mandamentos podem ser utilizados para afastar a incidência do tráfico privilegiado.

4. Diante da natureza e variedade de drogas apreendidas, afasta-se a possibilidade de fixação do regime inicial diverso do fechado, bem comode substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Parecer pelo não conhecimento do *writ*.

Denegada a ordem, o agravante interpõe o presente recurso, no qual pretende a aplicação da causa especial de diminuição da reprimenda prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que *a existência de condenação anterior por crime de tráfico não* (fl. 116) *poderia afastar sua incidência, pois diz respeito a processo sem trânsito em julgado. Alega ser traficante de pequeno porte, pois a quantidade de drogas apreendidas não é exorbitante. Aduz ser primário e não pertencer a organização criminosa. Postula que, uma vez reduzida a pena, seja deferida a aplicação do regime aberto e a substituição da pena corporal pelas restritivas de direitos, já que não houve a incidência de circunstâncias desfavoráveis na primeira fase de aplicação da pena* (fls. 117/118).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 558.498 - SP (2020/0016065-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : LUCAS MUNHOZ DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. MINORANTE. NÃO INCIDÊNCIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONVERSÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. *Conforme entendimento consolidado neste Tribunal Superior, "embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, em princípio, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas, salvo hipóteses excepcionais" (HC n. 358.417/RS, relator para acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/9/2016, DJe 3/10/2016) (AgRg no AREsp n. 1.551.985/SE, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 30/9/2019).*

2. Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 anos de reclusão, não há falar em fixação do regime aberto, nem em substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal justifica a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena.

4. Agravo regimental improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A irresignação não merece guarida.

O agravante não faz jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois *conta com condenação pela prática de crime da mesma espécie, ocorrido em 11 de maio de 2.018 (fl. 57).*

Ora, embora o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito, o Tribunal de origem entendeu incabível a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em elementos concretos que indicam a sua dedicação a atividades criminosas, especialmente ao tráfico de drogas (AgRg no AREsp n. 1.558.788/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 13/12/2019).

Com efeito, conforme *entendimento consolidado neste Tribunal Superior, "embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, em princípio, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas, salvo hipóteses excepcionais"* (HC n. 358.417/RS, relator p/ acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/9/2016, DJe 3/10/2016) (AgRg no AREsp n. 1.551.985/SE, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 30/9/2019).

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N. 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DA LEI DE DROGAS). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. NATUREZA DAS DROGAS. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Ação penal em andamento pode evidenciar a dedicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indivíduo a atividades criminosas e, assim, impedir a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como no caso em análise. Além disso, para se concluir que os pacientes fazem jus a essa causa de diminuição de pena, é necessário o reexame de matéria fática, inviável na via eleita.

3. O elevado potencial destrutivo do *crack* e da cocaína demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 554.127/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 2/3/2020 - grifo nosso).

Assim, mantida a reprimenda em *quantum* superior a 4 anos de reclusão, não há falar em fixação do regime aberto nem em substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Por fim, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal (HC n. 530.371/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Je 29/10/2019).

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que indeferiu liminarmente o *habeas corpus*, uma vez que as instâncias ordinárias afastaram a incidência do benefício por entender que o réu se dedicava a atividades criminosas. Assim, a pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão do Tribunal *a quo*, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na sede estreita do *habeas corpus*. Precedentes.

2. Quanto ao regime, não obstante o paciente, ora agravante, seja primário, sem antecedentes e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 2 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a aferição negativa das circunstâncias judiciais, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas, c/c o art. 59 e 33 do Código Penal (HC n. 501.259/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 4/6/2019).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inviável, por conseguinte, a substituição da pena, uma vez que está ausente o requisito objetivo.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 515.606/MG, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 13/8/2019 - grifo nosso).

Ante o exposto, **nego** provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0016065-2

AgRg no
HC 558.498 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15072322320198260228

EM MESA

JULGADO: 09/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUIZ AUGUSTO DOS SANTOS LIMA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS MUNHOZ DE SOUZA (PRESO)
CORRÉU : VINICIUS SANTANA CARVALHO SANTOS
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 : LUCAS MUNHOZ DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.