



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.274 - SP (2018/0329371-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA TEIXEIRA - SP0318411
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO SANTOS SANTANA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIAS DE REQUISITOS DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. **WRIT** 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 - 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 a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - **Na hipótese**, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), em razão da quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, **amplo revolvimento da matéria fático-probatória**, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

IV - O regime inicial **fechado** foi determinado com base na quantidade, diversidade e nocividade das drogas apreendidas, ou seja, **"75 eppendorfs de cocaína em pó, 09 porções de cocaína, sob a forma de crack, substância das mais nocivas à saúde e de poder altamente viciante além de 14 trouxinhas de maconha"** (fl. 73), o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06**.

V - Fixada pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

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), 12 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.274 - SP (2018/0329371-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA TEIXEIRA - SP0318411
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO SANTOS SANTANA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de MARCLO SANTOS SANTANA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0007887-86.2016.8.26.0224.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 17-21).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpueram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e proveu o recurso ministerial, para afasta a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e condenar o paciente às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 58-75.

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no afastamento da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como na fixação do regime mais gravoso e negativa de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja restabelecida a aplicação do redutor legal, no seu **quantum** máximo, modificando o regime inicial para o aberto ou semiaberto e substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 80-82.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 89-90.

O Ministério Público Federal, às fls. 111-114, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO DO WRIT. JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STF E DO STJ (TURMAS VINCULADAS À 3ª SEÇÃO). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NO ATO JUDICIAL IMPUGNADO AUTORIZADORA DA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT" (fl. 111).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.274 - SP (2018/0329371-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA TEIXEIRA - SP0318411
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO SANTOS SANTANA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS.
DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE
DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N.
11.343/06). INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A
ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA
AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO
PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS
ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA
FÁTICO-PROBATÓRIA. PLEITO DE
ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL.
DESCABIMENTO. REGIME PRISIONAL
FECHADO FIXADO COM BASE NA
GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO.
QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS
APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA
CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.
IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIAS DE
REQUISITOS DO ART. 44, INCISO I, DO
CÓDIGO PENAL. **WRIT** 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 - 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - Na hipótese, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráfico), em razão da quantidade de droga apreendida e nas circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, **amplo revolvimento da matéria fático-probatória**, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

IV - O regime inicial **fechado** foi determinado com base na quantidade, diversidade e nocividade das drogas apreendidas, ou seja, *“75 eppendorfs de cocaína em pó, 09 porções de cocaína, sob a forma de crack, substância das mais nocivas à saúde e de poder altamente viciante além de 14 trouxinhas de maconha”* (fl. 73), o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06**.

V - Fixada pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração o restabelecimento da redutora do § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06, com consequente fixação do regime aberto ou semiaberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Inicialmente, 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 a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, inicialmente, a fim de delimitar a **questão**, o seguinte excerto do v. acórdão impugnado sobre o afastamento da causa especial de diminuição de pena constante do § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06, o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena e a negativa de substituição da pena corporal, **in verbis**:

"Após analisar os autos, entende-se ser mais adequada ao caso em apreço a dosimetria seguinte:

a) *estando-se atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, as penas-base foram fixadas em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Caberia certamente nesta fase, ante a constatação de ser a quantidade de entorpecente apreendido relativamente expressiva e o fato de versar variedade mais viciante e nociva, que a fixação das reprimendas tivesse ocorrido em patamar equivalente ao mínimo acrescido de 1/3. A ausência de apelo por parte do Ministério Público nesse ponto infelizmente não permite, contudo, a correção.*

b) *na segunda fase, o quantum estabelecido como base é mantido inalterado, mesmo porque a presença da atenuante da confissão espontânea não tem o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condão de reduzir as penas aquém do mínimo;

Sobre o tema, reza o Enunciado nº 231 da Súmula de Jurisprudência do STJ que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

c) na terceira etapa da dosimetria, as reprimendas foram, contudo, benevolmente reduzidas de 2/3, em virtude da indevida aplicação pelo Juízo de Primeiro Grau a quo do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

A quantidade de substâncias ilícitas apreendidas era, com efeito, particularmente expressiva e versava variedade mais viciante e nociva (cocaína em pó e sob a forma de crack); o sentenciado não possuía, ademais, ocupação lícita (desempregado fls. 24). Considerando-se conjuntamente essas duas variáveis, até prova em contrário, não tinha ele, portanto, capacidade econômica suficiente para sequer adquirir por seus próprios meios o entorpecente apreendido, o que denota sua dedicação habitual a atividades criminosas (aliás, por ele admitida, uma vez que confessou que já exercia o comércio ilícito naquele local há dois meses), e comprova o não cumprimento de requisito legalmente previsto para a concessão da causa de diminuição.

Por essa razão, dá-se provimento ao recurso do Ministério Público para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, chegando-se a um total final de 05 anos de reclusão, tornado definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

Considerada a situação econômica do réu, é o dia-multa estabelecido à razão de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Não merece guarida, por outro lado, a pretensão da Defesa de ver declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da pena de multa, em razão de sua cominação vir prevista, no preceito sancionador do tipo penal concernente ao tráfico de entorpecentes, cumulativamente com a privação de liberdade, pois, como já tem decidido a Jurisprudência, [...]

Aludida fórmula apenas traduz a ideia de ter o legislador de 2006 efetuado opção legislativa perfeitamente válida no combate ao tráfico de entorpecentes, na qual os limites máximo e mínimo de dias-multa a serem aplicados vêm previamente estabelecidos, cabendo ao aplicador da lei levar em consideração a situação econômica de cada condenado, no caso concreto, apenas no momento da fixação do valor de cada dia-multa. Não há como se cogitar, portanto, de ofensa aos princípios da isonomia, da individualização da pena ou da proporcionalidade.

Não se pode olvidar, paralelamente, que o dispositivo legal em comento apresenta presunção de legitimidade, mesmo porque não foi declarada sua inconstitucionalidade por via de controle abstrato.

Nesse sentido já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal:

[...]

O regime prisional para início do cumprimento de pena deve ser, por fim, mantido no sistema fechado, em razão de ser este o mais adequado ao caso concreto.

Observe-se que, até passado ainda recente, era pacífico que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento de regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expresso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, todavia, reconheceu, incidentalmente, no julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

O eminente Ministro Relator, Ayres Brito, ponderou que as demais penas, além daquela que estabelece a privação de liberdade também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

Na ocasião, observou-se, ainda, que Tratados e Convenções internacionais aprovados e promulgados pelo Brasil preveem a possibilidade de ser dispensado tratamento diferenciado àquela conduta que, apesar de corresponder ao tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes, se caracterizasse pelo seu menor potencial ofensivo, o que incluiria alternativas ao encarceramento.

Seria este o caso da “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, que foi incorporada ao nosso Direito interno por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Referida Convenção teria, consoante entendimento do Ministro Relator, natureza de verdadeira “norma supralegal de hierarquia intermediária”, pela qual cada Estado soberano estaria autorizado “a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes”.

O impacto de referido acórdão foi profundo, tendo ensejado, inclusive, a suspensão, pelo Senado Federal, no dia 15 de fevereiro de 2012, da executividade de referida expressão (Resolução n. 5/2012), que proibiu mencionada conversão da prisão imposta em pena restritiva de direitos.

A partir de então, passou a prevalecer na Doutrina e na Jurisprudência o entendimento de que, se não existia mais óbice à conversão da pena privativa de liberdade em mera restrição de direitos, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena. Passou a ser, assim, perfeitamente concebível fosse fixado, também na condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, regime inicial diverso do fechado.

A questão é, sem dúvida, polêmica, mesmo porque o simples fato de Convenção Internacional permitir que os Estados signatários estabeleçam penas alternativas ao tráfico de entorpecentes de menor potencial ofensivo, não implica automaticamente na invalidade de opção legislativa diversa.

Não cabe, contudo, no presente processo, adentrar no mérito quanto ao acerto ou não do entendimento do colendo STF, mesmo porque o próprio poder Legislativo optou por seguir o caminho da cessação da executoriedade da vedação.

No caso ora em apreço, o ora apelante simplesmente não preenche os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O recorrente não faz efetivamente jus à fixação do regime inicial diverso do fechado, em razão do quanto disposto no art. 33, § 3º, do CP, que se remete aos parâmetros subjetivos do art. 59 do CP.

Por tal razão, mesmo que o quantum da pena imposta ao sentenciado o permita, o estabelecimento de regime inicial mais benéfico dependerá, sempre, da análise concreta da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, além do comportamento da vítima.

A gravidade da dinâmica dos fatos perpetrados, tendo sido constatada quantidade expressiva de entorpecente (75 eppendorfs de cocaína em pó, 09 porções de cocaína, sob a forma de crack, substância das mais nocivas à saúde e de poder altamente viciante além de 14 trouxinhas de maconha), exige maior rigor por parte do Estado, cabendo a adoção do regime fechado para início do cumprimento de pena, previsto no art. 33, § 2º, alínea “a”, do CP.

Na hipótese de ter sido imposta privação de liberdade superior a quatro anos, não se concebe, também, sua conversão em pena restritiva de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP.

De outra parte, em se cuidando de crimes previstos no art. 33, caput, e §1º, e arts. 34 a 37 da referida lei, não se admite a suspensão condicional da pena (sursis), por expressa vedação legal neste sentido, contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

Cumpre, por fim, observar que tem prevalecido o entendimento no sentido de formar-se a coisa julgada criminal de modo fracionado, em capítulos autônomos, cujo conteúdo vai precluindo, consoante a ação penal avança, e não seja atacado no curso da ação por recurso, quer por opção ou falha da parte sucumbente, quer por absoluta vedação legal" (fls. 67-74, grifei).

Na hipótese, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedicava-se a atividades criminosas (tráficança), em razão da quantidade e diversidade de drogas apreendidas e nas circunstâncias em que se deu a apreensão dos entorpecentes. Tudo isso, são elementos aptos a justificar 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, como reclama o impetrante, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 n. 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. LIMITE OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada fosse tecnicamente primária ao tempo do delito e possuidora de bons antecedentes, as instâncias ordinárias entenderam 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 integração em organização criminosa, voltada especialmente para o tráfico de drogas.

2. **Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.**

3. Conquanto a agravante haja sido condenada a reprimenda superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, foram apontados elementos concretos e idôneos - notadamente a quantidade da droga apreendida - que, efetivamente, evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.

4. Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o agente foi condenado a reprimenda acima de 4 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

5. *Agravo regimental não provido*" (AgInt no HC n. 402.261/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 27/10/2017, grifei).

Quanto ao cumprimento de pena, constata-se que o regime inicial **fechado** foi determinado com base na quantidade, diversidade e nocividade das drogas apreendidas, ou seja, **"75 eppendorfs de cocaína em pó, 09 porções de cocaína, sob a forma de crack, substância das mais nocivas à saúde e de poder altamente viciante além de 14 trouxinhas de maconha"** (fl. 73), o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.**

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

"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. [...]

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

Por fim, fixada pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

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 **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0329371-1

HC 483.274 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00078878620168260224 20180000829719 78878620168260224

EM MESA

JULGADO: 12/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FERNANDA COSTA TEIXEIRA - SP0318411
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCELO SANTOS SANTANA (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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