



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 542.350 - SP (2019/0322676-8)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : TAIS OLIVEIRA FERMINO ALVES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO LOBO DA LUZ - SP284486
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. **DOSIMETRIA**. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DESCRITA NO INCISO VI DO ART. 40 DA LEI 11.343/06. **SUPRESSÃO INSTÂNCIA**. 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 ABERTO OU SEMIABERTO. DESCABIMENTO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS UTILIZADA COMO FUNDAMENTO PARA FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. **PRECEDENTES**. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. 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 - A tese de exclusão da causa de aumento descrita inciso VI do art. 40 da Lei n. 11.343/06, não foi enfrentada pela eg. Corte de origem. Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre o referido tema exposto na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em **indevida supressão de instância**.

III - No tocante a negativa de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento, consubstanciado na conclusão de que a paciente se dedicava a atividades criminosas (traficância), em razão não somente da **quantidade de droga apreendida**, mas também em razão das circunstâncias em que se deu a sua prisão, bem como constatarem que não se tratava de traficante ocasional. 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**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

IV - Quanto ao regime prisional, a **quantidade de entorpecentes apreendidos**, foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, 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 - Mantida 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.

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), 11 de fevereiro de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 542.350 - SP (2019/0322676-8)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE : TAIS OLIVEIRA FERMINO ALVES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO LOBO DA LUZ - SP284486
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 LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):** Trata-se de agravo regimental interposto em favor de TAIS OLIVEIRA FERMINO ALVES, contra decisão monocrática por mim proferida (fls. 207-218), 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 aplicado o redutor do tráfico privilegiado, afastada a causa de diminuição do art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06, com consequente fixação do regime aberto ou, na negativa, o semiaberto, e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

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 542.350 - SP (2019/0322676-8)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : TAIS OLIVEIRA FERMINO ALVES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO LOBO DA LUZ - SP284486
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. **DOSIMETRIA**. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DESCRITA NO INCISO VI DO ART. 40 DA LEI 11.343/06. **SUPRESSÃO INSTÂNCIA**. 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 ABERTO OU SEMIABERTO. DESCABIMENTO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS UTILIZADA COMO FUNDAMENTO PARA FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. **PRECEDENTES**. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. 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 - A tese de exclusão da causa de aumento descrita inciso VI do art. 40 da Lei n. 11.343/06, não foi enfrentada pela eg. Corte de origem. Nesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre **o referido tema** exposto na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em **indevida supressão de instância**.

III - No tocante a **negativa de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado**, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento, consubstanciado na conclusão de que a paciente se dedicava a atividades criminosas (traficância), em razão não somente da **quantidade de droga apreendida**, mas também em razão das circunstâncias em que se deu a sua prisão, bem como constatarem que não se tratava de traficante ocasional. 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 - Quanto ao regime prisional, a **quantidade de entorpecentes apreendidos**, foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, 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 - Mantida 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.

Agravo regimental **desprovido**.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): Inicialmente, consigna-se que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do presente agravo regimental.

A parte agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, assim proferida (fls. 207-218):

*"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 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, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:*

"A materialidade do delito restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 235 e laudo de exame químico-toxicológico de fls. 51/52.

A autoria, igualmente, inconteste.

Na fase policial, enquanto o adolescente admitiu que a abordagem se deu em momento em que conversava com os acusados, o réu disse que estava na casa da corré, conversando, quando o menor lá adentrou, apavorado; já a acusada, Taís, afirmou que quando chegou em sua residência o réu e o adolescente já estavam lá.

Logo de início, suas versões, conflitantes, não merecem crédito.

Os policiais, por outro lado, foram uníssonos ao dizer que viram os três conversando na viela, conhecida como local de venda de drogas, momento em que eles tentaram fuga, durante a qual o réu tentou arremessar a “pochete” sobre o telhado de uma casa, mas ela caiu ao chão e foi apreendida, verificando-se que, em seu interior, havia droga. Das roupas da ré, durante revista pessoal, caíam as notas de dinheiro, que compuseram o total de R\$ 985,00.

Em juízo, os ora apelantes tentaram ajustar suas versões que, no entanto, não convencem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A ré disse que estava em casa, com a testemunha da Defesa, que também se chama “Taís”, momento em que o réu lá chegou. Arrumavam a casa, quando o adolescente ali adentrou, assustado, seguido dos policiais, que diziam que havia drogas na casa e levariam todos presos. A interroganda e o corréu nada portavam de ilícito e o menor assumiu a propriedade da pochete, onde inclusive havia a quantia em dinheiro. Não conhecia os policiais.

O acusado, por sua vez, contou que estava dentro de casa com a corré, pois estavam “ficando”. Ao lado do imóvel há ponto de tráfico, mas não conhece ninguém de lá. Conhece o adolescente da escola. Conversava com Taís, quando o menor entrou, assustado, correndo para o quarto. Perguntaram o que havia acontecido e, na sequência, chegaram os policiais, que abordaram os três, nada encontrando de ilícito, e revistaram a casa; quando voltaram com a pochete, o adolescente disse que pertencia a ele, mas mesmo assim levaram os três para a delegacia. Não conhecia os policiais.

Os policiais militares, Fábio Wanderlei e Thais, de modo firme e coerente, reiteraram que os acusados e o adolescente estavam na viela, conhecida como ponto de venda de drogas e, ao avistarem a viatura, saíram correndo.

Reconheceram o réu como sendo o rapaz que jogou a pochete para o alto durante a fuga, constatando-se, posteriormente, que em seu interior havia drogas e um papel aparentando ser contabilidade do tráfico. Em revista à ré, foi apreendido dinheiro, que começou a cair de sua blusa, totalizando mais de R\$ 900,00.

A testemunha da Defesa, Tais, disse que os réus estavam na casa dela, conversando, quando o adolescente lá chegou, portando uma bolsa, e tentou fugir pelo terreno dos fundos, mas não conseguiu, pois havia policiais cercando o local. Os réus foram levados presos, embora estivessem conversando, dentro de casa, antes da chegada da polícia. Sabe que a ré trabalhava; não sabe sobre o acusado.

Com efeito, desde o início os policiais, a quem os réus não conheciam, frise-se, o que bem demonstra ausência de interesse em prejudicá-los, disseram que os réus e o adolescente conversavam em local conhecido como ponto de venda de drogas, empreendendo fuga, os três, ao avistarem a viatura policial.

Já a testemunha Tais, em contrapartida, moradora da comunidade onde ocorreram os fatos, conhecia a ré e, por intermédio desta, o acusado, o que justifica sua intenção de isentá-los de responsabilidade, possivelmente, ainda, por medo de represálias.

Repita-se, nada nos autos aponta para indícios de que os policiais tenham agido de má-fé, buscando acusar falsamente os réus.

Ficou claro que o acusado foi quem dispensou a pochete, que continha porções de maconha, durante a fuga, enquanto a ré guardava, sob suas vestes, o dinheiro proveniente do comércio ilícito, o que bem demonstra a parceria de ambos no tráfico de drogas.

Não bastasse, praticaram a conduta envolvendo adolescente, que, aliás, correu quando da chegada dos policiais e, posteriormente, em sede administrativa, assumiu a propriedade da droga, ainda que em tentativa frustrada de isentar os ora apelantes.

O verbo “envolver” do tipo em exame tem sentido, tanto ativo, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passivo, no comportamento da criança ou adolescente (inciso VI do artigo 40 da Lei n. 11343/06), tratando-se, ademais, de conduta de natureza formal, não se exigindo a efetiva corrupção do menor para sua caracterização.

Portanto, a condenação era de rigor.

As penas, outrossim, foram bem dosadas. Partindo a base do patamar mínimo, não pôde ser levada aquém do limite inferior com o reconhecimento da atenuante da menoridade, em consonância com a Súmula 231, do C. STJ. Na sequência, houve elevação de 1/6 pelo inciso VI do artigo 40 da Lei Antidrogas, o que se mostrou proporcional, resultando 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Não era caso de aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11343/06, pela forma como se deram os fatos, que bem demonstram a dedicação dos réus à prática do tráfico; **a quantidade de droga deve ser considerada sem olvidar a quantidade de dinheiro apreendido (R\$ 985,00) - estando os acusados em viela ponto de venda de drogas, restando evidente que já haviam vendido várias porções até aquele momento. E agiam envolvendo adolescente, o que, frise-se, não está sendo considerado isoladamente, mas dentro de todo o contexto, apenas para reforçar a comprovação da dedicação ao crime, não se podendo falar em “bis in idem”, portanto.**

O regime prisional não pode ser outro que não o fechado, mesmo considerado o tempo de prisão provisória, seja por aplicação do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com alteração dada pela Lei nº 11.464/07, seja por incompatibilidade da benesse aos condenados por crime hediondo, ainda que por equiparação, pela periculosidade social presumida. Ainda, não se pode olvidar a gravidade concreta da conduta praticada, não apenas com conluio entre os réus, mas também envolvendo menor de idade, com objetivo patrimonial, evidentemente, o que denota ausência de freio moral, havendo necessidade de maior rigor e vigilância no início do cumprimento da pena.

Pena superior a quatro anos, não há falar em substituição da corporal por restritiva de direitos, tampouco em “sursis” (fls. 160-163, grifei).

No que diz respeito à tese de exclusão da causa de aumento descrita inciso VI do art. 40 da Lei n. 11.343/06, observa-se que a referida tese não foi enfrentada pela eg. Corte de origem.

Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre **o referido tema** exposto na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em **indevida supressão de instância**.

Perfilhando esse entendimento, trago os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

4. *Habeas corpus* não conhecido." (HC n. 480.651/SP, *Sexta Turma*, Rel.^a Min^a. **Laurita Vaz**, DJe 10/04/2019, grifei).

"PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. **SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA**. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESCRÉDITO NO SERVIÇO REGISTRÁRIO MAIOR DO QUE A LESÃO INERENTE AO FALSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440 E 269 DO STJ. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO**.

[...] 2. *O capítulo da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não foi devolvido para o Tribunal a quo, nem por ele apreciado. Como não há decisão de órgão colegiado, é inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal.*

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC n. 339.352/SC, *Quinta Turma*, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 28/08/2017).

*No tocante a negativa de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, o v. acórdão impugnado fundamentou o afastamento, consubstanciado na conclusão de que a paciente se dedicava a atividades criminosas (tráfico), em razão não somente da **quantidade de droga apreendida**, mas também em razão das circunstâncias em que se deu a sua prisão, bem como constatarem que não se tratava de traficante ocasional. 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:

"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**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

[...]

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

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

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.

- **Hipótese em que 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 amalhado 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 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 regime prisional, a **quantidade de entorpecentes apreendidos**, foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, 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.

"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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, mantida 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**. P. e I."

A toda evidência, o **decisum** agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, **os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício**.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0322676-8

AgRg no
HC 542.350 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00513208020168260050 20180000984063 513208020168260050

EM MESA

JULGADO: 11/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RICARDO LOBO DA LUZ - SP284486
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: TAIS OLIVEIRA FERMINO ALVES (PRESO)
CORRÉU	: LEONARDO DE SANTANA GONCALVES
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	: TAIS OLIVEIRA FERMINO ALVES
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RICARDO LOBO DA LUZ - SP284486
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.