



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 431.076 - SP (2017/0334500-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP0259961
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS LEONEL DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. DETRAÇÃO PENAL. PREJUDICIALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade dos entorpecentes apreendidos - 250 porções de maconha (311,38g) e 4.320 porções de cocaína (1.177,20g) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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.

4. Inexiste, na hipótese, ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*, pois o Tribunal de origem se utilizou dos mesmos fundamentos apontados pelo Juízo de primeiro grau, para manter afastado o tráfico privilegiado, tendo sido apenas direcionados vetores distintos para cada fase da dosimetria.

5. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu. Precedentes.

6. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos de reclusão, em razão da aferição negativa de circunstância judicial, que justificou o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Fica prejudicado o pleito de detração penal pela perda do objeto, em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

progressão de regime pelo cumprimento de fração da pena.

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

9. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de junho de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 431.076 - SP (2017/0334500-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP0259961
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS LEONEL DA ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **VINICIUS LEONEL DA ROCHA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante a ocorrência de *reformatio in pejus*, visto que a Corte de origem, ao reconhecer ilegalidade na dosimetria penal, acrescentou fundamentos para manter afastado o redutor do tráfico privilegiado, destacando, ainda, que os vetores do art. 42 não constituem elementos idôneos para justificar tal medida.

Aduz que a hediondez e a gravidade abstrata do delito não impedem a fixação do regime mais brando, bem como que deve ser descontado para seu estabelecimento o período em que permaneceu preso provisoriamente.

Salienta ser cabível a aplicação da permuta legal, caso seja acolhido o pleito de diminuição da sanção imposta.

Requer, assim, o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, a definição de regime diverso do fechado, observado o previsto no art. 387, § 2º, do CPP, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 83-87).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 96-97).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fl. 126).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 431.076 - SP (2017/0334500-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP0259961
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS LEONEL DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. DETRAÇÃO PENAL. PREJUDICIALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade dos entorpecentes apreendidos - 250 porções de maconha (311,38g) e 4.320 porções de cocaína (1.177,20g) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a alteração desse entendimento – para 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.

4. Inexiste, na hipótese, ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*, pois o Tribunal de origem se utilizou dos mesmos fundamentos apontados pelo Juízo de primeiro grau, para manter afastado o tráfico privilegiado, tendo sido apenas direcionado vetores distintos para cada fase da dosimetria.

5. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu. Precedentes.

6. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos de reclusão, em razão da aferição negativa de circunstância judicial, que justificou o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

7. Fica prejudicado o pleito de detração penal pela perda do objeto, em razão da progressão de regime pelo cumprimento de fração da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).
9. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao dar provimento ao apelo da acusação, afastou a incidência da minorante, em decisão assim motivada:

"4. Por sua vez, as circunstâncias do caso não comungam com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 para todos os réus.

Com efeito, a ação dos réus envolveu elevadíssima quantidade de drogas, de espécies diversas, num cenário a indicar um acentuado envolvimento no comércio de drogas, ou seja, a não ocasionalidade da conduta.

E mais: os acusados não demonstraram exercer, efetivamente, atividade lícita.

Tudo, pois, a desnudar cuidar-se de pessoas dedicadas às atividades criminosas.

Cabe salientar que 'a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas', para os fins a que alude o citado artigo de lei (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia).

Na realidade, a qualificação do agente como pessoa dedicada às atividades criminosas situação que afasta a incidência da causa de diminuição de pena estampada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/11 pode vir assentada na prova indiciária, tal como esta se acha definida no artigo 239, do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado (artigo 155, do Código de Processo Penal), não se exigindo prova direta desta circunstância, sob pena de inviabilização da repressão penal a este tipo de delito, dada a dificuldade de se obter uma prova deste tipo (STF, HC nº 101.519, rel. Min. Luiz Fux). Consoante salientado pelo Ministro Luiz Fux, em passagem bastante elucidativa de seu voto, 'os criminosos não circulam com uma 'carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas'.

Deveras, na interpretação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, há que se atentar para o elemento teleológico, na dicção do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (FRANCISCO AMARAL, Direito Civil,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Introdução, Renovar, 5ª edição, pp. 88/89; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, pp. 430/431), vale dizer, no sentido de que o escopo da lei foi de beneficiar com uma sensível redução da pena aquele agente que pela primeira vez se lança no mundo criminoso, cuja conduta não representa um maior perigo para a coletividade, de sorte que a pena reduzida, ainda que considerada a gravidade do tráfico de entorpecentes, afigura-se suficiente para a ressocialização e reprove suficientemente o comportamento. Essa não é, decididamente, a situação dos réus.

Além disso, o acusado Advanildo é reincidente específico.

5. As penas não comportam modificação, com observações, todavia, no procedimento de dosimetria.

A r. sentença estabeleceu a pena-base acima do mínimo legal (1/5) 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias- multa, com base na quantidade e variedade dos entorpecentes.

Registre-se que a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas são circunstâncias empíricas que, por aumentar a reprovabilidade da conduta, podem justificar a majoração da pena, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06 (STF, HC nº 96.655, rel. Min. Cármen Lucia; HC nº 107.784, rel. Min. Ricardo Lewandowski; STJ, HC nº 237.837, rel. Min. Laurita Vaz; HC nº 235.524, rel. Min. Jorge Mussi; HC nº 223.447, rel. Min. Laurita Vaz, HC nº 179.086, rel. Min. Gilson Dipp, entre outros).

No entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que estas circunstâncias devem ser ponderadas tão somente em uma de suas fases, sob pena de “bis in idem” (Repercussão Geral no ARE nº 666.334/AM, rel. Min. Gilmar Mendes).

Neste passo, as mesmas circunstâncias quantidade, diversidade e natureza das drogas não podem ser usadas, concomitantemente, para estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal e, na sequência, na terceira fase, para repelir a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 (STF, HC nº 123.168, rel. Min. Rosa Weber; STJ, HC nº 313.930, rel. Min. Jorge Mussi; HC nº 319.343, rel. Min.

Ribeiro Dantas; AgRg no HC nº 319.133, rel. Min. Sebastião Reis Júnior; HC nº 337.341, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Diante disto, opta-se, no caso vertente, por considerar a natureza na primeira fase e a quantidade na terceira fase, esta última a fim de radicar o afastamento do tráfico privilegiado.

Neste sentido, tendo em conta a natureza das drogas (atente-se para o elevado potencial lesivo da cocaína para a saúde pública), mantém-se a pena-base em 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa para ambos os acusados.

Registre-se que, conforme já proclamou o Supremo Tribunal Federal, o efeito devolutivo da apelação, ainda que o recurso seja exclusivo da defesa, autoriza o Tribunal a rever critérios de individualização da pena definidos na sentença penal para manter ou reduzir a pena, ficando limitado apenas pelo teor da acusação e pela prova produzida. Ou seja, é possível ao órgão jurisdicional de segundo grau levar em conta circunstâncias não tomadas em consideração na sentença, observados os parâmetros acima referidos, ou seja, não agravar a pena imposta em primeiro grau e adstringir-se à imputação e ao quadro probatório (HC nº 106.113, rel. Min. Cármen Lúcia;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC nº 76.156-1, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Conforme escólio de JOSÉ FREDERICO MARQUES, em grau de apelação, a causa não precisa ser decidida 'nos limites apenas das controvérsias que o juízo de primeiro grau focalizou na sentença recorrida. Desde que não se extravasem as balizas demarcadas pela imputação e pela devolução recursal, irrestrito é o poder jurisdicional do juízo ad quem no tocante à decisão que deva proferir' (Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV, Bookseller, 1.997, pág. 257).

Na segunda fase, a sanção do acusado Vinícius, por conta da sua menoridade (19 anos à época dos fatos fls.

30) e de sua confissão, foi reduzida para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa" (e-STJ, fls. 74-77).

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, o Tribunal de origem, a fim de evitar *bis in idem* no cálculo penal, manteve a elevação da pena-base em 1 ano de reclusão pela aferição desfavorável da natureza das drogas e o afastamento da minorante em razão da **quantidade de entorpecentes apreendidos** - 250 porções de maconha (311,38g) e 4.320 porções de cocaína (1.177,20g), que indicaria o envolvimento habitual do paciente no comércio ilícito de drogas.

Primeiramente, cabe destacar que não há se falar em *reformatio in pejus*, como alegado pela defesa, pois a Corte estadual não acresceu fundamentos para justificar a negativa do benefício em comento. Na verdade, decidiu por sopesar cada um dos vetores utilizados concomitantemente na primeira e na terceira fase pelo Juízo de primeiro grau, em etapas distintas da dosimetria.

Ademais, se assim não fosse, sob o aspecto da extensão e da profundidade do efeito devolutivo na apelação, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da *reformatio in pejus*, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu (HC 374.006/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016; HC 349015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

Logo, o Tribunal estadual, ao exercer sua soberania para dizer o direito, pode, em recurso exclusivo da defesa, manter a pena aplicada ao réu com base em elementos diversos do que os valorados pelo juiz sentenciante, desde que seja respeitada a imputação deduzida pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

órgão de acusação.

Dessa forma, assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a modificação 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*.

A propósito:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosa.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

[...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

Habeas corpus denegado."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Vale lembrar que, diferentemente do assentado no acórdão impugnado, esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes – sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

Cito a propósito os seguintes precedentes:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO *NE BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL E PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. POSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA, VALORADAS NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- 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.

- No caso, foi afastada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas do tráfico habitual. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade da droga justifique a exasperação da pena-base e fundamente o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes.

- Na espécie, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar a exasperação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas, sim, como um dos fatores impeditivos do seu reconhecimento, inocorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido.”

(HC 413.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017);

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura *bis in idem*.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 401.277/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão à impetrante.

O Tribunal de origem fixou o modo fechado nos seguintes termos:

"O elevado grau de reprovabilidade da conduta, marcado pela natureza e quantidade das drogas, de espécies variadas não se descurando do alto poder lesivo da cocaína para a saúde pública, justifica seja a pena privativa de liberdade encetada no regime fechado, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do delito. No tocante ao acusado Advanildo, cabe ainda considerar que se trata de reincidente específico" (e-STJ, fl. 79).

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados **não mais subsiste**, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, de fato, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, natureza dos entorpecentes apreendidos, nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confirmam-se:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

No que se refere à aplicação da detração penal, verifica-se das informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que o pleito encontra-se prejudicado pela perda do objeto, haja vista a progressão do paciente para o modo intermediário pelo tempo de pena já cumprido.

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0334500-6

HC 431.076 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00173542620158260224 173542620158260224 20170000831512 9632015

EM MESA

JULGADO: 12/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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 ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - SP0259961
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VINICIUS LEONEL DA ROCHA (PRESO)
CORRÉU	:	ADVANILO BRITO NASCIMENTO

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.