



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.126 - MG (2017/0209163-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MATHEUS PEREIRA ALVES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS OU PRÓPRIAS DO TIPO PENAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE PARCIALMENTE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, 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.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, à exceção da quantidade das drogas, valeram-se de argumentos genéricos e próprios do tipo penal para sopesar como desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade, a conduta social do agente, os motivos e as consequências do delito, sendo, portanto, manifesta a ilegalidade no cálculo da pena. Precedentes.

4. Mantida tão somente a aferição negativa da quantidade do entorpecente apreendido, a pena-base fica estabelecida em 6 anos de reclusão, atento a valoração de cada circunstância judicial negativa feita na sentença condenatória e às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas.

5. Nos termos 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.

6. As instâncias antecedentes concluíram pela habitualidade delitiva do paciente considerando não só na quantidade da droga encontrada, mas também os seis registros criminais por delitos diversos, sendo duas condenações não definitivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelos crimes de tráfico de drogas, e outras quatro ações penais em curso por furto e dano, bem como a apreensão de petrechos do comércio espúrio (balança de precisão) e caderno de contabilidade do tráfico. Logo, a modificação desse entendimento enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

7. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva.

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

9. 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).

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, ficando a reprimenda final do paciente em 6 anos de reclusão mais pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.126 - MG (2017/0209163-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MATHEUS PEREIRA ALVES (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 **MATHEUS PEREIRA ALVES**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 700 dias-multa, como 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 que o paciente faz jus ao redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois, além de preencher todos os requisitos legais, a quantidade da droga apreendida não se mostra elevada. Alega que ser inidônea a utilização de ações penais em andamento para justificar o afastamento da minorante, sob pena de ofensa ao entendimento firmado na Súmula 444 do STJ.

Requer, assim, a aplicação do privilégio legal, a alteração do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 512).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 517-521)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.126 - MG (2017/0209163-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MATHEUS PEREIRA ALVES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS OU PRÓPRIAS DO TIPO PENAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE PARCIALMENTE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente 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.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, à exceção da quantidade das drogas, valeram-se de argumentos genéricos e próprios do tipo penal para sopesar como desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade, a conduta social do agente, os motivos e as consequências do delito, sendo, portanto, manifesta a ilegalidade no cálculo da pena. Precedentes.

4. Mantida tão somente a aferição negativa da quantidade do entorpecente apreendido, a pena-base fica estabelecida em 6 anos de reclusão, atento a valoração de cada circunstância judicial negativa feita na sentença condenatória e às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas.

5. Nos termos 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 integrarem organizações criminosas.

6. As instâncias antecedentes concluíram pela habitualidade delitiva do paciente considerando não só na quantidade da droga encontrada, mas também os seis registros criminais por delitos diversos, sendo duas condenações não definitivas pelos crimes de tráfico de drogas, e outras quatro ações penais em curso por furto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e dano, bem como a apreensão de petrechos do comércio espúrio (balança de precisão) e caderno de contabilidade do tráfico. Logo, a modificação desse entendimento enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

7. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva.

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

9. 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).

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, ficando a reprimenda final do paciente em 6 anos de reclusão mais pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado.

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 manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, consigna-se que, embora não tenha sido suscitado na inicial, verifica-se flagrante ilegalidade na fixação da pena-base, apta a ensejar a atuação, de ofício, desta Corte Superior.

Em primeiro grau, a individualização da pena foi feita nos seguintes termos:

"Quanto à pena do réu MATHEUS PEREIRA ALVES, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06:

Culpabilidade presente e intensa na conduta do acusado, sendo que o tráfico de drogas é de alta reprovabilidade social, sendo oportuno acentuar que tal delito é aquele que mais enegrece a personalidade, pois causa um mal social tão elevado que a sua repressão exige medida pesada e intensa.

O réu é primário.

Personalidade voltada para a prática de crimes.

Sua conduta social é determinante para o aumento do número de pessoas que enveredam pelo caminho do vício e desajustam famílias.

Sem motivos aparentes para o crime, buscando apenas o lucro fácil.

As consequências de sua conduta são altamente prejudiciais à sociedade como um todo, pelo já explicitado, eis que induz ao vício, jovens que certamente poderiam ter um futuro melhor se longe das drogas estivessem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A situação econômica do réu não lhe é favorável.

Levo em consideração a considerável quantidade de entorpecentes apreendida, a saber, 196 buchas de maconha, 368 invólucros de cocaína em pó e 95 invólucros de pedras de *crack*, suficientes para proporcionar vastíssima disseminação dos entorpecentes no meio social, peculiaridade tal que deve ser apreciada pelo juízo, através da autorização legal prevista no art. 42 da Lei 11.343/06, pelo que tenho como suficiente à reprovação e prevenção do crime a fixação da pena acima do mínimo legal.

A droga atinge grave e diretamente a saúde física e mental dos usuários. Mais que isso, e de forma muito rápida, debilita laços familiares e relações sociais. Nesta medida, constitui indiscutível fator de aumento das taxas de criminalidade, violência e outros problemas sociais.

Assim sendo, fixo-lhe a pena-base em 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, no valor unitário equivalente a 1/30 avos do salário mínimo vigente ao tempo do fato e monetariamente corrigido quando da execução, em cujo patamar se define, tornando-a em concreto e definitiva à minguia de circunstâncias legais ou causas especiais para oscilação.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Registro que deixei de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 por entender, a partir das provas carreadas nos autos, que o réu se dedica a atividades criminosas, notadamente o tráfico de drogas.

[...]

Não desconheço a primariedade do réu. Porém, a minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas é voltada para os traficantes iniciantes, que ainda não se dedicam à traficância de maneira reiterada, ou a tem como meio de vida, o que, conforme se depreende das provas carreadas aos autos, não é o caso de Matheus.

O réu conta com outras duas condenações, nesta mesma Vara, ainda que não transitadas em julgado, por envolvimento com o tráfico de drogas (autos nº. 024.13.366.787-3 e 024.14.133.746-9). Insta salientar ainda que, conforme admitido pelo próprio réu em juízo, nestas outras duas ocasiões, foi preso no mesmo local - aglomerado Itaipu. Isto denota a habitualidade com que se dedica à criminalidade. Ademais, conforme relatório circunstanciado de fls. 41/45 e REDS de fls. 46/101, Matheus possui seis passagens policiais, sendo duas delas por tráfico - que ensejaram as condenações -, duas por furto e duas por crime de dano. Por fim, deve-se ressaltar os insumos comumente utilizados por traficantes apreendidos no dia dos fatos, quais sejam, balança de precisão e agenda contendo anotações contábeis relativas à mercancia de drogas.

Consigno que a referida norma destina-se somente àquele traficante principiante e, no caso em apreço, não vejo como deferir ao autor o benefício da redução da pena, pois restou demonstrado nos autos que o mesmo dedica-se, habitualmente ao tráfico de drogas". (e-STJ, fls. 362-366).

A Corte de origem manteve a pena aplicada na sentença condenatória pelos seguintes fundamentos:

"É que, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 é uma inovação legislativa que visa apenas atender ao denominado "traficante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de primeira viagem", aquele eventual.

E, pelas provas dos autos, verifica-se que os increpados se dedicavam às atividades ilícitas, mormente o tráfico de drogas.

Na hipótese dos autos, observa-se que foi apreendida grande quantidade de drogas, equivalente a 196 (cento e noventa e seis) buchas de maconha, pensando 185g (cento e oitenta e cinco gramas), 368 (trezentos e sessenta e oito) invólucros de cocaína, pesando 265g (duzentos e sessenta e cinco gramas) de cocaína e 95 (noventa e cinco) pedras de *crack*, pesando 45g (quarenta e cinco gramas), o que, a meu ver, demonstra que os réus não são iniciantes no comércio de entorpecentes.

Não se pode olvidar que os réus já eram conhecidos no meio policial como tráfico de drogas. Além do mais, infere-se da CAC de fls. 186-187, que Matheus já foi condenado pelos crimes de tráfico de drogas e colaboração com tal fim, e, ainda que os processos se encontrem em grau de recurso, isto é um indicativo de que o réu é contumaz na prática do comércio ilícito de entorpecentes.

[...]

Assim, embora Matheus e Alef sejam tecnicamente primários, não há como beneficiá-los com a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, pois é patente que eles se dedicavam à atividade criminosa.

[...]

Portanto, não há como acolher a pretensão dos apelantes, uma vez que eles não fazem jus ao mencionado benefício.

- DOSIMETRIA

No tocante às penas impingidas aos réus, cumpre consignar que, diante do contexto fático e probatório trazido nos autos, a sentença monocrática não merece reparo, tendo a MMª. Juíza "a quo" aplicado de forma comedida e razoável as reprimendas ao caso em discussão". (e-STJ, fls. 498-501).

Inicialmente, convém destacar que 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.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes à quantidade e à natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, o Juiz sentenciante considerou como desfavoráveis, para majoração da pena-base em 2 anos de reclusão, a culpabilidade do agente (por ser intensa, de alta reprovabilidade social), a personalidade (voltada ao crime), a conduta social (aumenta o número de viciados e desajusta famílias), o motivo (lucro fácil), as consequências do delito (altamente prejudicial à sociedade) e a quantidade das drogas - 185g de maconha, 265g de cocaína e 45g de *crack*. O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve a pena aplicada por considerar que "a sentença monocrática não merece reparo, tendo a MMª. Juíza 'a quo' aplicado de forma comedida e razoável as reprimendas ao caso em discussão".

Contudo, da leitura atenta das decisões acima transcritas, verifica-se que, à exceção das considerações tecidas acerca da quantidade das drogas, não houve a indicação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos idôneos para subsidiar o incremento da pena-base.

Em que pese a existência de certo grau de discricionariedade do julgador no cálculo da pena, observa-se que as instâncias ordinárias se valeram de dados genéricos e próprios do tipo penal para se aferir desfavoravelmente os vetores referentes à culpabilidade, à personalidade, à conduta social do agente, aos motivos e às consequências do delito, o que é vedado conforme reiterada jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. AUMENTO DA PENNA-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE EXTRAVASA O TIPO PENAL. MAJORANTES DO ROUBO. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. NÃO VERIFICAÇÃO. PENNA-BASE EXASPERADA PELO *MODUS OPERANDI* (SOCOS NA FACE) E NÃO PELAS MAJORANTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades 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.

3. Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 377.234/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 1/2/2017);

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. LEI ESTADUAL. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE DELITOS PRATICADOS POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA AO TRÁFICO DE DROGAS. CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA. PENNA-BASE. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. *QUANTUM* DE AUMENTO DE PENNA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. O fato de o recorrente ter agido 'com plena consciência' não justifica a exasperação da pena-base, porquanto a potencial consciência da ilicitude diz respeito à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, e não à culpabilidade em sentido lato, a qual se refere à maior ou à menor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada.

6. A busca pelo lucro fácil e o enriquecimento sem causa constituem elementos inerentes ao próprio tipo penal violado, qual seja, o tráfico de drogas, de modo que não justificam a exasperação da pena-base.

7. A desestabilidade social e os malefícios gerados pelo narcotráfico à sociedade como um todo também são elementos inerentes ao próprio tipo penal violado, que servem, portanto, para qualquer delito de tráfico de drogas abstratamente considerado.

8. É dever do magistrado sentenciante demonstrar, com base em fundamentos concretos do caso, os motivos pelos quais estabeleceu a exasperação da reprimenda, em decorrência das causas especiais de aumento, em fração acima do percentual mínimo de 1/6, sob pena de ofensa ao preceito contido no art. 93, IX, da Constituição Federal.

9. Recurso especial parcialmente provido para: a) reconhecer a apontada violação do art. 59 do Código Penal e, assim, reduzir em parte a pena-base do recorrente, em relação a ambos os delitos; b) reconhecer a mencionada violação do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, estabelecer a fração mínima de 1/6 de aumento de pena, em razão da interestadualidade dos delitos, tornando a reprimenda do recorrente definitiva em 11 anos, 2 meses e 5 dias de reclusão e pagamento de 1.580 dias-multa, já observado o concurso material."

(REsp 1474053/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/5/2015, DJe 15/5/2015).

Desse modo, sendo **a quantidade das drogas apreendidas** o único argumento válido para o aumento da pena, fixo-a em 6 anos de reclusão, atento a valoração de cada circunstância judicial desfavorável feita na sentença condenatória, bem como as diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No que se refere à incidência da causa especial de diminuição da pena, melhor sorte não assiste ao impetrante.

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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

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, as instâncias ordinárias afastaram a incidência da minorante por entenderem que há elementos concretos que demonstram a habitualidade delitiva do paciente, pois, além de **seis registros criminais, sendo duas condenações não definitivas pelo delito de tráfico de entorpecentes, e outras quatro ações penais em curso por furto e dano, houve a apreensão de insumos comumente utilizados por traficantes, in casu, balança de precisão e agenda contendo anotações contábeis relativas à mercancia de drogas.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, com fulcro em elementos colhidos nos autos, que o paciente se dedica a atividades criminosas, 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* (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 esta Corte consolidou o entendimento de que a existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva, como no caso em apreço. (EResp 1.431.091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 1º/2/2017).

A propósito, os seguintes julgados que respaldam esse entendimento:

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FEITOS EM CURSO. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-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.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

2. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Do mesmo modo, nos autos do EResp n.º 1.431.091/SP, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, a Terceira Seção consolidou o referido entendimento. Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada, além de outros argumentos, por entenderem as instâncias de origem que a existência de feito em curso por tráfico de entorpecentes indicava que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora.

3. Negado o pleito de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, resta prejudicada análise dos pedidos de alteração do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Ordem denegada."

(HC 396.083/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP 1.431.091/SP. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. O entendimento firmado pela Corte local está em consonância com a jurisprudência desta Corte, porquanto a Terceira Seção pacificou entendimento no sentido de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (EREsp 1.431.091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 1º/2/2017).

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 399.280/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017).

Destaca-se que, embora a quantidade das drogas apreendidas tenha sido sopesada na primeira e na terceira fase do cálculo da pena, não se verifica a ocorrência de *bis in idem*, pois a dedicação do paciente à atividade criminosa se evidencia em outros elementos dos autos que, por si só, autorizam o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Cito, a propósito, o seguinte precedente:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão das circunstâncias do delito, inclusive quanto à quantidade e nocividade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pelas circunstâncias do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, como a quantidade e diversidade da droga apreendida .

- Em relação ao regime, como é cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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.

- No caso, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, bem como a quantidade das drogas foi utilizada para afastar o redutor, o regime fechado está justificado.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 382.390/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/5/2017, DJe 5/5/2017).

Passo, assim, à readequação da pena.

A pena-base fica estabelecida em 6 anos meses de reclusão mais pagamento de 600 dias-multa, em razão da valoração negativa da quantidade dos entorpecentes, a qual torno definitiva ante a ausência de outras causas modificativas da pena.

O regime prisional permanece inalterado (fechado), dada a aferição desfavorável de circunstância judicial, nos exatos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Confiram-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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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*. Contudo, **concedo** a ordem de ofício, para reduzir a pena-base imposta ao paciente, resultando a pena final em 6 anos de reclusão mais pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0209163-6

HC 413.126 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024150956548 10024151202025 24150956548

EM MESA

JULGADO: 14/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: MATHEUS PEREIRA ALVES (PRESO)
CORRÉU	: ALEF JUNIOR DE SOUZA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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