



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.103 - RS (2017/0091210-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO VALDAIR MARQUES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO. FUNDAMENTO TAMBÉM IDÔNEO PARA OBSTAR O BENEFÍCIO. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP 1.431.091/SP. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso, a expressiva quantidade e a natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas constituem critérios idôneos para a exasperação, revelando-se justificado e adequado o acréscimo de 6 meses sobre o mínimo legal.

4. 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.

5. Hipótese em que as instâncias ordinárias negaram o benefício com base na expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria das drogas apreendidas, além de circunstâncias fáticas do delito, a denotar que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual. Rever o entendimento externado na origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

6. Ademais, o Tribunal local justificou a não incidência do benefício com base na existência de ações penais em curso contra o paciente, indicativas de que ele se dedicava a atividades criminosas. Tal conclusão encontra suporte na jurisprudência desta Corte, pois 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).

7. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se que o regime inicial estabelecido na origem foi o semiaberto.

8. *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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.103 - RS (2017/0091210-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO VALDAIR MARQUES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO VALDAIR MARQUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0221453-04.2016.8.21.7000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 139/148).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo que o recurso da defesa foi improvido e o ministerial parcialmente provido para exasperar a pena-base, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 5 anos e 6 meses de reclusão e multa, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ fls. 210/219). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÕES CRIMINAIS. INCONFORMIDADE DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS.

Materialidade e autoria comprovadas. Apreensão de 490 pedras de crack e 02 tijolos de maconha em poder do réu. Validade dos depoimentos dos policiais, que apresentaram relatos uniformes. Desnecessidade da constatação de ato de comércio da droga, já que se trata de crime de ação múltipla. Tese de enxerto pela polícia que não restou minimamente demonstrada, revelando-se mera tentativa do acusado de se eximir à responsabilização penal.

Pena-base. Possibilidade da utilização da quantidade e natureza da droga para exasperar a pena-base, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/06. O crime em comento não apresenta consequências



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretas a justificar a negatificação de tal circunstância judicial. Pena basilar exasperada.

Tráfico privilegiado. Incabível a incidência da redutora do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, relativamente a réu que demonstra dedicação à atividades criminosas, conforme sua certidão de antecedentes.

Pena de multa. Inviável o afastamento da multa imposta por ser corolário lógico da condenação.

Assistência judiciária gratuita. Ausente prova da hipossuficiência do réu, na forma da Lei nº 1.060/50, não faz jus à suspensão do pagamento das custas processuais, uma vez que o fato de sua defesa ter sido patrocinada pela Defensoria Pública não impõe, de imediato, a gratuidade judiciária.

APELAÇÃO DA DEFESA IMPROVIDA. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

Em consulta ao Sistema Justiça, verifico que o recurso especial interposto pelo paciente não foi admitido na origem, sobrevivendo agravo em recurso especial (AREsp 1.159.261/RS), o qual não foi conhecido no âmbito desta Corte.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/6), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois exasperou a pena-base com fulcro na quantidade e natureza das drogas, circunstância que é inerente à configuração do ilícito penal e, portanto, não pode ensejar incremento na dosimetria. Além disso, deixou de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora preenchidos os requisitos previstos na norma. Aduz que é primário e não possui condenação anterior, sendo que a quantidade e a natureza da droga, bem como as circunstâncias do crime, por serem intrínsecas ao crime de tráfico, não podem embasar a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas. Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende ser cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a redução da pena, mediante redução da pena-base e aplicação do redutor em seu patamar máximo, além do abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 229/231).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 268/274, opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, no mérito, pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, LEI N.º 11343/06). CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE 984 GRAMAS DE MACONHA E 94G DE CRACK. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL CARCERÁRIO. AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO NÃO PERMITEM A APLICAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO QUE O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CP. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM OU, NO MÉRITO, PELA SUA DENEGAÇÃO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.103 - RS (2017/0091210-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal em virtude da exasperação da pena-base e não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Em consequência da pretendida redução da pena, defende ser cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Quanto à apontada ilegalidade na exasperação da pena-base, prescreve o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 42 da Lei 11.343/2006 que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Dessa forma, a quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

No caso, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso ministerial para exasperar a pena-base em 6 meses, conforme segue (e-STJ fls. 213 e 217/218):

A materialidade do delito está assentada no auto de fl. 20 que noticia a apreensão de 02 tijolos de maconha, pesando 984 gramas, e 490 pedrinhas de crack, pesando 94 gramas, em poder do réu, e nos laudos oficiais nsº 163620/2015 e 163640/2015 (fls. 65 e 66), dando conta de que nos materiais examinados foram detectadas as presenças de tetrahidrocannabinol e cocaína, substâncias de uso proibido no Brasil.

[...]

A pena-base do acusado foi fixada no mínimo legal - cinco anos de reclusão - considerando o Magistrado todas as circunstâncias do art. 59 do CP favoráveis ao réu.

Parcial razão assiste ao Ministério Público quando busca a exasperação do apenamento.

A expressiva quantidade e natureza da droga apreendida, na forma do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, permite a elevação da pena-base.

[...]

Assim, exaspero a pena basilar em seis meses, fixando-a em cinco (5) anos e seis (6) meses de reclusão.

Extrai-se da transcrição supra que o Tribunal *a quo* exasperou a pena-base de forma justificada e adequada.

Com efeito, a expressiva quantidade e a natureza especialmente deletéria de parte dos entorpecentes apreendidos – 984g de maconha e 94g de *crack* – constituem critérios idôneos para a exasperação, não havendo falar em ilegalidade ou desproporcionalidade no acréscimo de 6 meses sobre a pena mínima prevista para o crime de tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, segue a fundamentação constante da sentença (e-STJ fl. 146):

Em que pese a primariedade do réu, não reconheço a privilegiadora prevista no § 4º do artigo 33. A quantidade de droga apreendida e todas as circunstâncias supra fundamentas evidenciam que ele agiu como peça fundamental na engrenagem da criminalidade. A diversidade de entorpecentes - o crack já pronto para a entrega à consumo e a maconha com a possibilidade de ser fracionado conforme a preferência do cliente em quantidade capaz de evidenciar que certamente abasteceria rede Intensa de comércio, é aspecto que basta para assentar à dedicação em atividade criminosa, isto porque não haveria ação meramente eventual no comportamento do acusado.

O Tribunal *a quo* manteve o óbice à incidência do redutor, conforme segue (e-STJ fl. 218):

De outro lado, não assiste razão assiste à Defesa quando alega ser aplicável a redutora do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Com efeito, a certidão de antecedentes do réu. às fls. 37 e 38, ainda que não ostente condenação, mostra-se suficiente à demonstração de que o denunciado dedica-se a atividades criminosas, não fazendo jus, assim, ao benefício.

Portanto, o Juízo sentenciante negou o benefício por concluir que o paciente se dedica a atividades criminosas, tendo em vista a expressiva quantidade de entorpecentes e as demais circunstâncias do delito, entendimento que foi mantido em sede de apelação, tendo a Corte de origem ponderado a existência de ações penais em curso contra o paciente, o que também denota a sua dedicação ao crime.

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa, como na espécie, em que foi apreendida expressiva quantidade de drogas (984g de maconha e 94g de crack). Seguem as ementas de julgados nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AFASTAMENTO DA REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A expressiva quantidade de droga apreendida com o recorrente - 11,240 kg de maconha - revela-se apta a evidenciar a dedicação à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à incidência da minorante, conforme previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

II - Além disso, o atual entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é no sentido de que, regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico, integra organização criminosa. Precedentes.

III - "[...] A questão discutida neste recurso especial não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal, tal como ocorre, por exemplo, com a valoração das circunstâncias judiciais (uma a uma). O caso, diversamente, demanda apenas o reexame da aplicação da pena, providência admitida em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou de equívoco evidente de fundamentação das circunstâncias judiciais (como no caso) ou, ainda, de erro de técnica no critério trifásico de aplicação da pena" (AgRg no REsp n. 1.475.447/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.480.593/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 29/10/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (4.272 KG DE COCAÍNA). PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

[...]

5. A circunstância de a recorrente atuar como mula do tráfico, por si só, já consubstanciaria motivo idôneo para exclusão do redutor especial (precedentes do STJ e do STF). Logo, não há ilegalidade na opção adotada pelo Tribunal a quo em utilizar tal fundamento para manter o redutor no patamar mínimo (1/6).

[...]

7. Agravo regimental improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no AREsp 747.880/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 25/11/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. EXERCÍCIO DO COMÉRCIO ILÍCITO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVERSÃO DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

2. O Tribunal de origem afirmou expressamente não estarem preenchidos os requisitos para que o recorrente se beneficiasse da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a relevante quantidade de entorpecentes indica o envolvimento do acusado com o tráfico. Para rever a conclusão, necessário seria o reexame de provas, inviável em recurso especial.

3. A teor da jurisprudência desta Corte, é incabível o pedido de concessão de ordem de habeas corpus de ofício como tentativa de burlar a inadmissão do recurso especial.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 607.253/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 22/6/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", inocorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (precedentes).

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido.

(HC 309.244/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 21/5/2015)

Além disso, desconstituir as assertivas fáticas relativas às circunstâncias da apreensão, por demandar o revolvimento do conjunto fático-probatório, é inviável em sede de *habeas corpus*. Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO E MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

[...]

3. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

4. Rever a conclusão do sentenciante - de que o paciente integrava organização criminosa (Comando Vermelho) e exercia o tráfico de drogas de modo profissional e habitual - demandaria incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

8. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 184.136/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 8/9/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para que o Juízo das Execuções, mediante concreta fundamentação, analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal. (HC 314.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).

Outrossim, o óbice apresentado pelo Tribunal *a quo* também 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).

No mesmo sentido, seguem julgados da Quinta e Sexta Turmas:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça, a gravidade concreta do crime autoriza a não incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

2. Na hipótese, o Tribunal *a quo* concluiu, de forma fundamentada, quanto a não aplicação do redutor, haja vista a existência de ação penal em andamento em desfavor da acusada, indicando sua dedicação à atividade criminosa, circunstância que afasta a incidência do tráfico privilegiado.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.069.917/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 21/6/2017).

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.

[...]

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, DJe 13/6/2017).

Portanto, não há falar em ilegalidade na dosimetria da pena aplicada ao paciente.

Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se que o regime inicial estabelecido na origem foi o semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0091210-2

HC 397.103 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121500850231 02214530420168217000 02650016120158210001 121500850231
2214530420168217000 2650016120158210001 70070112594

EM MESA

JULGADO: 17/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PAULO VALDAIR MARQUES

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

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.