



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 583.372 - SP (2020/0119693-8)

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**AGRAVANTE** : JHONATAN FERNANDO APARECIDO DE JESUS (PRESO)  
**ADVOGADO** : MÁRIO JOEL MALARA - SP019921  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

2. A pretendida absolvição do réu demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

3. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado. Precedentes.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. 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; e d) não integre organização criminosa.

2. Na espécie, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias da prisão em flagrante do acusado, no conteúdo de seu celular, que foi apreendido e periciado, e nos depoimentos dos policiais, que afirmaram que era conhecido por abastecer pontos de tráfico na região, a autoridade impetrada concluiu que se dedicava à prática de ilícitos, o que justifica a negativa de aplicação da causa de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição em testilha. Precedentes.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a quantidade de entorpecentes encontrados com os réus justifica a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. Restando o réu condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos de reclusão, é inviável a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de junho de 2020(Data do Julgamento)

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 583.372 - SP (2020/0119693-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**AGRAVANTE** : JHONATAN FERNANDO APARECIDO DE JESUS (PRESO)  
**ADVOGADO** : MÁRIO JOEL MALARA - SP019921  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminarmente o *mandamus* ante a sua manifesta inadmissibilidade.

Reitera o agravante que não haveria provas suficientes da traficância, razão pela qual deveria ser absolvido.

Alega que faria jus à causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, pois teve a sua punibilidade extinta pela prescrição no processo mencionado na sentença para obstar o benefício.

Aduz que a quantidade do entorpecente apreendido já teria sido valorada na primeira etapa da dosimetria, razão pela qual não poderia obstaculizar a concessão da minorante e a fixação de regime menos gravoso para cumprimento da pena, sob pena de indevido *bis in idem*.

Requer o provimento da insurgência para que seja absolvido, ou, subsidiariamente, para que seja aplicado o redutor do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 583.372 - SP (2020/0119693-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**AGRAVANTE** : JHONATAN FERNANDO APARECIDO DE JESUS (PRESO)  
**ADVOGADO** : MÁRIO JOEL MALARA - SP019921  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

2. A pretendida absolvição do réu demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

3. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado. Precedentes.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. 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; e d) não integre organização criminosa.

2. Na espécie, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias da prisão em flagrante do acusado, no conteúdo de seu celular, que foi apreendido e periciado, e nos depoimentos dos policiais, que afirmaram que era conhecido por abastecer pontos de tráfico na região, a autoridade impetrada concluiu que se dedicava à prática de ilícitos, o que justifica a negativa de aplicação da causa de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição em testilha. Precedentes.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a quantidade de entorpecentes encontrados com os réus justifica a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. Restando o réu condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos de reclusão, é inviável a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Inicialmente, tendo em vista que a decisão impugnada foi publicada em 8.6.2020 (e-STJ fl. 79), cumpre atestar a tempestividade da insurgência, pois interposta em 9.6.2020 (e-STJ fl. 89), ou seja, dentro do prazo previsto no artigo 258, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

No mérito, não obstante as razões declinadas pelo agravante, a decisão monocrática deve ser mantida.

Isso porque, no que se refere à almejada absolvição do agravante, é imperioso ressaltar que a instância de origem formou seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido tanto na fase inquisitorial quanto na instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade a ele assestadas.

Ao proferir sentença condenatória no feito, o magistrado singular explicou que, conforme apurado, no dia dos fatos a polícia militar abordou um indivíduo em atitude suspeita, com o qual foi encontrada uma porção de maconha, e que, ao ser indagado sobre a origem da droga, informou que a havia adquirido do paciente, indicando o seu endereço (e-STJ fl. 15/16).

Os agentes se dirigiram ao local informado e avistaram o paciente em frente ao imóvel, momento em que *"tentou fugir, sendo detido pelos policiais"*, que relataram que *"a mãe do réu franqueou a entrada dos mesmos, oportunidade em que encontraram uma grande porção de maconha no quarto do réu"* (e-STJ fl. 16).

Asseverou que *"se o réu tinha em depósito grande quantidade de entorpecente para posterior comercialização, estava praticando o tráfico de drogas, delito que tem natureza permanente"*, tendo a materialidade do delito sido comprovada *"através do boletim de ocorrência (fls. 09/11); auto de exibição em apreensão (fls. 12/13); laudo pericial do entorpecente (fls. 22/23 e 56/57), degravação celulares apreendidos (fls.130/205 e 215/273), declarações das testemunhas e do próprio interrogatório do réu"* (e-STJ fls. 16/18).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirmou que, *"além da grande quantidade de entorpecente apreendido (669,82 gramas de maconha), no local foram encontrados dois rolos de sacos plásticos, utilizado para embalar a droga e dois aparelhos celulares, os quais foram periciados e constatadas diversas mensagens, provavelmente trocadas com usuários de droga"* (e- STJ fls. 22/23).

Argumentou que, *"a despeito da negativa do réu, as condições em que se deu a apreensão da droga, a grande quantidade, a indicação de LUCAS no sentido de que adquirira recentemente entorpecente do mesmo, conduzem à conclusão de que o réu mantinha a droga em depósito para a venda"* (e-STJ fl. 24).

Assentou que *"a grande quantidade de droga apreendida revela que a mesma se destinava ao tráfico e mais, é possível que se destinava a abastecer outros traficantes que amplificam o comércio a uma rede incalculável de pequenos vendedores que atuam no varejo e que podem ser encontrados facilmente em toda a cidade, com concentração maior na periferia, conforme mostra o grande número de ações penais em curso nas Varas Criminais desta comarca"*, sendo que *"as quase setecentas gramas de entorpecente, renderiam centenas de porções que seriam comercializadas com terceiros, que pulverizariam a venda, causando danos irreparáveis à saúde e a ordem pública, inclusive, incitando a prática de outros delitos"* (e-STJ fls. 24/25).

Aduziu que *"o fato de o réu não ter sido preso em atos de comércio, por si só, não importa, afinal, o crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, é de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se com a prática de um dos dezoito verbos núcleos do tipo, previstos no preceito primário do referido dispositivo legal"*, destacando que *"as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local da abordagem, as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente, que dirão se a droga seria, ou não, destinada ao tráfico de drogas, nos exatos termos do art. 28, §3º, da Lei de Regência"* (e-STJ fl. 26).

Já o Tribunal de origem anotou que, diante do acervo probatório, *"as circunstâncias do flagrante evidenciaram a prática do delito descrito na denúncia, anotada a extensa tipificação penal (Lei 11.343/2006, art. 33) e dispensada há muito a*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*demonstração inequívoca, escoreita, de atos de mercancia para a caracterização do ilícito" (e-STJ fl. 61).*

*Ressaltou que "não vinga assim o pleito absolutório, até porque os policiais militares relataram terem abordado o usuário de entorpecentes Lucas, que afirmou ter adquirido a droga localizada em seu poder de JHONATAN, inclusive indicando seu endereço", sendo que "no local, foi encontrada elevada quantidade de maconha, bem como sacos plásticos utilizados para embalar a droga e dois aparelhos celulares, que como bem anotou o MM. Juízo a quo foram periciados e neles constavam diversas mensagens, ao que tudo indica trocadas com usuários" (e-STJ fl. 61).*

Diante deste panorama fático-processual, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido no *writ*, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a estreita via do *habeas corpus* não permite reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias de origem formaram o seu convencimento, especialmente como na hipótese, em que apresentaram motivação suficiente à condenação do agravante, sendo indubitável que, para se concluir de forma diversa seria imprescindível a realização de exame minucioso do conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do remédio constitucional, diante dos seus estreitos limites cognitivos.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

**1. A Corte estadual, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluiu pela existência de elementos concretos e coesos que revelaram vínculo associativo entre os réus, e não mero concurso de agentes para a prática do tráfico de drogas objeto desses autos. Por essas razões, mostra-se inviável a absolvição dos réus sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos.*

**2. "No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do writ o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente" (HC n. 267.027/DF, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma DJe 22/5/2013).**

3. A prova da responsabilização penal não está adstrita exclusivamente à análise da simples ocorrência dos fatos, mas sim a uma análise pormenorizada de todos os elementos circunstanciais que envolvem o fato delituoso, o que foi observado no presente caso.

**4. Comprovadas, tanto na fase investigativa quanto na fase judicial, a autoria e a materialidade dos delitos, a condenação do agravante era medida que se impunha, não existindo, portanto, nenhuma ilegalidade ou teratologia a ser reparada.**

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 563582/SP, Sexta Turma, Rel. Mininistro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, julgado em 19/05/2020, DJe de 25/05/2020).

No mesmo diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

**1. A Corte estadual, depois de toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluiu pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a sua absolvição ou mesmo a desclassificação da conduta a ele imputada para o delito descrito no art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos.**

2. Nos termos do art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

**3. Para entender-se pela absolvição do réu ou pela desclassificação da conduta para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 ou para o crime previsto no art. 33, § 3º, da**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***mesma lei (uso compartilhado de drogas), seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus.***

*(...)*

*6. Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no HC n. 532.991/JMG, Sexta Turma, Rel. Mininistro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 12/11/2019, DJe de 21/11/2019).*

Quanto à almejada aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, o magistrado singular assentou que "o réu é tecnicamente primário, pois registra uma condenação pela prática do tráfico de drogas, conforme certidão de fls. 24 (Processo 000407923.2014.8.26.0037 1ª Vara Criminal de Araraquara, sem trânsito em julgado, que, por isso, não pode justificar o aumento da pena base, por maus antecedentes, conforme Súmula 444 do STJ), mas constitui impeditivo para o reconhecimento do tráfico privilegiado, a teor do que dispõe o § 4º, do art. 33, uma vez que comprova que o réu reiterou na prática criminosa" (e-STJ fl. 28).

Já o acórdão impugnado pontuou que "os requisitos cumulativos para a incidência da benesse do redutor da Lei de Drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) não foram satisfeitos", salientando que "é de natureza facultativa o favor legal, e para vender e negociar drogas o réu deveria estar já inserido na estrutura da criminalidade estabelecida naquela região, ressabido que não há, ainda, "livre concorrência" ou "empreendedorismo" no comércio de entorpecentes" (e-STJ fl. 62).

Sublinhou que "nem se olvidando de que o réu já foi condenado anteriormente pela prática de tráfico de entorpecentes processo nº 0004079-23.2014.8.26.0037 fl. 24 e, a despeito de haver nos autos a notícia quanto ao reconhecimento pelo E. Superior Tribunal de Justiça da extinção da punibilidade pela prescrição (fls. 405/406), tal circunstância, por si só, não acarreta a aplicação automática do benefício" (e-STJ fls. 62/63).

Ressaltou que, "a despeito da primariedade técnica do agente, conforme destacaram os policiais ouvidos em juízo, JHONATAN era conhecido por abastecer pontos de tráfico na região sendo possível que o entorpecente encontrado em sua residência se destinasse a tal fim, como bem mencionou a sentença e os diálogos transcritos de seu aparelho celular indicam que ele praticava o tráfico com



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*habitualidade, a demonstrar seu envolvimento com atividades criminosas"* (e-STJ 62/63).

Concluiu que *"indícios do envolvimento do acusado com a criminalidade existiam"*, razão pela qual é *"impossível o reconhecimento da benesse"* (e-STJ fl. 63).

Feitos tais esclarecimentos, sabe-se que o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

Na espécie, ainda que desprezada a condenação do agravante em que houve o reconhecimento da prescrição, verifica-se que as instâncias de origem apresentaram justificativas concretas para a negativa da benesse.

Com efeito, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias da prisão em flagrante do acusado, no conteúdo de seu celular, que foi apreendido e periciado, e nos depoimentos dos policiais que afirmaram que era conhecido por abastecer pontos de tráfico na região, a autoridade impetrada concluiu que se dedicava à prática de ilícitos, o que justifica a negativa de aplicação da causa de diminuição em testilha, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

A propósito:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 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. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. No caso dos autos, a pena-base do paciente se afastou do mínimo com lastro na quantidade da droga, o que encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

**3. 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 n. 11.343/2006, quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas.**

**4. No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual. Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático- probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.**

**5. Habeas corpus não conhecido.**

(HC 498.740/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 10/05/2019)

No mesmo diapasão:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

**1. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto há elementos concretos a demonstrar que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Conclusão em sentido diverso demanda revolvimento do acervo fático- probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.**

**2. O estabelecimento de pena superior a 8 (oito) anos de reclusão afasta o requisito objetivo para a fixação do regime semiaberto para um dos pacientes, segundo o art. 33, §2º, I do CP.**

**3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, à vista da culpabilidade mais acentuada do paciente no caso, por ter sido o agente que empunhou a arma de fogo para ameaça das vítimas, possibilita ao julgador a fixação do regime de cumprimento de pena mais gravoso.**

**4. Habeas corpus denegado.**

(HC 421963/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2018, DJe 26/02/2018)

Ademais, para afastar tal entendimento e concluir que o réu preenche os requisitos necessários à aplicação da causa de diminuição em apreço, faz-se



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita.

Nesse vértice:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. As instâncias ordinárias - dentro do seu livre convencimento motivado - apontaram elementos concretos dos autos que evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito não se compatibilizariam com a posição de uma pequena traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, o que afasta a possibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.*

***2. Para entender de modo diverso e afastar a conclusão de que a ré não se dedicaria a atividades delituosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada em habeas corpus.***

*3. As peculiaridades do caso concreto - notadamente o fato de o comércio de drogas ser praticado na casa dos réus, na presença da filha menor do corréu - justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.*

*4. Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, deve ser mantida a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal (sanção superior a 4 anos de reclusão).*

*5. Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no HC 514.663/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 28/08/2019)*

No mesmo norte:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.*

*(...)*

*3. A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada por entender o magistrado que o ora paciente se dedicava a atividades criminosas, tendo em vista as circunstâncias do delito e a expressiva quantidade de entorpecentes. **Sendo assim, é necessário o reexame minucioso de todo o conjunto fático-probatório para se afastar essa conclusão, inviável em habeas corpus.***

*(...)*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 517.096/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 23/08/2019)

No tocante ao regime de cumprimento da pena, tem-se que o modo fechado foi mantido no julgamento da apelação em razão da gravidade concreta do delito, evidenciada pela significativa quantidade do entorpecente apreendido (e-STJ fl. 64), entendimento que está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO À PENA DE 5 (CINCO) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA QUANTIDADE DE DROGA (355G DE MACONHA) SOPESADA NEGATIVAMENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

1. Segundo o § 3.º do art. 33 do Código Penal (CP), as circunstâncias judiciais possuem força para afastar o parâmetro legal estabelecido no § 2.º do mesmo dispositivo normativo e, assim, permitir o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, em sequência, do que aquele cabível segundo o quantum da pena imposta.

2. No caso dos delitos tipificados na Lei de Drogas, outrossim, não se pode ignorar o comando normativo do art. 42, pelo qual 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".

**3. Na hipótese em apreço, a apreensão de 355g de maconha justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal - nos termos do art. 42 da Lei de Drogas -, o que permite concretamente o regime prisional mais gravoso consoante o § 3.º do art. 33 do CP; na espécie, o fechado (considerando o quantum da pena imposta de 5 anos e 2 meses de reclusão).**

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1560619/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 28/11/2019)

Na mesma linha:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

(...)

**6. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base (818,2g de maconha), nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a atenuante da confissão espontânea, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão mais 500 dias multa, a ser cumprida em regime fechado.*

*(HC 498.572/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 04/06/2019)*

Finalmente, restando o réu condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos de reclusão, é impossível a substituição da sanção corporal por reprimendas restritivas de direitos, ante o não atendimento do requisito objetivo previsto no artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0119693-8

**AgRg no**  
**HC 583.372 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15198395920198260037

EM MESA

JULGADO: 16/06/2020

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : MARIO JOEL MALARA  
ADVOGADO : MÁRIO JOEL MALARA - SP019921  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JHONATAN FERNANDO APARECIDO DE JESUS (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : JHONATAN FERNANDO APARECIDO DE JESUS (PRESO)  
ADVOGADO : MÁRIO JOEL MALARA - SP019921  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

#### **CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

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