



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 421.963 - MS (2017/0276859-6)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : CLEISON PINTO MORAES JUNIOR
PACIENTE : JOAO PAULO DOS SANTOS LIMA

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 20 de fevereiro de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 421.963 - MS (2017/0276859-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : CLEISON PINTO MORAES JUNIOR
PACIENTE : JOAO PAULO DOS SANTOS LIMA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CLEISON PINTO MORAES JUNIOR e JOÃO PAULO DOS SANTOS LIMA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0033626-46.2013.8.12.0001/50000).

Colhe-se dos autos que JOÃO PAULO DOS SANTOS LIMA foi condenado à pena de 10 anos, 10 meses e 28 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 274 dias-multa, como incurso no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, art. 244-B da Lei n.º 8.069/1990 e arts. 157, § 2.º, I e II, 180, *caput*, e 288, todos do Código Penal. CLEISON PINTO MORAES JUNIOR, por sua vez, foi condenado à pena de 13 anos, 10 meses e 28 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 606 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, arts. 157, § 2.º, I e II, 180, *caput*, e 288, parágrafo único, todos do Código Penal, e 244-B, *caput*, da Lei n.º 8.069/1990 c/c. arts. 29 e 69, ambos do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando, em relação a CLEISON, a absolvição dos crimes de roubo, associação criminosa e receptação, ou a desclassificação deste último para a forma culposa; o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006; o abrandamento do regime prisional; e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Em relação a JOÃO PAULO, pretendeu-se absolvição dos crimes de associação criminosa e de receptação, ou a desclassificação deste último para a forma culposa.

O Tribunal *a quo*, por maioria, negou provimento ao recurso de CLEISON e, por unanimidade, negou provimento ao apelo de JOÃO PAULO, nos termos da seguinte ementa (fls. 826/827):

APELANTE CLEISON
EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO -
ROUBO CIRCUNSTANCIADO - ABSOLVIÇÃO - DESCABIDA
ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - ABSOLVIÇÃO - ESTABILIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PERMANÊNCIA DEMONSTRADAS - RECEPÇÃO - RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE POR AUSÊNCIA DE DOLO - INVIÁVEL - TRÁFICO DE DROGAS - TRÁFICO PRIVILEGIADO - INCABÍVEL - ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - REGIME FECHADO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - INVIÁVEL - RECURSO IMPROVIDO.

I - Não vinga a tese absolutória se a prova angariada nos autos é robusta e harmoniosa quanto à autoria e a materialidade do delito de roubo majorado.

II - Restando comprovada pela farta prova reunida ao longo da instrução criminal, a permanência, estabilidade e durabilidade do grupo comandado pelo presidiário "Ferrugem", que ainda contava com a participação do apelante Cleison, de João Paulo, da esposa de "Ferrugem" de nome Marlene, e dos menores apreendidos, para a prática de roubos de carros nesta capital para posterior revenda no país vizinho Paraguai, está configurado o delito de associação criminosa.

III - Comprovada a origem ilícita do bem na posse do agente, ocorre a inversão do ônus da prova quanto à ciência da sua origem ilícita, cabendo ao acusado provar a sua posse lícita quando o objeto proveniente de crime é apreendido em seu poder, nos termos do art. 156 do CPP.

IV - Para aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, faz-se necessário o preenchimento de todos os requisitos previstos na lei (ser o réu primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa), o que não se trata do caso em concreto.

V - O fato de a pena superar oito anos impede tanto o abrandamento do regime (art. 33, § 2.º, "a", CP), como a substituição da pena privativa de liberdade (art. 44, I, CP).

VI - Recurso Improvido.

APELANTE JOÃO PAULO

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - ABSOLVIÇÃO - ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DEMONSTRADAS - RECEPÇÃO - RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE POR AUSÊNCIA DE DOLO - INVIÁVEL - RECURSO IMPROVIDO.

I - Restando comprovada pela farta prova reunida ao longo da instrução criminal, a permanência, estabilidade e durabilidade do grupo comandado pelo presidiário "Ferrugem", que ainda contava com a participação do apelante Cleison, de João Paulo, da esposa de "Ferrugem" de nome Marlene, e dos menores apreendidos, para a prática de roubos de carros nesta capital para posterior revenda no país vizinho Paraguai, está configurado o delito de associação criminosa.

II - Comprovada a origem ilícita do bem na posse do agente, ocorre a inversão do ônus da prova quanto à ciência da sua origem ilícita, cabendo ao acusado provar a sua posse lícita quando o objeto proveniente de crime é apreendido em seu poder, nos termos do art. 156 do CPP.

III - Recurso improvido.

Foram opostos embargos infringentes, buscando a prevalência do voto vencido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para redução da pena-base aquém do mínimo legal, bem como para, em relação a CLEISON, aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Negou-se provimento ao recurso, em aresto assim ementado (fls. 914/915):

EMENTA - EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO - PRIMEIRA TESE: DOS RÉUS CLEISON PINTO MORAES JÚNIOR E JOÃO PAULO DOS SANTOS LIMA - REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA - NÃO POSSÍVEL - SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESPEITO AO SISTEMA TRIFÁSICO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL - AFASTADO - SEGUNDA TESE: DO RÉU CLEISON PINTO MORAES JÚNIOR - PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4.º DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS - NÃO PROVIMENTO.

I - Os embargantes propugnam pela diminuição de suas reprimendas ao patamar aquém do mínimo legal. Ocorre que é cediço nas Cortes Superiores que a imposição da pena-base no mínimo legal, como se afigura no presente caso, impede a aplicação de atenuantes para reduzir a sanção abaixo do mínimo legal, consoante entendimento expresso na Súmula 231 do c. STJ. Ou seja, não pode o magistrado ultrapassar as balizas mínima e máxima previstas no tipo penal, sob pena de violação ao princípio da reserva legal e ao sistema trifásico de individualização da pena, que só permite tal operação na terceira fase da dosimetria, onde são consideradas as causas de aumento e de diminuição de pena.

II - Já o embargante CLEISON Pinto Moraes Júnior, cuja dedicação a atividades criminosas é patente no feito, não faz jus ao privilégio previsto no § 4.º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

III - Infringentes improvidos. Com o parecer da PGJ.

Posteriormente, a 2.ª Seção Criminal do Tribunal *a quo*, atendendo a requerimento da defesa, **reconheceu a prescrição da pretensão executória em relação aos crimes de associação criminosa, receptação, corrupção de menores e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido** (fls. 973/993).

No presente *habeas corpus*, pretende-se, em primeiro lugar, e apenas em relação a CLEISON, a aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta-se, ainda, agora com relação a AMBOS OS PACIENTES, a necessidade de fixação do regime inicial semiaberto, já que, após o reconhecimento da prescrição da pretensão executória em relação aos crimes de associação criminosa, receptação, corrupção de menores e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, a pena final dos réus ficou assim:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...) JOÃO PAULO DOS SANTOS LIMA fica condenado somente em relação ao crime de roubo à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e 14 (quatorze) dias-multa.

E CLEISON PINTO MORAES JÚNIOR fica condenado, pelo crime de roubo, a 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, e tráfico de drogas a 05 (cinco) anos de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Assim, *"com relação ao paciente CLEISON PINTO MORAES JÚNIOR, caso seja reconhecida a causa de diminuição do artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o que se espera, o montante da pena será inferior a 08 (oito) anos. Já com relação ao paciente JOÃO PAULO DOS SANTOS LIMA, a pena final restou fixada em montante inferior a 08 (oito) anos, sendo as circunstâncias judiciais majoritariamente favoráveis", o que "em atendimento ao art. 33, § 2.º, "b", e § 3.º, do Código Penal, tratando-se de agente primário, com pena inferior a 08 anos, que possui uma circunstância judicial negativa, necessária se faz a modificação do regime prisional para o semiaberto".*

Requer, pois:

a) Seja concedida LIMINARMENTE a ordem de *HABEAS CORPUS* em favor de CLEISON PINTO MORAES JUNIOR e JOÃO PAULO DOS SANTOS LIMA, reformando-se a r. decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, para:

a.1) Aplicar ao Paciente CLEISON PINTO MORAES JÚNIOR a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º prevista da Lei n. 11.343/2006, com o consequente afastamento da hediondez, abrandamento do regime prisional inicial, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos;

a.2) Fixar o regime semiaberto para ambos os Pacientes, como regime inicial de cumprimento de pena.

b) No mérito, seja concedida a ordem nos exatos termos da liminar pleiteada.

Vale destacar que estes autos foram distribuídos à minha Relatoria por prevenção ao RHC n.º 42.840/MS, também interposto pelos ora pacientes, no qual se questionava a fundamentação de suas prisões cautelares. Em sessão de julgamento realizada em 21/08/2014, a Sexta Turma desta Corte Superior, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

A liminar foi indeferida às fls. 1002/1006.

Informações prestadas às fls. 1013/1014 e 1016.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Mendes Sousa, pelo não conhecimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetração (fls. 1098/1109).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 421.963 - MS (2017/0276859-6)

EMENTA

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.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem como a fixação do regime inicial semiaberto.

Quanto à causa de diminuição de pena, pleiteada unicamente ao paciente CLEISON PINTO MORAES JUNIOR, para melhor deslinde da controvérsia, mister transcrever excerto da sentença quanto ao pertinente (fl. 707):

"Na terceira fase, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, porquanto demonstrado que o réu se dedicava às atividades criminosas e integrava associação criminosa. Ausentes outras causas, resta a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Deixo para fixar o valor da pena de multa e o regime inicial após a unificação das penas.

O exame da matéria implicaria em nova análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos. Isso porque a Corte *a quo* concluiu, com arrimo em elementos extraídos dos autos, que o acusado não preencheria os requisitos subjetivos para fazer jus à aludida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de diminuição de pena, nos seguintes termos (fl. 938):

(II) DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

O nobre Des. Romero Osme Dias reconheceu a conduta do embargante Cleison Pinto Moraes Júnior, como sendo tráfico privilegiado.

Porem, comungo do mesmo entendimento exarado no voto vencedor. Explico.

Dispõe o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06:

"Art. 33...

(...)

§ 4º_ Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa." grifei

Como se vê, o dispositivo objetiva analisar a condição pessoal do agente com base na sua relação com as atividades criminosas em geral, em momento algum se limitando ao envolvimento com o tráfico de drogas.

Pondero que o parágrafo em análise especifica diversos requisitos cumulativos para a concessão da benesse: agente primário + de bons antecedentes + não se dedique às atividades criminosas + não integre organização criminosa.

E, o embargante Cleison Pinto Moraes Júnior foi condenado por associação criminosa, não fazendo jus a tal redução, portanto.

Tal fato que impossibilita o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33 § 4.º, da Lei 11.343/06.

Mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

No caso em foco, o julgado pautou-se na presença de elementos concretos no sentido de que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Na sentença proferida em primeiro grau, o paciente foi condenado pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 157, § 2.º, I e II, 180, *caput*, e 288, parágrafo único, todos do Código Penal, e 244-B, *caput*, da Lei n.º 8.069/1990 c.c. arts. 29 e 69, ambos do Código Penal. Portanto, havia motivação concreta no sentido de que se dedicava a atividades criminosas, eis que na mesma oportunidade foi condenado pelo suposto cometimento de diversos crimes, incluindo associação criminosa.

Nos termos do julgado do Tribunal estadual, a redutora não teria incidência devido à manutenção de sua condenação por associação criminosa. Tal fundamentação igualmente guarda pertinência para o afastamento da causa de diminuição, na esteira da jurisprudência desta Corte, a exemplo do julgado abaixo, *mutatis mutandis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que deve ser mantida inalterada a reprimenda-base aplicada ao agravante, a qual, aliás, foi estabelecida em apenas 1 ano acima do mínimo legal em decorrência da apreensão de mais de 70 quilos de cocaína.

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal possui o entendimento de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso, especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 370.617/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)

Ocorre que, posteriormente, o Tribunal de Justiça reconheceu a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória dos crimes de associação criminosa, receptação, corrupção de menores e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (fls. 982/984). Tal ato judicial deu sustento à tese ora trazida, para que seja desconsiderada a utilização da associação criminosa como idônea a afastar a causa de diminuição vindicada.

Todavia, o dispositivo penal em comento não exige prévia condenação para a caracterização dos indicativos de dedicação às atividades criminosas, o que seria afeto à avaliação de primariedade e antecedentes do acusado.

Ademais, a prescrição foi apenas da pretensão executória, já depois do trânsito em julgado da condenação para a acusação, e não da pretensão punitiva, mostrando-se pertinente a conclusão adotada pelas instâncias ordinárias.

No caso concreto, da leitura da sentença e do acórdão combatidos, exsurge o entendimento de que os fatos narrados na denúncia acerca da atuação do paciente na suposta associação criminosa, além dos outros crimes pelos quais restou condenado, indicam que CLEISON dedicava-se às atividades criminosas.

A reavaliação sobre o preenchimento dos requisitos subjetivos da redutora pleiteada demandaria, necessariamente, o reexame fático-probatório dos elementos carreados aos autos, sobre a existência de indícios de dedicação ou não do acusado a atividades criminosas, procedimento vedado na via eleita. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. 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.

(...)

- 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.

- 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 à atividade criminosa, tendo em vista a variedade de droga apreendida (ecstasy, LSD e maconha), bem como as circunstâncias do delito - a quantia apreendida de R\$ 390,00 no seu veículo e, conforme fls. 489, foram encontrados um revólver calibre 38, uma espingarda calibre 12, uma carabina calibre 20, 14 cartuchos calibre 38, 8 cartuchos calibre 12, 4 cartuchos calibre 20 e 3 estojos calibre 20.

- Desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 378.135/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender o Colegiado estadual, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelo Tribunal a quo, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a expressiva quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 3.481, 89 g de cocaína acondicionadas em 5.696 sacos plásticos transparentes e 79,13 g de maconha acondicionadas em 42 sacos plásticos transparentes (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 384.720/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância ordinária, com fulcro na quantidade e natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica habitualmente ao tráfico de entorpecentes, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.897/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

Destarte, é inviável o acolhimento da tese de que a extinção da punibilidade pela prescrição, quanto ao crime de associação criminosa, afasta o entendimento das instâncias ordinárias acerca da dedicação do paciente CLEISON às atividades criminosas.

Passo à análise da possibilidade de fixação de regime inicial menos gravoso para ambos os pacientes.

Depois da extinção da punibilidade reconhecida às fls. 973/993 pelo Tribunal de origem, remanesceu a condenação dos pacientes pelos crimes de roubo e tráfico de drogas (fl. 978).

A pena dos pacientes, quanto ao roubo, foi estabelecida em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 14 dias-multa.

Para CLEISON PINTO MORAES JÚNIOR, a pena do tráfico de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ficou em 5 (cinco) anos de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

JOÃO PAULO DOS SANTOS LIMA não foi condenado pelo crime de tráfico de drogas.

Desse modo, com o disposto no art. 69 do CP, **as penas definitivas para os pacientes são as seguintes: 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 14 dias-multa, para JOÃO PAULO, e 10 (dez) anos, 07 (sete) meses e 06 dias de reclusão e pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa para CLEISON.**

Na hipótese em exame, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado com base no somatório das penas fixadas pelas instâncias ordinárias até o reconhecimento da prescrição da pretensão executória para os demais crimes pelos quais os pacientes restaram condenados. Veja-se o teor da sentença, mantida no acórdão do Tribunal estadual quanto ao ponto (fls. 703/704):

"Fixo o regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme preceitua o art. 33, §2º, a, do Código Penal".

Com o reconhecimento da prescrição, vê-se que o Tribunal de origem não se manifestou acerca do regime prisional, o que não impede sua análise desde logo por esta Corte, haja vista que se trata de mera adequação.

Passo então a analisar o regime cabível.

De início, cumpre salientar que **para o paciente CLEISON sequer está presente o requisito objetivo para a concessão de regime de cumprimento de pena menos gravoso, à vista da quantidade de pena aplicada ser superior à exposta no art. 33, §2º, "b", do Código Penal. Não faz jus, portanto, ao regime vindicado.**

Passo a apreciar o pleito com relação a JOÃO PAULO, eis que a quantidade de pena estipulada permite-lhe, a princípio, o estabelecimento do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

A dosimetria implementada na sentença para JOÃO PAULO, quanto ao crime de roubo, foi vazada sob os seguintes fundamentos:

"A.2) pelo crime de roubo.

Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código penal, verifico que: **a culpabilidade, seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, deve lhe prejudicar, já que era ele quem empunhava a arma de fogo utilizada para subjugar as vítimas**; os antecedentes não lhe prejudicam, já que inexistem informações nos autos acerca de eventual sentença condenatória anterior com trânsito em julgado (fls. 189, 352/354 e 669); não há elementos suficientes nos autos para se definir a conduta social do condenado; da mesma forma, a personalidade do agente não foi objeto de prova nos autos; os motivos infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal, calcada na obtenção de lucro em detrimento de patrimônio alheio; as circunstâncias também não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devem aumentar a pena-base, já que não apresentam peculiaridades que justifiquem a exasperação da pena-base, além do que, a participação de menores configura causa de aumento do próprio crime; as conseqüências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime, mormente porque foi possível a restituição do veículo para a vítima; não há se falar em comportamento da vítima nesta hipótese.

Assim sendo, na primeira fase, **fixo pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão** e 53 (cinquenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, restou caracterizada a atenuante genérica da menoridade (art. 65, I, do CP), bem como restou caracterizada a atenuante da confissão espontânea (art. 65, m, "d", do CP). Dessa forma, diminuo a pena já fixada, quedando-se a pena intermediária em 4 (quatro) anos de reclusão e 42 (quarenta e dois) dias-multa, em observância à Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, verifico a inexistência de causas de diminuição, porém, reconhecidas duas majorantes, quais sejam, o emprego de arma e o concurso de pessoas, previstas no art. 157, §2º, incisos I e II, do CP.

Sobre esta situação, o STJ já fixou entendimento de que aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Súmula n. 443).

Conforme revelou a instrução probatória, para a consecução da subtração do veículo, os réus permearam suas condutas em duas dentre as cinco causas de aumento previstas ao crime de roubo. E, em relação ao concurso de pessoas, havia quatro agentes durante a ação delitiva.

Face a presença das causas de aumento do § 2º, I e n, do art. 157 do Código Penal, majoro a pena intermediária em 2/5 (dois quintos), quedando-se a pena definitiva em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 58 (cinquenta e oito) dias-multa.

Deixo para fixar o valor da pena de multa e o regime inicial após a unificação das penas."

O art. 33, §3º do Código Penal preconiza que: "*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*".

Como visto acima, o juízo de primeiro grau aumentou a pena-base por força da culpabilidade mais acentuada no caso, devido à particularidade ostentada pelo paciente na empreitada, tendo sido quem empunhou a arma de fogo para ameaçar as vítimas.

Nesse diapasão, apesar da quantidade de pena estabelecida ser compatível, em princípio, com o regime semiaberto, a presença de circunstância judicial desfavorável impõe a fixação do regime fechado, à luz do art. 33, §3º do CP.

O caso se amolda à jurisprudência desta Corte, a exemplo dos julgados abaixo:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

7. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu Kayque.

8. Writ não conhecido.

(HC 422.588/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. REDUÇÃO DA PENA INFERIOR A 1/6 PELA INCIDÊNCIA DE ATENUANTE. MANIFESTA ILEGALIDADE EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE CUSTÓDIA CAUTELAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. Em relação ao regime prisional, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu.

6. No que tange à detração do tempo de custódia cautelar, verifica-se que o pleito defensivo não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta a análise de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

7. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria das penas, reduzindo-as na fração de 1/6 por cada atenuante reconhecida, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

(HC 364.893/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 14/12/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM FUNDAMENTOS CONCRETOS. LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

3. A pena-base estabelecida acima do mínimo legal e os elementos concretos considerados no acórdão recorrido, como o emprego de arma de fogo e o coordenado número de agentes, justificam a imposição do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado, a despeito da pena final fixada em 5 anos, 11 meses e 3 dias de reclusão.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1162784/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 14/12/2017)

Ante o exposto, **denego a ordem**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0276859-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 421.963 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00323403320138120001 00336264620138120001 323403320138120001
336264620138120001

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: CLEISON PINTO MORAES JUNIOR
PACIENTE	: JOAO PAULO DOS SANTOS LIMA
CORRÉU	: DIEGO ANGELO MONTEIRO

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.