



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 523.891 - SP (2019/0220597-3)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : KEBERSON RAPHAEL TELES BARRETO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. UTILIZAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS PARA FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA NO TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. **REFORMATIO IN PEJUS**. INOCORRÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. SITUAÇÃO DO RÉU NÃO AGRAVADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. **AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO**.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na **quantidade e na natureza da droga apreendida, ou seja, 72,89g de crack** (fl. 88). Assim, a Corte originária se convenceu de que o paciente se **dedicava, efetivamente, às atividades criminosas**, porque não se tratava de traficante ocasional. Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

III - “a Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006” (AgRg no HC n. 488.570/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 23/08/2019).

IV - A jurisprudência da **Quinta Turma** deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação, sem que se incorra em **reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada**.

V - A **quantidade** e a **natureza** do entorpecente - **72,89g de crack** - foram utilizadas como fundamentos a ensejar a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **a**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

VI - O **quantum** de pena aplicado, resta prejudicada a pretensão de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consoante o art. 44, I, do Código Penal.

Agravo regimental **desprovido**.

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 22 de outubro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 523.891 - SP (2019/0220597-3)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE : KEBERSON RAPHAEL TELES BARRETO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):** Trata-se de agravo regimental interposto em favor de KEBERSON RAPHAEL TELES BARRETO, contra decisão monocrática por mim proferida (fls. 186-197), que não conheceu do presente **habeas corpus**.

Nas razões recursais, o agravante renova os pedidos contidos na inicial e pugna pela reconsideração da decisão ou para que o Colegiado da **Quinta Turma** conceda **habeas corpus**, de ofício, ao paciente, a fim de seja reconhecida a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, com consequente fixação do regime aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos e, subsidiariamente, a fixação do regime semiaberto.

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 523.891 - SP (2019/0220597-3)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : KEBERSON RAPHAEL TELES BARRETO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. UTILIZAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS PARA FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA NO TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. **REFORMATIO IN PEJUS**. INOCORRÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. SITUAÇÃO DO RÉU NÃO AGRAVADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. **AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO**.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na **quantidade e na natureza da droga apreendida, ou seja, 72,89g de crack** (fl. 88). Assim, a Corte originária se convenceu de que o paciente se **dedicava**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional. Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

III - “a Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.” (AgRg no HC n. 488.570/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 23/08/2019).

IV - A jurisprudência da **Quinta Turma** deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação, sem que se incorra em **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada.

V - A **quantidade** e a **natureza** do entorpecente - **72,89g de crack** - foram utilizadas como fundamentos a ensejar a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **a**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

VI - O **quantum** de pena aplicado, resta prejudicada a pretensão de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consoante o art. 44, I, do Código Penal.

Agravo regimental **desprovido**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): Inicialmente, consigna-se que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do presente agravo regimental.

A parte agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, assim proferida:

*"Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.*

***Conforme relatado**, busca-se na presente impetração: i) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo; ii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e iii) o estabelecimento do regime inicial semiaberto.*

*Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade” (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).*

*Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:*

*“Na derradeira fase, agiu com acerto a d. Magistrada a quo ao afastar o redutor previsto no art. 33, §4º da Lei n. 11.343/06, **por ter restado demonstrado que o increpado se dedica a atividades criminosas e integra organização criminosa.***

[...]

De todo o modo, per se, não basta a circunstância de não ter sido condenado para merecer esse benefício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em comento, **o acusado registra antecedentes infracionais, inclusive pela prática de tráfico de drogas, cf. destacado no relatório policial (fl. 72), bem como na audiência de custódia (fl. 48) e na cert. de fl. 42.**

[...]

Igualmente, ainda na condição técnica de primário, o faltoso pode ver recusada a redução do parágrafo 4º por conta da quantidade de estupefaciente.

[...]

A prova circunstancial pode escrachar a vinculação do réu em relação aos fornecedores profissionais, ou seja, a organizações de criminosos voltadas para a traficância.

[...]

A fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade imposta ao apelante Keberson se justifica no caso em comento pela **natureza e expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida.**” (fls. 101-115, grifei).

Quanto ao pedido de incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, frise-se que, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na **quantidade e na natureza da droga apreendida, ou seja, 72,89g de crack** (fl. 88).

Assim, a Corte originária se convenceu de que o paciente se **dedicava, efetivamente, às atividades criminosas**, porque não se tratava de traficante ocasional.

Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.

[...]

6. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração 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).

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 23/2/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do 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 entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. *Precedentes.*

- Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. **Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.**

- **Habeas corpus** não conhecido" (HC n. 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017, grifei).

De outro lado, registre-se que “a Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.” (AgRg no HC n. 488.570/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe 23/08/2019).

Ademais, assinala-se que a jurisprudência da **Quinta Turma** deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação, sem que se incorra em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes desta Quinta Turma:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MANTIDA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[..]

III - Mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.” (HC n. 427.418/MS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 05/04/2018, grifei).

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ARTIGO 33 PARA O ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS DE POSSUIR E MANTER EM DEPÓSITO ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES PARA A MAJORANTE DO ARTIGO 40, IV, DA LEI DE DROGAS. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. VALORAÇÃO OBRIGATÓRIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES POR NÃO CONSTAREM DO LAUDO DEFINITIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA PENAL E REGIME INICIAL. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE MUNIÇÕES APREENDIDAS. MODO DE EXECUÇÃO. VALORAÇÃO DEVIDA. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FRAÇÃO DE REDUÇÃO E REGIME INICIAL. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza ao Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção ou redução da pena ou do regime inicial; não havendo falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada, como na espécie, em que a reprimenda imposta ao paciente foi reduzida e mantido o modo fechado de execução.

[...]

6. Habeas Corpus não conhecido.” (HC n. 358.518/SC, Quinta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017, grifei).

“PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

[...]

III - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Habeas corpus não conhecido.” (HC n. 368.323/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 29/11/2016).

“REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGAÇÃO DE ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DO RECORRENTE INALTERADA.

1. Sabe-se que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o Tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar novas fundamentações, desde que não agrave a situação do recorrente.

2. No presente caso, o Tribunal estadual, afastando algumas circunstâncias judiciais negativas, manteve o reconhecimento dos maus antecedentes e a quantidade e a natureza da droga apreendida, sem alterar a pena-base fixada pelo juiz sentenciante, inexistindo, portanto, o alegado reformatio in pejus.

REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na hipótese, a Corte de origem seguiu a jurisprudência reiterada deste Sodalício, ao confirmar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, aliada à reincidência, justificando a imposição de regime prisional mais severo.

2. Agravo regimental improvido” (AgRg no AREsp n. 904.283/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 7/10/2016).

“PENAL E PROCESSUAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECLASSIFICAÇÃO DELITIVA NO SEGUNDO GRAU. DOSIMETRIA. NOVA PENA. REDUÇÃO. PERCENTUAL DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO DO APELO. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

[...]

4. O efeito devolutivo amplo da apelação autoriza o Tribunal a quo, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, a fim de reestruturar a pena-base, não havendo que se falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada.

5. Caso em que a desclassificação para o delito de corrupção passiva impôs ao paciente pena menor do que a aplicada na sentença por concussão - alterando-a de 3 anos para 2 anos e 6 meses -, embora a Corte estadual, mediante a valoração das circunstâncias judiciais, tenha dosado a nova sanção em percentual maior do que aquele definido pelo sentenciante para o crime desclassificado, postura que, sem denotar arbitrariedade ou desproporcionalidade, não macula a vedação da reforma em prejuízo.

6. **Habeas corpus** não conhecido” (HC n. 279.080/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 3/2/2016).

Na hipótese em foco, a reprimenda do réu não foi agravada pela Corte de origem.

No que tange ao regime inicial, a **quantidade** e a **natureza** do entorpecente - **72,89g de crack** - foram utilizadas como fundamentos a ensejar a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **a**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. **Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade e na diversidade das substâncias apreendidas (181,6g de maconha, 18,6g de cocaína, 8,2g crack e 9 frascos de lança perfume) que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.**

4. **Embora o paciente seja primário e pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantia, a variedade e a espécie das drogas apreendidas, nos exatos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o art. 59 e 33 do Código Penal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.” (HC n. 488.679/SP, Quinta Turma Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 11/06/2019, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a majoração da pena-base. Precedentes.

2. Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 380.021/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 22/3/2017 - grifei).

*Por fim, mantido o **quantum** de pena aplicado, resta prejudicada a pretensão de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consoante o art. 44, I, do Código Penal.*

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

*Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. P. e I" (fls. 187-197).*

A toda evidência, o **decisum** agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, **os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.**

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0220597-3

AgRg no
HC 523.891 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15000230620188260594 20190000556593 20391842018

EM MESA

JULGADO: 22/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: KEBERSON RAPHAEL TELES BARRETO (PRESO)
CORRÉU	: LEANDRO ANDRE DOS SANTOS
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	: KEBERSON RAPHAEL TELES BARRETO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUIS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO - SP226676
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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.